

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO*

Pedro Sanchez Cesa

Resumo: O presente estudo busca analisar os negócios jurídicos processuais, enquanto mecanismos de conformação de procedimento que buscam atender aos interesses comuns dos agentes de mercado e às particularidades das relações jurídicas de direito material. A abordagem será realizada sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, com o fim de examinar em que medida os acordos processuais podem reduzir os custos de transação, especialmente custos de monitoramento e de execução das obrigações contratuais, e a assimetria informacional dos agentes econômicos, com a finalidade de tecer conclusões específicas acerca da conveniência – ou inconveniência – de utilização dos acordos processuais pelos agentes, identificado se podem servir como incentivos à realização das trocas de mercado.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito. Negócios jurídicos processuais. Custos de transação. Assimetria informacional. Trocas de mercado.

Sumário: 1. Introdução. 2. A cláusula geral de negociação sobre alteração do procedimento. 3. Aspectos jurídicos e econômicos da convencionalidade do processo nos contratos. 3.1. O contrato enquanto instrumento de circulação de riquezas e transferência de titularidades. aspectos relativos à incompletude contratual e assimetria informativa dos agentes de mercado. 3.2. Aspectos

* Relatório apresentado na disciplina de Análise Econômica do Direito do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para aprovação na disciplina.

jurídicos e econômicos dos negócios processuais e sua aplicação ao direito contratual. 3.3. Possíveis ponderações negativas à ideia de eficiência dos negócios jurídicos processuais. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



Este trabalho registra o resultado de estudos acerca dos negócios jurídicos processuais sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. Em especial, analisa se o negócio (ou acordo) processual, enquanto mecanismo de conformação do procedimento que busca atender aos interesses comuns dos agentes de mercado, pode ou não servir de incentivo às trocas e de limitador de fatores que as impedem.

Pretende-se, com isso, analisar em que medida os acordos processuais podem reduzir os custos de transação (especialmente custos de monitoramento e de execução dos contratos) e a assimetria informacional dos agentes econômicos, dentre outros aspectos que podem dificultar a realização das trocas de mercado.

Em um primeiro momento, realizar-se-á uma explicação acerca da cláusula de negociação processual existente no Código de Processo Civil brasileiro, que expressamente autoriza às partes tecerem modificações nas regras ordinárias do processo civil, adaptando-as de forma a melhor atender às finalidades por elas perseguidas.

Demonstrar-se-á que os acordos processuais podem ocorrer de forma prévia, com o objetivo de conferir, antecipadamente, alternativas procedimentais aos agentes em um potencial litígio, a fim de adaptá-lo às suas necessidades e às particularidades da relação jurídica.

Passo seguinte, o instituto será abordado na perspectiva da Análise Econômica do Direito, enfrentando a dificuldade de

se conferir previamente um leque de possibilidades procedimentais e a sua relação com o tema dos contratos incompletos – tese que admite o inacabamento dos contratos em um contexto de incertezas dos agentes e que são celebrados de forma intencional, diante de cenários de informações incompletas e de racionalidade limitada nos quais estão inseridos¹.

Demonstrar-se-á, assim, que a ideia de completude contratual pode ser entendida como utópica, pois o processo de negociação não consegue prever e explicitar de modo exauriente todas as contingências suscetíveis de interferir na onerosidade dos contratos. Desse modo, a incompletude constitui uma resposta pragmática a um contexto jurídico-econômico eivado de incertezas, sendo muitas vezes adotada de forma consciente e voluntária diante de cenários de informações incompletas e racionalmente limitadas em que as partes estão inseridas.

Assim, o presente estudo propõe-se a analisar em que medida as convenções podem gerar mecanismos de incentivo para os comportamentos individuais, visto que as partes, ao assumirem obrigações e regularem o procedimento, estão, indiretamente, delineando estímulos que favorecem a observância de suas obrigações.

Por fim, ainda sob a perspectiva da AED, o presente trabalho abordará outros aspectos (possivelmente negativos) que envolvem a aplicação do tema ao direito contratual, com a finalidade de tecer conclusões específicas quanto a conveniência (ou inconveniência) de utilização dos acordos processuais pelos agentes, identificando se podem servir como incentivos à realização das trocas de mercado.

2. A CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO SOBRE ALTERAÇÃO DO PROCEDIMENTO

¹ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual como redutor das falhas de mercado*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 152.

Os acordos processuais encontram previsão na lei processual brasileira (artigo 190 do Código de Processo Civil²), que contém uma cláusula geral de negociação consistente na possibilidade de alteração do procedimento com o objetivo de ajustá-lo às especificidades da causa. Essa cláusula geral permite negociação a respeito de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais por via contratual.

Assim, a lei processual permite que as partes celebrem um negócio jurídico processual antes ou durante o processo, alterando as regras do procedimento, desde que digam respeito a direitos que admitam autocomposição, cabendo ao juiz o controle posterior da validade dessas convenções, a fim de evitar abusos no exercício de direitos quando inseridas de forma abusiva em contratos ou quando uma das partes encontrar-se em situação de vulnerabilidade.

Nesse sentido, os negócios processuais são os negócios jurídicos que produzem diretamente efeitos processuais, isto é, são os atos processuais de caráter negocial que constituem, modificam ou extinguem uma situação processual. Como atos de caráter negocial, os negócios processuais requerem não só a vontade de produzir a declaração negocial (vontade de ação) e de, através desta, exprimir um pensamento (vontade de declaração), como também exige a vontade de produzir um certo efeito (vontade de resultado) num processo pendente ou futuro³.

A cláusula geral confere um espaço de liberdade às

² Código de Processo Civil, “Artigo 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª edição, Lex, Lisboa, 1997, p. 193.

partes para encontrarem soluções sem a interferência do órgão jurisdicional, que recusará sua aplicação “somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”, conforme estatui o parágrafo único do artigo 190. A jurisdição atua como facilitadora da negociação, possuindo o dever de implementar e assegurar o cumprimento do que foi convenção pelas partes e controlar a validade das convenções.

A cláusula geral de negociação processual baseia-se no reconhecimento do autorregramento da vontade para que os agentes possam negociar sobre a redefinição das situações jurídicas ou para a reestruturação do procedimento, criando, portanto, uma norma processual com base negocial. Fundamenta-se, também, na liberdade de negociação processual atípica, ajustando o procedimento de acordo com os seus interesses, criando um rito, seja restringindo fases, limitando prazos, elegendo meios de prova ou a própria forma dos atos processuais.

Isto é, os contratantes identificam as especificidades e, a partir delas, adaptam o processo, em razão da disponibilidade das normas do procedimento, acarretando a derrogação da norma legislada pela regra convencional. A forma de condução do processo passa a ser definida consensualmente, tornando-se as partes verdadeiras criadoras da eficiência processual, de modo que os acordos sobre matéria processual são ferramentas de gestão do processo⁴.

Entretanto, Rafael Sirangelo Abreu⁵ demonstra que

⁴ PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, “*Gestão da Execução por meio de Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*”, in: Revista de Processo, volume 286, ano 43, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 331.

⁵ RAFAEL SIRANGELO ABREU, “*A Igualdade e os Negócios Processuais*”, in: Negócios processuais (coord.: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira), 4ª edição, JusPodivm, Salvador, 2019, p. 326. Ainda, Luiz Guilherme Marinoni recorda que se até mesmo no direito privado a autonomia da vontade encontra limites, não poderia ser diferente no direito público, como é o caso do direito processual civil, cujo escopo é a tutela dos direitos. Cfr. LUIZ GUILHERME MARINONI, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008,

apesar do papel de destaque conferido pelo ordenamento ao autorregramento da vontade das partes em matéria de procedimento e de suas posições processuais, deve-se admitir que essa permissão encontra limites dentro do próprio CPC e da Constituição brasileira, já que nem todo exercício de autonomia da vontade sobre normas processuais poderá ser admitido como possível.

