

Lucas Quadros Silva

Mestrando em Direito (FDMC).

MBA em Gestão Empresarial (FGV).

Especialista em Direito de Empresa e Direito Público (PUC-MG).

Advogado.

RESUMO

A ampla possibilidade de customização consensual do desenho do processo civil, permitida pela Lei Federal nº 13.105/2015, suscitou a importância da negociação. O objetivo do texto é trazer para as convenções processuais as técnicas desenvolvidas pelo Programa de Negociação de Harvard e aplicá-las aos contratos empresariais a fim de melhorar relacionamentos e otimizar a jurisdição. A metodologia utilizada foi a dedutiva, partindo-se de conceitos gerais, análise da doutrina, legislação brasileira e jurisprudência. A conclusão é que – apesar do espaço para debate sobre inúmeros aspectos técnicos em torno da construção da harmonização de mecanismos –, a convenção de negócios jurídicos processuais discutidos sob as premissas de Harvard desempenha importante papel na construção de acordos sensatos, eficientes, que aprimoram os relacionamentos e diminuem a necessidade da intervenção estatal.

Palavras-chave: negócio jurídico processual; negociação; método Harvard.

INTRODUÇÃO

Muito já se escreveu sobre a cláusula geral de negociação jurídica processual trazida pelo novo Código de Processo Civil em seu artigo 190, que possibilitou convenção das partes sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, tanto antes, quando durante o processo judicial.

Para além da revisita dos pressupostos de validade e eficácia dos negócios jurídicos, o tema central do artigo abordará a possibilidade de construção de um *design* de futuro processo judicial envolvendo conflitos empresariais, precipuamente societários, com desenho negociados sob as premissas do método de negociação baseado em princípios, desenvolvido no Projeto de Negociação de Harvard.

O objetivo deste trabalho é discutir os limites e incentivos de estipulação de mudanças no procedimento e a metodologia da negociação da convenção das partes sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Justifica-se este estudo na medida em que – com a maior liberdade concedida às partes para negociar o procedimento judicial privilegiando a livre iniciativa, autonomia privada, criando instrumentos que permitem ajustes do procedimento às especificidades da demanda antes do processo – expande a responsabilidade dos operadores do direito quanto à busca por mecanismos efetivos e eficazes na via judicial para solução da disputa.

O eixo teórico-metodológico da pesquisa foi o dogmático instrumental, baseado na doutrina, na coerência do sistema jurídico nacional e jurisprudência sobre o tema. O método utilizado foi o dedutivo, partindo-se de conceitos gerais da teoria do negócio jurídico aplicáveis aos negócios jurídicos processuais.

O referencial teórico é a ideia de que existem técnicas de negociação que podem ajudar as partes a chegarem a um acordo e que estas não só podem como devem ser aplicadas às negociações processuais, para desenho de um procedimento – ainda que judicial – mais vantajoso, considerando as especificidades da causa.

Apesar das múltiplas portas de acesso aos sistemas de resolução de conflitos, ainda se observa no Brasil a preferência pela combatida adjudicação estatal, devendo, portanto, os agentes econômicos desenharem dentro do processo judicial, procedimentos customizados e que aprimorem, dentro do possível, a solução pela via judicial.

Importância da negociação e delimitação do problema

No Direito os termos lide e litígio costumam tomar o significado especial desenvolvido por Carnelutti citado por TARTUCE e DINAMARCO (2009, p. 305), de “conflito qualificado por uma pretensão resistida”. Assim, associa-se lide e litígio ao processo judicial.

A ideia de acesso à justiça tende a se confundir com acesso ao Poder Judiciário previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal (MARZINETTI, 2018). O processo judicial ainda é visto como a “via primária de solução de litígios”, relacionada fortemente ao conceito da cultura da sentença (WATANABE, 2007).

Na jurisdição estatal, a falta de incentivos para realizar acordos e a promessa de uma duração longa do processo judicial acabam estimulando os litigantes instrumentais que apostam na morosidade, ineficiência e insegurança da tutela jurisdicional para oportunismos e obtenção de vantagens.