Assim, as convenções processuais constituem um negócio jurídico que possui como objeto o próprio processo – e não o seu objeto litigioso – e confere aos agentes o poder de regular situações jurídicas processuais (ônus, faculdades, deveres e poderes) ou alterar o procedimento⁶.

O acordo entre as partes passa a produzir efeitos jurídicos tanto de direito material quanto de direito processual e, nesse ponto, permite a conformação do procedimento e das posições processuais, possibilitando a customização do procedimento legal – em princípio, estático e ordinário –, de forma a melhor atender aos interesses privados das partes.

Além disso, os negócios jurídicos processuais podem versar sobre situações presentes, já constituídas, assim como sobre situações futuras, assumindo a natureza de convenção processual prévia e, por isso, celebrada antes mesmo que eventuais controvérsias surjam entre as partes. Confere-se a “possibilidade de prever cláusulas relativas à solução futura de um litígio ainda em estágio potencial”⁷.

p. 113.

⁶ FREDIE DIDIER JUNIOR, “*Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015*”, in: *Negócios processuais* (coord.: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira), 4ª edição, JusPodivm, Salvador, 2019, p. 119.

⁷ Antonio do Passo Cabral refere que as convenções pré-processuais são úteis e tendem a ser as mais utilizadas porque, antes do processo, os ânimos ainda não estão acirrados, tratando-se de momento fértil para a inserção de disposições de conteúdo processual em caso de futura e eventual divergência quanto ao objeto contratual, sendo possível às partes desenharem o procedimento de um processo futuro e antes do nascimento do conflito. Cfr. ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 83.

Conforme sustenta Antonio do Passo Cabral, a previsibilidade que os acordos – ou convenções – processuais conferem à tramitação do processo é uma grande vantagem. Contudo, o mencionado autor destaca que, para que os agentes realizem a conformação do (futuro) procedimento, é preciso que tenham cognoscibilidade daquilo que estarão dispostos (prescindindo de praticar certos atos processuais, por exemplo) e que este ato de conformação deva produzir efeitos minimamente previsíveis⁸.

Em suma, é necessário que o ato de alteração do processo, mesmo que busque conformar as etapas com o fim de atender aos interesses privados dos agentes, deve ser certo e determinado (ou, ao menos, determinável)⁹.

Com efeito, o acordo processual deve referir-se a uma relação jurídica específica e tal exigência se justifica por não se exigir do contratante uma “renúncia ampla demais a qualquer direito processual em qualquer caso ou para qualquer processo futuro”¹⁰.

Confere-se precisão e determinabilidade aos acordos processuais, proibindo-se, ao mesmo tempo, cláusulas que dispõem de direitos processuais de forma genérica, as quais podem vir a ser consideradas nulas pelo Poder Judiciário.

Outra relevante característica dos negócios processuais é a possibilidade de as partes convencionarem sobre as regras do procedimento, celebrando convenções típicas, expressamente disciplinadas pelo legislador (tais como a eleição de foro, a cláusula compromissória, dentre outras), ou atípicas, que decorrem da autonomia das partes, prescindindo de normas legais preexistentes¹¹.

Nesse particular, a possibilidade de convenção sobre

⁸ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 86.

⁹ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 86.

¹⁰ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 87.

¹¹ LEONARDO CARNEIRO CUNHA, “*Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*”, in: *Negócios processuais* (coord.: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira), 4ª edição, JusPodivm, Salvador, 2019, p. 72.

normas processuais funda-se na compatibilidade do publicismo do processo e do privatismo decorrente da negociação e interesses privados, dentro de um processo cooperativo que incentiva o autorregramento da vontade e permite convenções processuais atípicas¹², com fulcro na mencionada cláusula geral de negociação, prevista no artigo 190 do CPC.

Por sua vez, as partes podem fixar um calendário para a prática de atos processuais, conforme dispõe o artigo 191 do referido diploma legal¹³. As partes e o juiz estarão vinculados ao calendário processual, garantindo uma duração razoável do processo, assim como a previsibilidade, elemento integrante do conceito de segurança jurídica.

Nessa lógica, em razão da calendarização do procedimento, dispensam-se todas as intimações das partes para a prática de atos ou para a realização de audiências cujas datas tenham sido previamente estabelecidas. Assim, a supressão de diversos atos de comunicação, além de simplificar o procedimento, possibilita a redução dos gastos de recursos públicos com o processo¹⁴.

Conforme demonstra Leonardo Carneiro Cunha, o calendário processual pode ser estabelecido em qualquer etapa do procedimento e recorda que as partes tendem a fazê-lo na fase de organização e saneamento do processo, em que pode ocorrer o agendamento para a prática dos atos de produção de prova, atos a serem praticados na fase de instrução, em seguida aos atos de

¹² ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 99.

¹³ Código de Processo Civil, “Artigo 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário”.

¹⁴ LUIZ RODRIGUES WAMBIER, “*O Modelo Processual Cooperativo e a Flexibilização Procedimental*”, in: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, ano 11, Volume 18, número 3, Rio de Janeiro, setembro a dezembro de 2017, pp. 246-247.

saneamento do processo¹⁵.

A conformação do procedimento aos interesses privados das partes decorre da necessidade de alteração de um modelo de processo estático e padronizado que já não se presta à resolução dos litígios e que resulta, por vezes, à prestação de uma jurisdição inadequada à tutela efetiva dos direitos¹⁶.

De igual modo, a criação de procedimentos especiais, destinados à tutela de relações jurídicas próprias e particulares, igualmente passou a apresentar a necessidade de maior eficiência na resolução dos litígios e aprimoramento na tutela jurisdicional¹⁷.

Diante da necessidade de especialização e adaptação demonstrada pela ineficiência do processo para responder à diversidade dos litígios levados ao Judiciário, pensou-se que a adaptação do procedimento poderia apresentar eficiência à resolução de litígios¹⁸.

Assim, podendo as partes delinear o procedimento a ser seguido em caso de controvérsia sobre algum ponto do contrato, através da realização de convenções processuais, pode-se afirmar que tais mecanismos constituem ferramentas de gestão processual como forma de tornar o processo mais eficiente frente às relações jurídicas contemporâneas e da agilidade em que ocorrem as trocas entre os agentes econômicos – e de eventuais litígios daí decorrentes.

O Código de Processo Civil brasileiro, como lembra Rafael Sirangelo Abreu¹⁹, faz uma clara opção pela possibilidade de flexibilização do procedimento (pelo juiz e pelas partes). Afirma que o processo deve adaptar-se às condições dos sujeitos, ao objeto discutido no processo (ao direito litigioso) e à

¹⁵ LEONARDO CARNEIRO CUNHA, “*Negócios jurídicos processuais...*”, cit., p. 68.

¹⁶ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., pp. 219-220.

¹⁷ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., pp. 219-220.

¹⁸ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., pp. 220-221.

¹⁹ RAFAEL SIRANGELO ABREU, “*A Igualdade...*”, cit., p. 335.

função que deve ser desempenhada, permitindo a variação do rito²⁰.

O julgador, ao ajustar o procedimento às especificidades da relação jurídica de direito material, exerce função de controle – como ocorre, por exemplo, quando elabora um calendário processual, delimita a matéria de fato que será objeto de prova (e quais provas serão produzidas) na causa, etc. – tal como ocorre no *active case management* do direito inglês²¹.

Nesse sentido, no que concerne ao poder de adaptação do procedimento por iniciativa do juiz, o Código de Processo Civil brasileiro autoriza ao julgador a dilatação de prazos processuais e alteração da ordem dos meios de prova para adequar a prática dos atos processuais às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, conforme previsão do artigo 139, inciso VI²².

Cumpra ao juiz conformar um procedimento que permita o efetivo desempenho de faculdades, ônus, direitos e deveres processuais dos participantes de forma equilibrada²³. Nesse contexto, deve agir de forma dialogal com as partes, ouvindo suas opiniões sobre os rumos do processo, possibilitando que dele participem²⁴.

Inclusive, o CPC brasileiro consagrou o rompimento do princípio da tipicidade dos meios executivos, conferindo ao juiz um amplo poder de uso de medidas necessárias à prestação de uma tutela adequada às mais variadas situações de direito material e substancial²⁵.

²⁰ RAFAEL SIRANGELO ABREU, “*A Igualdade...*”, cit., p. 335.

²¹ RAFAEL SIRANGELO ABREU, “*A Igualdade...*”, cit., p. 336.

²² Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105), “Artigo 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

²³ RAFAEL SIRANGELO ABREU, “*A Igualdade...*”, cit., p. 333.

²⁴ DANIEL MITIDIERO, *Colaboração no Processo Civil*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 82.

²⁵ LUIZ GUILHERME MARINONI; SÉRGIO CRUZ ARENHART; DANIEL

Com isso, abandonou-se um procedimento previamente delineado no texto legal que poderia ser aplicado a todo e qualquer litígio, adotando-se uma solução que conferiu ao julgador a possibilidade de conformar o meio executivo de acordo com as particularidades do caso concreto²⁶⁻²⁷.

Assim, o diploma processual oferece ao juiz amplos poderes, que consistem no uso de uma diversidade de medidas com o intuito de compelir o devedor à efetivação da tutela específica ou à obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente²⁸. A lei processual, portanto, privilegia a concessão de uma tutela específica e não o simples ressarcimento pelo equivalente, refletindo a postura de um Estado preocupado com a efetiva realização dos direitos enquanto instrumento fundamental para construir uma sociedade mais justa e igualitária²⁹⁻³⁰.

A tutela jurisdicional deve assegurar, sempre que

MITIDIERO, *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, Volume II, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, pp. 457-459.

²⁶ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Técnica Processual...*, cit., p. 220.

²⁷ Em relação às obrigações de fazer e não fazer, o diploma processual, em seu artigo 497, dispõe que o juiz, se procedente o pedido do autor, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Nesta mesma linha, o artigo 536 autoriza o julgador, de ofício ou a requerimento da parte, visando a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias à satisfação do exequente. Dentre as medidas executivas passíveis de utilização estão, conforme demonstra o parágrafo primeiro do artigo 536, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, sem prejuízo da configuração de crime de desobediência em caso de descumprimento injustificado de ordem judicial.

²⁸ Outro exemplo existente lei processual que evidencia o poder executivo do juiz é o artigo 139, inciso IV, segundo o qual incumbe ao julgador “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, igualmente aplicável às obrigações de fazer e de não fazer decorrente de título executivo judicial.

²⁹ LUIZ GUILHERME MARINONI; SÉRGIO CRUZ ARENHART; DANIEL MITIDIERO, *Novo Curso...*, cit., p. 455.

³⁰ O artigo 499 do Código demonstra claramente tal diretriz ao admitir a conversão da obrigação em perdas e danos apenas quando houver pedido do autor ou quando for impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

possível, os direitos *in natura* e não a mera recomposição do caráter pecuniário de tais direitos – evitando-se a mera conversão da prestação em perdas e danos –, sobretudo em sociedades cada vez mais complexas e sofisticadas³¹⁻³².

O mesmo se aplica à negociação das partes sobre matéria processual, em que ambas atuam cooperando entre si como forma de buscar o melhor procedimento para atender os anseios da relação jurídica e assegurar o direito material em litígio.

Portanto, nada obsta que as partes celebrem convenções processuais visando amoldar o procedimento, atingindo seus objetivos de forma mais eficiente, o que não ocorreria caso não pudessem dispor das fases do procedimento – por vezes praticadas por meras formalidades, que podem acarretar custos desnecessários ao processo – ou modificando situações processuais.

O processo deve adequar-se à realidade do direito material e deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado. Em outras palavras, deve haver influência das particularidades do direito material ao processo e a cláusula geral de negociação processual autoriza as partes a promoverem a adequação procedimental³³.

Se o processo pode ser delineado pelo julgador, igual faculdade pode ser atribuída às partes, desde que o façam consensualmente, por meio de convenções processuais, com a finalidade de conferir maior eficiência à resolução de litígios, atuais

³¹ LUIZ GUILHERME MARINONI; SÉRGIO CRUZ ARENHART; DANIEL MITIDIERO, *Novo Curso...*, cit., p. 461.

³² A abordagem da temática fora realizada, face à expressa autorização concedida para este fim, no seguinte relatório de Mestrado, produzido pelo autor do presente estudo, Pedro Sanchez Cesa, na disciplina de Metodologia da Investigação Científica do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ministrada pelo Professor Doutor Pedro Fernández Sánchez: PEDRO SANCHEZ CESA, *A aplicação dos meios coercitivos para o cumprimento das decisões judiciais que impõem um dever de fazer e de não fazer*, Orient.: Professor Doutor Pedro Fernández Sánchez, Relatório de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2019.

³³ LEONARDO CARNEIRO CUNHA, “*Negócios jurídicos processuais...*”, cit., p. 73.

ou futuros.

Evidencia-se, assim, que as convenções processuais podem resultar no aumento da eficiência do processo, garantindo a prestação de uma tutela tempestiva, adequada e efetiva³⁴, que atenda aos anseios do direto material.

3. ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DA CONVENCIONALIDADE DO PROCESSO NOS CONTRATOS

Restou demonstrado, a partir da abordagem realizada no capítulo anterior, que os negócios jurídicos processuais são instrumentos que facultam às partes, com fundamento na cláusula geral de negociação processual atípica, a adequação do procedimento de acordo com os seus interesses privados, redefinindo situações jurídicas ou reestruturando as fases do procedimento.

Exercitando as faculdades que decorrem da incidência do artigo 190 do CPC, os agentes podem ajustar o curso procedimental de acordo com os seus interesses e particularidades restringindo fases, limitando prazos, elegendo meios de prova ou a própria forma dos atos processuais.

São as partes do negócio jurídico que elegem as especificidades e a partir delas acordam os ajustes procedimentais diante da disponibilidade das normas do procedimento, criando, portanto, uma norma processual com base negocial.

Considerando as premissas expostas até o momento, passa-se, no presente capítulo, à análise dos aspectos que envolvem a aplicação do tema ao direito contratual e a sua relação com a Análise Econômica do Direito, com a finalidade precípua de construir conclusões específicas quanto à conveniência (ou inconveniência) de utilização pelos agentes e identificar se os acordos processuais podem servir como incentivos à realização

³⁴ O artigo 4º do CPC brasileiro assegura aos indivíduos o direito à resolução do litígio em prazo razoável, o que denota o dever do Estado de exercer a jurisdição de forma adequada e efetiva: “Artigo 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

das trocas de mercado.

3.1. O CONTRATO ENQUANTO INSTRUMENTO DE CIRCULAÇÃO DE RIQUEZAS E TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADES. ASPECTOS RELATIVOS À INCOMPLETUDE CONTRATUAL E ASSIMETRIA INFORMATIVA DOS AGENTES DE MERCADO

O contrato é a forma escolhida pelos ordenamentos jurídicos para que se realize a circulação da titularidade de interesses, em um meio de trocas livres e voluntárias, denominado de sistema de mercado, que se realizam em função da expectativa de trazerem vantagens às partes contratantes³⁵.

Buscam-se, assim, níveis mais elevados de satisfação, até mesmo pelo fato de que o ato de contratar consiste no exercício da liberdade e autonomia³⁶. Os contratos definirão diferentes mecanismos de incentivos, assim como os remédios para o não cumprimento das promessas³⁷.

Por meio das trocas, os agentes estabelecem relações de complementaridade e de contraposição objetiva de interesses. Essas relações não necessariamente ocorrem em ambientes de concorrência e de disputa, já que nem sempre os indivíduos precisam se valer de vantagens em detrimento de outros, como se não houvesse formas alternativas de obtenção de benefícios sem obrigatoriamente causar prejuízos ao outro, conforme demonstra Fernando Araújo³⁸.