Não por outro motivo, o Poder Judiciário acumula 77,1 milhões de processos ativos pendentes de julgamento, com taxa de congestionamento de 68,5% e prazo de até seis anos para julgamento definitivo de uma ação¹.

Conforme lembra Katherine V. W. Stone, da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, no artigo “*Alternative Dispute Resolution - ADR*”,

¹ CNJ, Justiça em números 2020 (ano-base 2019). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>

publicado em 2004, a Conferência *Pound* realizada no ano 1976 nos EUA fundou o movimento ADR moderno. A autora traz que o então presidente da Suprema Corte Americana, Warren Burger, suscitou os problemas e insatisfações com o sistema judiciário, particularmente, o problema da demora, custos elevados e tecnicidade desnecessária, afirmando que os tribunais ineficientes causam atrasos, despesas e diminuem o valor dos julgamentos. Na ocasião, Burger sugeriu a criação de diversos meios alternativos de resolução de disputas, bem como o incentivo do uso dos meios privados existentes, tanto para atender as pequenas quanto as grandes causas.

Nesse sentido, discursou o professor de direito de Harvard Frank E. A. Sander, oportunidade que propôs fossem os tribunais transformados em “Centros de Resolução de Disputas”, em que o reclamante seria triado e dirigido ao processo – ou sequência de processos – mais adequado ao seu tipo de caso. Sander (1976) afirmou que sua proposta de um “Tribunal de múltiplas portas” injetaria maior flexibilidade, eficiência e justiça ao sistema.

Desde então, o movimento ADR moderno cresceu vertiginosamente, principalmente no meio privado.

No Brasil, o Constituinte de 1988 preocupou-se em assegurar aos cidadãos o devido processo legal, com contraditório, ampla defesa e os meios e recursos a ela inerentes (Art. 5º, LV, da CF), mas não inseriu dispositivos específicos para garantir celeridade ou efetividade à solução de conflitos (LOPES, 2018). A qualificação da injustiça na justiça atrasada que contraria o direito das partes e lesa seu patrimônio, honra e liberdade já havia sido denunciada por Rui Barbosa no épico Oração aos moços.

Como escreve (LOPES, 2018, p. 28), a noção de devido processo legal foi dando espaço a justo processo legal, para incluir, dentre outras coisas, preocupação com a razoável duração do processo e a efetividade da tutela jurisdicional, inclusive, com a positivação do princípio no inciso LXXVIII ao artigo 5º incluído pela Emenda Constitucional 45/2004. Mais recentemente, o Código de Processo Civil positivou em nível infraconstitucional, nos artigos 4º, 6º e 8º o direito ao prazo razoável, dever de cooperação, tempo razoável para decisão de mérito e dever de zelo pela eficiência.

No mesmo intuito, o novo código de processo civil abrigou normas que prestigiam a autonomia da vontade das partes, como também, permitem que elas, as partes, negociem sobre o processo, estimulando a solução do conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso, não erigindo a heterotutela estatal necessariamente como a melhor opção para eliminar disputas de interesses.

Nesse condão, o art. 190² prevê cláusula geral de negociação processual, permitindo a celebração de negócios jurídico-processuais

² Art. 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.

atípicos, em que as partes podem negociar regras processuais como meio de obter maior eficiência processual e por que não dizer, reforço do devido processo legal, à medida que a norma permite adequação do processo ao caso concreto.

Ao que tudo indica, as práticas de sucesso adotadas nos meios adequados de solução de conflitos estão influenciando o processo civil. Assim, utilizaremos alguns pontos das experiências dos métodos alternativos de resolução de disputa, para tratar da negociação de procedimentos para desenho de futuro processo judicial. Bárbara Seccato Ruis Chagas e Rodrigo Mazzei (2015, p. 536), pontuam:

Apontando para tal direção, o processo civil encontra respaldo nas práticas arbitrais. A via alternativa de resolução de conflitos demonstra que a experiência com a flexibilização do procedimento e o empoderamento das partes resulta em processo mais efetivo, no qual os atores processuais atuam em cooperação para a resolução da controvérsia.