No ambiente em que se desenvolvem as trocas econômicas, os interesses que se contrapõem são complementares, na

³⁵ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual...*, cit., p. 19.

³⁶ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual...*, cit., p. 19.

³⁷ RACHEL SZTAJN, DECIO ZYLBERSZTAJN, PAULO FURQUIM DE AZEVEDO, “*Economia dos Contratos*”, in: DECIO ZYLBERSZTAJN, RACHEL SZTAJN, *Direito e economia*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2005, p. 14.

³⁸ FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 41.

medida em que possuem valores desiguais³⁹. As partes acabam transigindo, renunciando parcialmente da sua pretensão inicial de ganho máximo, significando que para que ambas ganhem, não necessitam ganhar o mesmo⁴⁰.

Entretanto, a atividade de negociação pode ser longa, face à preocupação dos agentes no sentido de prever, ao máximo possível, as contingências e riscos que envolvem a consecução da finalidade do contrato. Consequentemente, a negociação contratual pode vir a tornar-se onerosa aos agentes, o que pode desestimular a concretização das trocas de mercado e fragilizar o desenvolvimento das relações civis e empresariais.

Nesse particular, os custos que envolvem a atividade de contratar –denominados de custos de transação – são os custos de utilização do mercado e podem dificultar ou impossibilitar a ocorrência das trocas e o alcance de situações de eficiência e bem-estar social⁴¹.

São aqueles que se incorre pela utilização do mecanismo de preços, como espécie de taxa pela utilização do sistema de mercado, em que se incorre para que sejam realizados os intercâmbios de interesses. Em suma, conforme demonstra Manoel Trindade⁴², é o custo de se participar do mercado, no qual não se incluem os custos referentes aos bens ou serviços em si, mas todos os custos que estão acima e além dos interesses efetivamente transacionados.

A negociação pode, efetivamente, ficar prejudicada se os custos de transação vierem a superar os benefícios que se espera obter por meio da troca⁴³. A impossibilidade de identificação e mensuração de custos futuros também pode desestimular a não

³⁹ FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, cit., p. 42.

⁴⁰ FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, cit., p. 42.

⁴¹ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual...*, cit., p. 142.

⁴² MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual...*, cit., p. 145.

⁴³ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual...*, cit., p. 146.

realização do contrato: sem segurança jurídica, os agentes estarão desestimulados para contratar, especialmente no que diz respeito a investimentos⁴⁴⁻⁴⁵.

A teoria dos custos de transação foi apresentada originalmente por Ronald Coase⁴⁶, cuja obra – *The Nature of the Firm* – aponta a existência de processos de troca complexos e que envolvem custos de transação, tais como os custos de descoberta de preços, custos de operação e os custos de uma relação a longo prazo, que devem ser considerados no exercício da atividade empresarial.

Fernando Araújo⁴⁷ demonstra, contudo, que não é possível o emprego alargado do conceito e sem preocupação de rigor apenas para demonstrar algo que está interferindo no funcionamento do mercado.

Oliver Williamson⁴⁸, por sua vez, elenca fatores determinantes à ocorrência dos custos de transação nas trocas: a *especificidade* dos interesses envolvidos e da própria relação contratual, eis que quanto mais específicos forem os elementos contratuais, maiores serão os custos de transação envolvidos (ao inverso, quanto mais rotineiros forem, mais padronizado será o respectivo instrumento contratual, supondo-se que menores serão os custos envolvidos na transação); e a *frequência* da contratação, já que contratos celebrados em menor número de vezes demandarão maiores custos de aprendizagem específica, ao contrário de negócios celebrados repetidamente, cujo trabalho se

⁴⁴ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual...*, cit., p. 146.

⁴⁵ O citado autor destaca que “toda negociação envolve custos, o que implica perquirir sobre a adequada medida de negociação, de forma a otimizar a eficiência alocativa dos recursos e minimizar os excedentes econômicos”. Cfr. MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual...*, cit., p. 149.

⁴⁶ EJAN MACKAAY; STÉPHANE ROUSSEAU, *Análise Econômica do Direito*, tradução de Rachel Sztajn, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2015, p. 519.

⁴⁷ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Econômica do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 202.

⁴⁸ OLIVER EATON WILLIAMSON, citado por MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual*, cit., pp. 146-147.

reaproveitaria.

O mencionado autor cita, ainda, a *incerteza* dos desdobramentos e das contingências decorrentes da transação (o que pode gerar maiores custos de transação destinados a enfrentar tais realidades); e a *racionalidade limitada*, que faz surgir custos à medida em que os agentes não conseguem prever todos os desdobramentos e inferir todas as variáveis envolvidas – que difere-se da incerteza por se referir à impossibilidade de se prever todos os resultados, visto que a primeira se refere ao grau de dificuldade de realizar previsões. Por fim, ainda segundo Williamson, o último fator é o *comportamento oportunista*, que consiste na conduta lesiva praticada pela parte com o intuito de obter benefícios em detrimento da outra⁴⁹.

Com a finalidade de conferir um alcance preciso ao conceito dos custos de transação, a doutrina costuma classificá-los em i) custos de busca e obtenção de informação, ii) custos de negociação e, por fim, iii) os custos de monitoramento e de demandar pelo cumprimento forçado do contrato⁵⁰.

Os primeiros envolvem a busca pelas melhores alternativas disponíveis no mercado, como melhor qualidade, preço e confiabilidade, ao passo que os segundos são os custos que se incorre para obter um acordo aceitável para ambas as partes, o que inclui custos com a elaboração de instrumentos contratuais (despesas com intermediadores, com advogados especializados em redigir contratos, etc). Os últimos referem-se aos custos suportados com o monitoramento do cumprimento das obrigações contratuais e, também, todas as despesas necessárias à execução forçada (*enforcement*), incluindo custas e despesas judiciais ou

⁴⁹ OLIVER EATON WILLIAMSON, citado por MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual*, cit., pp. 146-147.

⁵⁰ Exemplificativamente, CASSIO CAVALLI, *Empresa, Direito e Economia*, Forense, Rio de Janeiro, 2013, p. 173; VASCO RODRIGUES, *Análise Económica do Direito*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 48 e ROBERT COOTER e THOMAS ULEN, *Direito e Economia*, 5ª edição, Bookman, Porto Alegre, 2010, p. 105.

arbitrais⁵¹.

O cumprimento forçado implica, ainda, a cobrança de “indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados”⁵².

Como se vê, incontáveis são as consequências oriundas da atividade de negociar e contratar e, “dependendo das suas magnitudes, podem, por si só, constituírem-se em obstáculos intransponíveis para a realização de contratos”⁵³.

Tais questões remetem, conseqüentemente, à ideia de completude contratual e à efetiva necessidade de se antever um amplo leque de contingências e riscos que podem se apresentar futuramente. A atividade de contratar tende a tornar-se mais ou menos custosa de acordo com a amplitude das previsões contratuais que as partes queiram inserir em suas avenças.

Os custos de transação acarretam, portanto, que os contratos não sejam completos e perfeitos – que contemplem todas as vantagens e desequilíbrios, todas as contingências e alterações da vida – mas, sim, que sejam celebrados de forma mais ou menos incompleta, a depender dos esforços e condições dos agentes para tanto. Diga-se isso, é claro, aos contratos complexos, de trato continuado e que se prolongam no tempo, cujas particularidades não permitem que sejam entendidos como completos.

Libertar as partes da custosa tarefa de antever hipóteses geradoras de crise no processo negocial significa destinar mais recursos aos elementos essenciais do contrato, como definição do objeto, preço e condição de pagamento⁵⁴.

⁵¹ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual*, cit., pp. 148-149.

⁵² ARMANDO CASTELAR PINHEIRO; JAIRO SADDI, *Direito, Economia e Mercados*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2005. p. 61.

⁵³ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual*, cit., p. 149.

⁵⁴ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual*, cit., p. 150.

Concorda-se, portanto, com o entendimento de que a completude contratual é utópica, pois o processo negocial não consegue explicitar de forma exauriente todos os aspectos relativos à enumeração das contingências suscetíveis de interferir na onerosidade dos contratos. Mostra-se inviável uma definição prévia de padrões de conduta e de disposições preventivas e sancionatórias de forma perfeita e eficiente⁵⁵.

Os contratos incompletos atuam como uma resposta pragmática a um contexto de incertezas dos agentes e são celebrados, por vezes, de forma intencional, diante de cenários de informações incompletas e de racionalidade limitada nos quais estão inseridos⁵⁶.

Nesse sentido, os indivíduos não conseguem prever os desdobramentos e as consequências que surgirão durante eventual crise do processo obrigacional, tornando necessário que recursos sejam investidos para que se busque prever e estabelecer mecanismos capazes de enfrentar contingências contratuais, o que implica, portanto, o surgimento de custos de transação⁵⁷.

Outro fator que igualmente dificulta a concretização das trocas de mercado é a assimetria informacional que pode existir entre as partes contratantes em certos contextos de mercado. Trata-se de um grave impedimento à eficiência e à maximização de bem-estar que se espera auferir das trocas.

Conforme demonstra Fernando Araújo⁵⁸, é a assimétrica distribuição de informação entre as partes que constitui a principal fonte de ineficiência das transações, o que decorre da decisão de especializar a produção, de divisão de trabalho e, concomitantemente, de divisão da informação.

O mencionado jurista destaca que nas trocas “é preciso, contudo, recobrar alguma informação, e isso implica custos: custos que se reportam à informação sobre preços e qualidade de

⁵⁵ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual*, cit., p. 152.

⁵⁶ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual*, cit., p. 152.

⁵⁷ MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE, *Direito Contratual*, cit., p. 151.

⁵⁸ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, cit., pp. 199-200.

produtos e factores de produção, sobre potenciais compradores e vendedores, sobre disposições de pagar e de aceitar preços”⁵⁹. Demonstra, ainda, que a busca por informação implica “custos de negociação e de monitorização *ex ante* e *ex post* da contra-parte; custos de cumprimento e de reacção ao incumprimento; custos de protecção da relatividade contratual face aos riscos de interferência lesiva da parte de terceiros”⁶⁰.

A busca por informação pode consistir em uma verdadeira disputa pelas partes em meio ao processo negocial, o que ocorre com a finalidade de obter a melhoria dos termos do acordo a celebrar. Assim, quanto mais informação for disponibilizada às partes, mais consensual ocorrerá o resultado da negociação⁶¹.

Diante deste cenário de dúvidas e incertezas no qual se insere a atividade de negociar e contratar, impõem-se os seguintes questionamentos: servem as convenções processuais à redução dos custos de transação e atuam como facilitadoras da contratação em casos de assimetria informacional entre os agentes?

Ainda, os acordos sobre matéria processual – especialmente, os acordos de procedimento celebrados em um momento prévio à eventual e futuro litígio – facilitam as trocas, considerando a racionalidade limitada das partes?

Os acordos sobre normas processuais podem, sim, prever com eficiência formas de resolução de eventuais litígios decorrentes do contrato, tornando claro para ambos os contratantes qual o procedimento a ser utilizado para resolver as suas controvérsias. Podem, igualmente, prever a disposição prévia de faculdades, ônus, direitos e deveres processuais, garantindo eficiência ao processo visando conferir a tutela adequada ao direito material.

Além disso, conforme visto anteriormente, os contratos

⁵⁹ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, cit., pp. 199-200.

⁶⁰ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, cit., pp. 199-200.

⁶¹ MIGUEL PATRÍCIO, *Análise Económica da Litigância*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 61.

de procedimento podem ser celebrados para além das hipóteses previstas no ordenamento processual, podendo abranger matéria probatória, a calendarização processual e até mesmo certos atos executivos do processo, eliminando atos burocráticos e dispendiosos⁶².

Entretanto, as respostas para tais questões são complexas e dependerão das particularidades da relação jurídica que as partes tentarão concretizar, sendo temerário estabelecer, *a priori*, premissas padronizadas ou aplicáveis indistintamente às diversas relações de direito material. Isso ocorre em razão das diferenças de condições entre os agentes (inexistência de igualdade no plano material) e também pela complexidade da vida contemporânea, pelo desenvolvimento econômico das relações negociais e dos meios de interação em que são atualmente realizadas.

Pode ser imprudente estabelecer, de pronto, tais premissas e aplicá-las de maneira indistinta, sobretudo na realidade brasileira, considerando que grande parte das relações jurídicas levadas ao Judiciário evidenciam conflitos entre agentes de notável disparidade – por exemplo, relações consumeristas entre grupos empresariais e a população, considerada carente em grande parcela; ou mesmo relações trabalhistas, em que, aqui, as convenções processuais revelam ponto mais sensível e tal abordagem se mostraria inviável considerando o escopo do presente estudo.

Além disso, a convencionalidade sobre normas processuais vem sendo amplamente debatida no cenário brasileiro em virtude da positivação da cláusula geral de negociação processual atípica no Código de Processo Civil⁶³, e que está inserida em um modelo de processo civil cooperativo, que prima pela

⁶² São exemplos: a distribuição consensual do ônus da prova, a nomeação prévia de um perito judicial, a disponibilidade prévia de certos meios probatórios, o pacto de impenhorabilidade e indicação prévia de bem penhorado para garantia de dívidas.

⁶³ Uma inegável novidade do recente diploma, instituído no ano de 2015, já que o código anterior limitava-se em prever certos negócios típicos, sem expressamente autorizar a negociação processual atípica às partes.

solução autocompositiva dos litígios⁶⁴.

A realidade do Brasil indica, ainda, que as partes tendem a evitar ao máximo o ingresso na via judicial em decorrência do custo, da morosidade do processo e ineficiência da jurisdição para conferir a tutela adequada, efetiva e tempestiva em certas relações de direito material⁶⁵. Optando, mesmo assim, pelo ingresso ao Judiciário para resolução de seus litígios, tal realidade abre espaço às partes para a realização de convenções processuais.

Outra perspectiva interessante é que as partes podem celebrar contratos atentando para o fato de que, em caso de eventual litígio sobre determinado ponto do contrato, o ordenamento jurídico permite que estabeleçam convenções sobre normas processuais de forma incidental ao processo, o que pode reduzir custos de transação, especialmente os custos com o cumprimento forçado das obrigações.

3.2. ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO CONTRATUAL

Os negócios processuais podem ser instrumentalizados por meio de contratos que regulem, além das relações de direito material entre os sujeitos, também certas regras processuais aplicáveis a litígios eventuais e futuros. Esse pode ser o grande espaço de aplicação do instituto, mediante inclusão de cláusulas típicas em contratos com vista à alteração de regras

⁶⁴ O artigo 3º, §§ 2º e 3º, evidenciam a preferência do CPC pela solução negociada dos litígios: “Artigo 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

⁶⁵ DANIEL MITIDIERO, “A Tutela dos Direitos como fim do Processo Civil no Estado Constitucional”, in: Revista de Processo, ano 39, volume 229, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp. 63-64.

procedimentais ou mesmo redimensionando certas posições contratuais⁶⁶.

Nesse viés, impõe-se uma análise crítica acerca das convenções processuais, examinando os efeitos jurídicos e econômicos resultantes da sua aplicação em matéria contratual.

Os acordos processuais podem ocorrer de forma prévia, ou seja, como se fossem uma “antecipação contratual da litigância”⁶⁷, com o objetivo de conferir, previamente, alternativas procedimentais aos agentes em um potencial litígio, a fim de adaptá-lo às suas necessidades e às particularidades da relação jurídica.

Em tese, quanto mais alternativas forem conferidas, mais utilidade os acordos processuais assumem no plano da eficiência⁶⁸.