Não se olvida que os contratos mais sofisticados estabelecem cláusulas escalonadas, prevendo múltiplas etapas ou sequenciamento de mecanismos para a resolução da disputa, perpassando pela negociação, mediação e arbitragem. No caso, trataremos dos arranjos contratuais que deságuam no judiciário, seja por opção das partes, seja por não ser indicado outros meios. Nesse contexto, o conceito de *design* de sistema de disputas, abordado por Faleck, (2009, p. 8) traz importante contribuição:

(...) envolvem um conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com um conflito determinado, ou uma série destes. A customização do sistema permite que as necessidades únicas de cada caso concreto sejam atendidas com eficiência e evita gasto de recursos, tempo, energia emocional e perda de oportunidade.

O consenso na arbitragem vai até o limite em que as partes concordarem em se valerem desse método para dirimir seus conflitos, enquanto na conciliação a eficácia da decisão depende do consenso entre as partes antes e durante o procedimento (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 9).

Nesse cenário, a negociação assume papel primordial. Baseada em princípios desenvolvidos no Projeto de Negociação de Harvard defendida por (FISHER, URY E PATTON, 2015), consiste em decidir questões a partir de seus méritos, procurando benefícios mútuos, baseado em padrões objetivos, concebida para chegar a um acordo quando se têm alguns interesses em comum e outros opostos.

Os autores (FISHER, URY E PATTON, 2015, p. 26-27) revelam que “o jogo da negociação transcorre em dois níveis, num deles, a negociação diz respeito à substância, no outro, concentra-se – em geral implicitamente – no

procedimento para lidar com a substância. (...) essa segunda negociação é um jogo sobre o jogo – um ‘metajogo’”.

No presente artigo, trataremos da negociação que estrutura as “regras do jogo” no âmbito das disputas societárias-empresariais, portanto, relacionais, paritárias e realizadas em condições de igualdade, excluindo, *a priori*, os conceitos de contrato de adesão ou situação de vulnerabilidade que podem levar a invalidade do negócio jurídico processual, conforme previsto no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil.

A negociação jurídica processual encontra terreno fértil no direito empresarial, seja porque a autonomia privada é um dos princípios formadores desse ramo, seja porque as relações jurídicas societárias têm natureza jurídica obrigacional de cunho patrimonial e disponível e, em tese, visam ao fim comum da sociedade. Nesse sentido, cumpre observar que a norma expressa no CPC/15 trouxe uma gama de abrangência mais ampla que a lei de arbitragem, tendo em vista que trata de direito que admite autocomposição, enquanto a arbitragem abriga causas que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Nos dizeres de YARSHELL, 2015, p. 69 “necessário distinguir os conceitos de indisponibilidade de um lado, e de possibilidade de transação, de outro. Vale dizer: mesmo no âmbito de direitos indisponíveis haveria eventual margem para autocomposição”.

Os indivíduos podem convencionar os negócios jurídicos processuais em dois momentos, qual seja: antes ou depois do surgimento da disputa. A adoção de cláusulas antes do conflito pode alterar o incentivo para inadimplemento ou má-fé contratual. Quando as partes acordam antes do surgimento de eventual e futura lide, as partes sabem desde logo que a quebra do contrato ou atuação de má-fé poderá ensejar uma disputa com regras pré-determinadas e direcionadas a evitar expedientes protelatórios, mudando expectativas de cada uma sobre tempo de disputa, custos judiciais, dentre outros elementos, influenciando o comportamento contratual dos sujeitos.

Lado outro, após o surgimento do conflito, a relação comercial, via de regra, já se esgotou e só resta a resolução da disputa, motivo pelo qual trataremos do autorregramento da vontade das partes no âmbito do desenvolvimento da Jurisdição, antes da ocorrência da disputa.

Pressupostos de validade

No tocante à disciplina do negócio jurídico é necessário recorrer aos civilistas e ao Código Civil. Nos dizeres de Orlando Gomes (1996, p. 269) “negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido por lei”.