Contudo, o problema que emerge ao se conferir previamente um leque de possibilidades procedimentais confronta-se com o problema da completude contratual, visto que os contratos incompletos atuam como facilitadores das trocas por dispensarem uma estipulação detalhada de todas as contingências possíveis da avença, conforme demonstrado no tópico anterior.

Os agentes tendem a direcionar seus esforços aos elementos essenciais do contrato, evitando custos com a obtenção de informações desnecessárias. Contudo, não há impedimentos para que os agentes estipulem condições e costurem um procedimento, garantindo previsibilidade e melhor gestão do risco processual (em caso de litígio), o que não inviabilizará a celebração do contrato.

Ao negociarem, por via contratual, a respeito de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ou acerca da própria alteração do procedimento, as partes estarão criando formas de reduzir o ônus financeiro de eventual e futuro processo, sobretudo pela redução dos custos de transação⁶⁹.

⁶⁶ RAFAEL SIRANGELO ABREU, “*A Igualdade...*”, cit., p. 338.

⁶⁷ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 226.

⁶⁸ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 226.

⁶⁹ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 230.

Segundo bem observa Antonio do Passo Cabral⁷⁰, as trocas econômicas não abrangem apenas as negociações preliminares, mas também o monitoramento e a execução das obrigações assumidas pela parte contrária, tal como a prestação do serviço, a confirmação do pagamento, a cobrança de parcelas em atraso – fatores que, dentre outros, devem ser levados em conta no momento da contratação.

Nessa perspectiva, as convenções processuais sobre indicação prévia de bem para constituir uma hipoteca (ou outra forma de garantia), ou indicação prévia de um perito para solucionar um determinado conflito, com a renúncia à produção de outras provas desnecessárias, poderão, além de reduzir o ônus financeiro do processo, propiciar um julgamento mais célere e eficiente.

As convenções podem conferir previsibilidade ao processo, permitindo uma melhor avaliação de custo-benefício da litigância, reduzindo o estado de incerteza e diminuindo os custos de transação. Além de minimizar os custos de implementação, podem criar incentivos para o adimplemento, tornando as relações econômicas mais interessantes⁷¹.

Inclusive, os acordos processuais emprestam segurança e previsibilidade porque incrementam a certeza de aplicação de regras processuais⁷².

Outro aspecto favorável à celebração dos acordos processuais refere-se ao ganho que podem trazer em termos de certeza e previsibilidade em relação aos riscos do processo⁷³.

É difícil a tarefa de estimar o resultado do processo, ou seja, prever o conteúdo da decisão judicial, o que pode estar relacionado com a ausência de uniformidade e coerência do sistema processual⁷⁴. Antonio do Passo Cabral recorda que existem

⁷⁰ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 230.

⁷¹ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 231.

⁷² ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., pp. 230-231.

⁷³ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 237.

⁷⁴ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 238.

fatores pouco previsíveis que podem influenciar no comando judicial e traz como exemplos “a duração do processo, a publicidade, as considerações e a ênfase que os agentes estatais darão ao debate e aos argumentos dos litigantes”⁷⁵.

Elenca, ainda, fatores levados em conta pelos litigantes na análise do risco processual, como o valor da causa, a chance de reconhecimento do direito material em juízo, além de circunstâncias como a escolha de um e outro juiz, a qualidade dos advogados e o preço de seus honorários⁷⁶. Risco e custo estão associados e o ato de litigar judicialmente impõe tais encargos às partes⁷⁷.

Nesse contexto, as convenções servem de mecanismos de gestão de risco, já que permitem que os agentes possam melhor avaliar o risco processual numa perspectiva *ex ante*, recorrendo aos acordos processuais como “antecipação convencional do regramento de suas controvérsias”⁷⁸⁻⁷⁹.

A celebração de convenções processuais, assim, pode conferir eficiência na redução dos custos de efetivação do contrato, que igualmente devem ser previstos pelas partes. Isso se dá com a indicação prévia de um bem como garantia do cumprimento de uma obrigação, fato que inclusive pode gerar benefícios à parte em outros pontos do contrato (por exemplo, ao indicar certo bem como garantia, a parte pode obter uma condição mais favorável para quitação do preço ou mesmo um desconto).

Aliás, o processo de execução apresenta-se como campo

⁷⁵ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 238.

⁷⁶ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 239.

⁷⁷ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 238.

⁷⁸ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 239.

⁷⁹ Antonio do Passo Cabral destaca o ganho de previsibilidade que decorre das convenções processuais realizadas entre as partes em comparação à flexibilização pelo juiz. Através da primeira, as partes decidem pela derrogação das regras procedimentais pela autonomia da vontade, o que diminui a possibilidade de ofensa a direitos fundamentais, diferentemente da segunda, operada judicialmente, que por vezes pode ferir o devido processo legal e causar grave prejuízo às partes. Cfr. ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 240.

propício à negociação sobre normas de procedimento, como demonstra Pedro Henrique Nogueira⁸⁰. O autor destaca que as partes podem, por meio da negociação processual, adaptar o procedimento executivo com estipulação de técnicas para torná-lo mais eficiente ao credor, criando ao mesmo tempo benefícios ao devedor, que se submeterá a um procedimento mais seguro, que preveja limites à intervenção de sua esfera jurídica⁸¹.

Os acordos processuais em matéria de execução podem assegurar, de forma prévia, celeridade e eficiência da execução “para limitar a atividade executiva (limitar os atos executivos), restringindo a prática de atos de constrição, bem como para regular como os atos executórios haverão de ser praticados, conferindo maior previsibilidade para os envolvidos”⁸² e isso vai ao encontro do interesse das partes em reduzir e até mesmo eliminar os custos de transação.

É que o processo de execução, na realidade brasileira, demanda a prática de diversos atos que podem ser previamente delineados pelas partes, o que, pensa-se, vem a trazer benefícios a ambas.

Apresentando exemplos práticos como forma de corroborar o incremento da eficiência ao processo a partir das convenções processuais, cita-se a possibilidade de escolha prévia do depositário do bem que vier a ser penhorado em um processo; a avaliação prévia do bem a ser penhorado, eliminando a burocrática fase de avaliação judicial; dispensa de intimação do exequente e do executado sobre a avaliação e a escolha do meio expropriatório a ser utilizado pelo credor⁸³.

Como é sabido, a realização desses atos na esfera judicial pode levar meses (ou anos), a depender do interesse das partes em impulsionar o andamento do processo e debater os pontos nele controvertidos, ainda mais após o surgimento de um clima

⁸⁰ PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, “*Gestão da Execução...*”, cit., p. 326.

⁸¹ PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, “*Gestão da Execução...*”, cit., p. 326.

⁸² PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, “*Gestão da Execução...*”, cit., p. 326.

⁸³ PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, “*Gestão da Execução...*”, cit., p. 336.

de litígio, até então inexistente em razão das circunstâncias e do modo de que se deu o (in)cumprimento das obrigações da avença.

Retoma-se o caso do devedor de uma obrigação que indica, previamente, um bem em garantia: caso o negócio processual se perfectibilize, todo o seu patrimônio restante será preservado, tornando-o imune de constrições judiciais e garantindo segurança e previsibilidade para que possa discutir, no Judiciário, as questões controversas da relação jurídica mantida com o credor.

Portanto, aperfeiçoar o processo de execução, adequando os atos às particularidades da relação jurídica, significa torná-lo mais eficiente, aumentando a chance de efetivação do direito material e de forma menos onerosa ao devedor.

Diante de tais proposições, entende-se haver incentivos às partes para a celebração de contratos que contenham disposições de conteúdo processual, já que as avenças, em tais moldes, gerarão benefícios a ambas. Nesse viés, os acordos processuais servem de ferramenta à redução dos custos de monitoramento e de cumprimento forçado das obrigações que, repita-se, devem ser levados em conta pelos agentes de mercado.