O Código Civil, artigo 104, ocupou dos aspectos concernentes aos requisitos de validade do negócio jurídico, determinando (a) sejam celebrados por pessoas capazes – no caso, além da capacidade civil, será exigida a

capacidade processual –; (b) possua objeto lícito; e (c) observe forma prescrita ou não defesa em lei, cuja inobservância torna inválido o negócio. Da mesma forma, negócio simulado também será inválido (art. 167 C.C.).

Além da disposição no Código Civil, o *caput* do art. 190 do CPC/2015 exige a *plena* capacidade das partes; assim, a capacidade processual – requisito de validade para a prática de negócios processuais – é a *capacidade processual negocial*, mas não se limita a ela. Didier (2016, p. 6) entende que a vulnerabilidade é caso de incapacidade processual quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica que comprometa as condições de igualdade, desequilibrando a formação do negócio, o que, via de regra, não acontece nos contratos societários paritários.

Quanto ao objeto do negócio processual, para Adriana Buchmann (2014, p. 120), há dois campos de atuação à prática negocial:

A primeira delas direcionada à criação, modificação ou extinção de direitos subjetivos processuais (ônus, faculdades, deveres e poderes das partes); e a segunda delas focada na redefinição de contornos procedimentais (forma ou ordem dos atos processuais).

No mesmo sentido de autorizar adaptação do procedimento e disposição acerca de situação processual, dispõe o Enunciado 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

A lei somente permite negócio processual nas causas que admitam solução por autocomposição o que não se confunde com indisponibilidade do direito material, “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual” (Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Também não é possível negócio sobre comportamento ilícito e de matérias pré-excluídas ao serem expressamente reguladas ou reservadas à lei, tal como a competência absoluta e criação de um novo recurso ou suprimento de instância. Soma-se a esses, que não é possível negócio processual que implique infração à regra processual que se destina a proteger direito indisponível, criada para a proteção de alguma finalidade pública, tal como afastar a intervenção do Ministério Público ou impedir a publicidade dos atos processuais.

Por fim, cumpre enfatizar que as partes somente estão autorizadas a dispor de ônus, deveres, poderes e faculdades próprias, não podendo convencionar sobre direitos e obrigações de terceiros, dentre os quais o exercício dos poderes-deveres do juiz. Aliás, o magistrado o exerce em nome do Estado e não pode dispor dele.

Conforme Leonardo Carneiro Cunha (2016), não há forma específica ou formalidades essenciais impostas por lei para os negócios processuais, podendo, portanto, serem realizados mediante instrumento particular formatado extrajudicialmente.

Apesar de caber ao juiz, inclusive de ofício, reconhecer e decretar invalidades dos negócios jurídicos processuais nos termos do parágrafo único do artigo 190 do CPC³, sua atuação esta limitada às invalidades acima citadas e à vulnerabilidade da parte ou abusividade da cláusula em contrato de adesão.

Ademais, nos termos do Enunciado 16 do FPCC “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade deve ser conjugado com a regra segundo o qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

No acórdão prolatado em 03.12.2019 no Recurso Especial nº 1.738.656-RJ, a relatora Ministra Nancy Andrighi, referindo-se aos negócios jurídicos processuais, diz tratar “salvo melhor juízo, do primeiro pronunciamento desta Corte”.

Andrighi (2019, p. 17) destaca o art. 190 do novo CPC como ponto de convergência e equilíbrio entre as matrizes filosóficas do processo judicial – contratualista e publicista – de modo a permitir maior participação das partes, “para obtenção da tutela jurisdicional efetiva, célere e justa, sem despir o juiz, todavia, de uma gama suficientemente ampla de poderes essenciais para que se atinja esse resultado”. Nesse contexto, afirma que “o juiz nunca foi, não é e nem tampouco poderá ser sujeito de negócio jurídico material ou processual”; entretanto, tal impedimento não poderia “subtrair da jurisdição estatal o controle sobre eventuais abusos, invalidades, ilegalidades e nulidades que daquele acordo porventura decorram”, sob pena de violação do princípio do acesso à justiça.

Em acórdão mais recente sobre o tema, o relator Ministro Luís Felipe Salomão discorreu sobre os requisitos de validade do negócio jurídico processual, apontando “a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se a ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta”. Ainda, condiciona a liberdade negocial ao respeito à dignidade humana e limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar os direitos sociais, individuais e a Justiça.