Por outro lado, evidencia-se a vocação dos contratos para abarcarem cláusulas de conteúdo processual, o que ocorre em razão da compatibilidade do modelo cooperativo de processo e a atividade jurisdicional, já que o processo, por se tratar de área do direito público, admite a solução autocompositiva dos litígios e a flexibilização do processo.

Pensa-se, assim, que as convenções processuais apresentem complementaridade e convergência com as regras ordinárias do processo, sendo instrumentos que se relacionam entre si⁸⁴. Desse modo, a jurisdição “une a regulação heterônoma à autônoma, reforçando o vínculo regulativo e garantindo que as regras de conduta continuem a formar-se dentro de mecanismos

⁸⁴ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 189.

jurídicos legítimos”⁸⁵.

Lembra-se, contudo, a necessidade de controle pelo juiz em casos de nulidade das convenções, nos exatos termos do artigo 190 do CPC, visto que as convenções sobre matéria processual não podem resultar em violação de direitos e garantias fundamentais, como o devido processo legal.

Resulta que as convenções processuais, mesmo que aplicadas ao tema dos contratos, significam um caminho intermediário entre o processo judicial e os demais meios alternativos de solução de litígios, como a arbitragem e a mediação, que por vezes não se mostram efetivos à resolução de todo e qualquer litígio.

A arbitragem, na realidade brasileira, está adstrita a um público específico que possui condições de custear a nomeação de um agente privado para resolver as suas controvérsias, revelando-se um meio inadequado à tutela dos direitos dos indivíduos integrantes das classes mais pobres e mesmo da classe média brasileira. Inclusive, como bem refere Antonio do Passo Cabral, a arbitragem não se mostra cabível em todo e qualquer litígio, pois os árbitros não possuem poderes coercitivos e executivos como os juízes e nem sempre há previsão de recursos em face de decisões desfavoráveis⁸⁶.

Em vista disso, os acordos processuais propiciam que as partes busquem, por meio da autonomia da vontade, delinear o procedimento que entendem adequado para a solução do seu conflito, mas dentro do próprio processo estatal.

As convenções processuais significam colaboração e negociação no âmbito do próprio Estado, significando flexibilização do procedimento sem que isso acarrete uma desjudicialização⁸⁷.

Como bem asseverou Barbosa Moreira⁸⁸ em artigo no

⁸⁵ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 189.

⁸⁶ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 234.

⁸⁷ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 237.

⁸⁸ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Privatização do Processo?”, in: Revista

qual abordou de forma crítica o emprego da expressão “privatização do processo” e a afinidade do processo estatal com a arbitragem, “o que volta a sugerir que o caso é antes de publicização da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de privatização”.

Entende-se, assim, que por meio das convenções o processo não perderá a sua natureza de direito público, tampouco implicarão os acordos processuais a prática de atos desjudicializados pelos agentes.

3.3. POSSÍVEIS PONDERAÇÕES NEGATIVAS À IDEIA DE EFICIÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O ato de negociar previamente sobre a adaptação do procedimento pode acarretar custos de transação às partes, visto que obriga as partes a um planejamento contratual mais sofisticado.

É possível que o planejamento contratual sobre a implementação das obrigações possa configurar uma atividade limitada a agentes sofisticados, que possuem a negociação como rotina, sendo capazes tecnicamente de prever uma gama de contingências.

Evidencia-se, em contrapartida às ideias expostas anteriormente, que a adaptação do procedimento não traz somente benefícios⁸⁹. A questão, além de relacionar-se com os custos de pesquisa e negociação (*front-end costs*), relaciona-se especialmente com os custos de monitoramento e de cumprimento forçado do contrato (*back-end costs*), que também são vistos com incerteza pelas partes⁹⁰.

É natural que os agentes invistam mais atenção e recursos na descoberta de características e qualidades do produto ou serviço que estão transacionando e na própria negociação da

da EMERJ, volume 1, nº 3, 1998, p. 17.

⁸⁹ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 240.

⁹⁰ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 241.

avença, destinando menos esforços e evitando despesas com circunstâncias futuras e incertas, como a necessidade de monitorar o adimplemento do contrato e a eventual execução forçada de obrigações.

Além disso, Antonio do Passo Cabral relembra que as partes fazem uso de termos vagos durante a redação de suas avenças, fazendo remissão às cláusulas legais (por exemplo, obrigando-se a agir de acordo com a boa-fé) justamente como forma de evitar custos de transação para viabilizar a formalização da avença⁹¹.

Soma-se a isso o problema da assimetria de informações, eis que as convenções podem tornar evidente a atuação de litigantes habituais (ou *repeat players*), que têm melhores condições de avaliar os resultados que obteriam com as convenções processuais, o que pode criar assimetrias e desvantagens para o litigante eventual⁹².

Os litigantes habituais operam com evidente vantagem sobre litigantes eventuais em razão da sua capacidade organizacional e da capacidade de recursos que podem destinar à negociação. Diante disso, possuem melhores condições de avaliar os riscos decorrentes da atividade de negociar e contratar⁹³.

Uma grande quantidade de convenções processuais inseridas em contratos de consumo e de trabalho pode sugerir disparidade de informações e falhas de mercado. O uso de termos técnicos poderia vir a prejudicar vulneráveis, que não enxergam a amplitude e a abrangência das convenções processuais⁹⁴.

A diferença de condições traduz a inexistência de igualdade no plano material entre os agentes e constitui grave impedimento à concretização das trocas de mercado. A insuficiência econômica, óbices geográficos, debilidades de saúde, desinformação pessoal, dificuldades na técnica jurídica e incapacidade

⁹¹ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 241.

⁹² ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., pp. 213-214.

⁹³ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 214.

⁹⁴ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, cit., p. 214.

de organização traduzem hipóteses de nítida vulnerabilidade⁹⁵, podem resultar na nulidade da convenção, lembrando que o próprio artigo 190 do CPC incumbe ao juiz o controle da validade da convenção e o dever de recusar a sua aplicação em caso de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão e em situações de vulnerabilidade.

As partes podem celebrar acordos processuais que acarretem a distribuição desproporcional dos custos do processo às partes, gerando “óbices de acessibilidade econômica de tamanha monta que impeçam ou dificultem em demasiado o acesso equilibrado ao processo”⁹⁶.

Ainda, é possível que negócios processuais sejam celebrados entre pessoas com níveis diferenciados de conhecimento técnico, considerando o objeto e a finalidade do próprio contrato, como em contratos de prestação de serviços especializados, em que o contratante pouco conhece acerca do método que será utilizado pelo prestador, mas age de boa-fé ao acreditar que este cumprirá integralmente com as obrigações assumidas, por exemplo.

Diante do conteúdo técnico das convenções processuais, é também comum que sejam celebradas por uma parte não necessariamente assistida ou representada por advogado, o que denota que questões técnicas sejam ignoradas e tidas como irrelevantes por pessoas sem conhecimento das normas jurídicas. Nesse último cenário, como lembra Rafael Sirangelo Abreu⁹⁷, a ausência de participação de advogado pode acarretar a incapacidade do contratante para prever as consequências da sua manifestação de vontade.

Concernente aos custos da litigância, Miguel Patrício demonstra que a análise da relação de custos-benefícios é natural ao raciocínio de qualquer indivíduo e tal ponderação

⁹⁵ FERNANDA TARTUCE, *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2012, p. 190.

⁹⁶ RAFAEL SIRANGELO ABREU, “*A Igualdade...*”, cit., p. 339.

⁹⁷ RAFAEL SIRANGELO ABREU, “*A Igualdade...*”, cit., p. 340.

naturalmente ocorrerá antes de que determinada situação seja levada a julgamento, sendo “o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa dos custos e benefícios inerentes a essa decisão”⁹⁸.

O citado autor destaca que a ponderação dos custos-benefícios é inevitável em uma análise de incentivos, ou seja, tudo que condiciona as escolhas feitas para a litigância judicial. Contudo, mesmo a análise custos-benefícios sofre restrições em meio a contextos de ignorância, incerteza e de desigualdade informativa, que invariavelmente apresentarão reflexos no resultado de tal ponderação⁹⁹.

Como se vê, a assimetria informativa manifesta-se sob diferentes aspectos e, ao que parece, apenas a prática e a rotina de aplicação das convenções processuais aos contratos é que dirá quanto ao sucesso da cláusula de negociação processual atípica.

Outros aspectos negativos – ainda que laterais, mas desfavoráveis à negociação – podem surgir quando as disposições processuais são utilizadas para efeitos puramente reputacionais, mediante emprego de expressões sofisticadas e de termos em outros idiomas.

Nesse particular, as convenções poderiam até mesmo servir de moeda de troca em alguns pontos da negociação: ceder o pedido da contraparte e retirar disposições de conteúdo processual inseridas tão somente com essa finalidade. Ou seja, a negociação sobre matéria processual serviria como instrumento de barganha às partes para obter uma posição mais vantajosa em outro ponto do contrato.

Além disso, a disposição da cláusula que versa sobre norma processual é litigiosa, remetendo os leigos ao cenário de conflito, dando ensejo a um ideal pessimista para as partes antes mesmo da celebração do contrato.

Entretanto, tais preocupações não devem prosperar se as

⁹⁸ MIGUEL PATRÍCIO, *Análise Económica da Litigância*, cit., p. 14.

⁹⁹ MIGUEL PATRÍCIO, *Análise Económica da Litigância*, cit., p. 15.

partes estiverem efetivamente interessadas na consecução do objeto contratual, já que celebram contratos com o intuito de elevar, mutuamente, o seu bem-estar. Realizando uma negociação que atenda, efetivamente, aos deveres relacionados à boa-fé, as partes conferem previsibilidade e diminuem o risco e o custo do processo, o que significa reduzir custos de transação, especificamente aqueles que envolvem o monitoramento e o cumprimento forçado das obrigações contratuais.

4. CONCLUSÃO

Demonstrou-se no presente relatório que os acordos processuais podem ser celebrados, por meio de cláusulas típicas em contratos, com o objetivo de conferir alternativas procedimentais aos agentes em um potencial litígio, a fim de adaptá-lo às suas necessidades e às particularidades da relação jurídica e garantir, gerando eficiência às partes na resolução de futuro e incerto litígio.

Mesmo considerando um contexto jurídico-econômico eivado de imperfeições e incertezas, sendo o inacabamento contratual adotado, muitas vezes, de forma consciente e voluntária diante de cenários de informações incompletas e de racionalmente limitadas em que as partes estão inseridas, reputa-se inexistirem impedimentos para que os agentes estipulem condições e “costurem” um procedimento, garantindo previsibilidade e melhor gestão do risco processual, sem que isso inviabilize a formação do contrato.

Destacou-se, nesse passo, que o incremento na posição processual de uma parte pode representar uma vantagem para a contraparte em outro ponto da negociação. É o que ocorre com a indicação prévia de um determinado bem em garantia de uma dívida pelo contratante, como forma de negociar um preço melhor ou uma condição de pagamento mais vantajosa. Essa situação poderia, ainda, evitar a ocultação de patrimônio, reduzindo

custos de execução do contrato.

O presente estudo propôs-se, ainda, em demonstrar que as convenções podem gerar mecanismos de incentivo para os comportamentos individuais, visto que as partes, ao assumirem obrigações e regularem o procedimento, estão, indiretamente, delineando estímulos que favorecem a observância de suas obrigações.

Os acordos processuais podem combater a informação assimétrica entre os agentes, induzindo a revelação de informações privadas, bem como atuando sobre as condutas dos agentes detentores dessas informações, evitando comportamentos oportunistas.

Outro fator importante é que os acordos podem ter espaço para conferir celeridade e eficiência, reduzindo custos ainda maiores em caso de prosseguimento da litigância judicial.

Portanto, aperfeiçoar o processo judicial (especialmente o processo de execução), adequando os respectivos atos às particularidades da relação jurídica, significa torná-lo mais eficiente, aumentando a chance de efetivação do direito material e de forma menos onerosa às partes, especialmente ao devedor.

Por fim, o relatório abordou aspectos desfavoráveis à celebração dos acordos processuais, apontando que é natural que os agentes invistam mais atenção e recursos na descoberta de características e qualidades do produto ou serviço que estão transacionando e na própria negociação da avença, destinando menos esforços e evitando despesas com circunstâncias futuras e incertas, como a necessidade de monitorar o adimplemento do contrato e a eventual execução forçada de obrigações.

Restou demonstrado, com destaque, o problema da assimetria de informações, eis que as convenções podem tornar evidente a atuação de litigantes habituais (ou *repeat players*), que têm melhores condições de avaliar os resultados que obteriam com as convenções processuais, o que pode criar assimetrias e desvantagens para o litigante eventual.

Tal diferença de condições entre os agentes acarreta a inexistência de igualdade no plano material entre os agentes e constitui grave impedimento à concretização das trocas de mercado, podendo resultar na nulidade da convenção, já que o artigo 190 do CPC incumbe ao juiz o controle da validade da convenção e o dever de recusar a sua aplicação em caso de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão e em situações de vulnerabilidade.

Mesmo diante de tais proposições, entende-se haver incentivos às partes para a celebração de contratos que contenham disposições de conteúdo processual, já que as avenças, em tais moldes, gerarão benefícios a ambas. Nesse viés, os acordos processuais servem de ferramenta à redução dos custos de monitoramento e de cumprimento forçado das obrigações que, repita-se, devem ser levados em conta pelos agentes de mercado.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Rafael Sirangelo – “*A Igualdade e os Negócios Processuais*”, in: *Negócios processuais* (coord.: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira), 4ª edição, JusPodivm, Salvador, 2019.
- ARAÚJO, Fernando – *Introdução à Economia*, Almedina, Coimbra, 2002.
- ARAÚJO, Fernando – *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2007.
- CABRAL, Antonio Do Passo – *Convenções Processuais*, 2ª edição, JusPodivm, Salvador, 2018.
- CESA, Pedro Sanchez – *A aplicação dos meios coercitivos para o cumprimento das decisões judiciais que impõem um*

- dever de fazer e de não fazer*, Orient.: Professor Doutor Pedro Fernández Sánchez, Relatório de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2019.
- CUNHA, Leonardo Carneiro – “*Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*”, in: Negócios processuais (coord.: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira), 4ª edição, JusPodivm, Salvador, 2019.
- DIDIER JUNIOR, Fredie – “*Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*”, in: Negócios processuais (coord.: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira), 4ª edição, JusPodivm, Salvador, 2019.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEARU, Stéphane – *Análise Econômica do Direito*, tradução de Rachel Sztajn, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, Volume II, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme – *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- MITIDIERO, Daniel – “*A Tutela dos Direitos como fim do Processo Civil no Estado Constitucional*”, in: Revista de Processo, ano 39, volume 229, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
- MITIDIERO, Daniel – *Colaboração no Processo Civil*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa – “*Privatização do Processo?*”, in: Revista da EMERJ, volume 1, nº 3, 1998.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique – “*Gestão da Execução por meio de Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*”, in: Revista de Processo, volume 286, ano 43, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018.

- PATRÍCIO, Miguel – *Análise Económica da Litigância*, Almedina, Coimbra, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo – *Direito, Economia e Mercados*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2005.
- SOUSA, Miguel Teixeira de – *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª edição, Lex, Lisboa, 1997.
- SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de – “*Economia dos Contratos*”, in: DECIO ZYLBERSZTAJN, RACHEL SZTAJN, *Direito e economia*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2005.
- TARTUCE, Fernanda – *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2012.
- TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth – *Direito Contratual como redutor das falhas de mercado*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues – “*O Modelo Processual Cooperativo e a Flexibilização Procedimental*”, in: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, ano 11, Volume 18, número 3, Rio de Janeiro, setembro a dezembro de 2017.