Mais uma vez, o Superior Tribunal de Justiça reconhece que o negócio jurídico processual não se sujeita a “um juízo de conveniência pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade” observando eventual nulidade, abusividade ou vulnerabilidade manifesta de uma das partes. Da mesma forma, reconhece a relevância do instituto que possui “potencialidade de proporcionar efetividade à tutela jurisdicional pela flexibilização do procedimento estaticamente previsto em lei, permitindo certa conformação das peculiaridades do direito material posto em litigio”.

Não obstante, entendeu o ministro relator Luís Felipe Salomão (2021) que ao convencionar sobre a possibilidade de medida constritiva de arresto e

³ 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. (grifo meu)

penhora sem necessidade de citação do requerido ou garantia, as partes convencionaram sobre situação jurídica do magistrado, motivando, portanto, sua nulidade.

Não se olvida, na mesma linha do que defende Humberto Theodoro e tanto outros (2018, p. 503), que um dos limites as modificações procedimentais convencionadas é justamente a situação jurídica do magistrado, inerentes ao exercício da jurisdição e que as partes não poderão dispor. Não obstante, filio-me ao entendimento de Adriana Buchmann (2017, p. 326) que defende a possibilidade de convenção processual autorizando juiz conceder liminar para penhora de bens independente de caução, posto que visa a garantir efetividade do processo a uma das partes, além de já se encontrar disciplinada no parágrafo primeiro do art. 300 do CPC; portanto, encontra-se na órbita de disposição das partes, conquanto o poder geral de cautela tratar-se de um poder-dever do magistrado.

Método de Negociação de Havard

A estipulação de cláusulas que modifiquem o procedimento jurisdicional estatal é convencional, ou seja, depende de negociação e acordo entre as partes no tocante à sua adoção. Para Fisher, Ury e Patton, (2015) negociação deve produzir um acordo sensato – que atenda aos interesses das partes, seja duradouro e leve em conta os interesses da comunidade –, além disso, deve ser eficiente e aprimorar ou não prejudicar o relacionamento dos envolvidos. O método chamado de negociação baseada em princípios é resumido em quatro pontos fundamentais, quais sejam: separar pessoas dos problemas; concentrar-se nos interesses; inventar opções mútuas e insistir em critérios objetivos.

Na obra clássica “Como Chegar ao Sim, Negociação de Acordos sem Concessões”, Fisher, Ury e Patton descrevem no primeiro capítulo os problemas que surgem ao usar a estratégia padronizada da barganha baseada em posições em que cada um dos lados toma uma posição, compromete ferrenhamente com ela, dedicando maior atenção a defendê-la e deixando de lado os interesses subjacentes legítimos das partes, gerando acordos menos satisfatórios, insensatos e eivados de ressentimentos ou até mesmo paralisando a resolução.

O primeiro ponto a que se propõe o Projeto de Negociação de Harvard é que as partes devem trabalhar lado a lado, atacando o problema e não uns aos outros, daí a proposição *separe as pessoas dos problemas*. Antes de mais nada, negociadores são pessoas com emoções, valores e preocupações próprias. Os conflitos societários são permeados, na maioria das vezes, por relacionamento contínuo, sendo importante conduzir a negociação de maneira que não prejudique as relações e as futuras negociações.

O melhor momento para lidar com o problema é antes que ele se torne pessoal, “isso equivale a estabelecer relação pessoal e organizacional com o outro lado” (URY, p. 55). Portanto, trazer as partes para construir

juntas o procedimento antes da disputa, como parceiros em busca de interesses coletivos e de evitar futuros conflitos e, se ocorrerem, que ambos tenham um procedimento justo e vantajoso; é a melhor forma para separar as pessoas do problema e redigir um contrato que trará procedimentos mais vantajosos, eficientes e que proteja a sociedade e preserve o relacionamento.

O segundo elemento do método é *concentre-se nos interesses, não nas posições*. O objetivo da negociação deve ser os interesses subjacentes das partes. O cerne das negociações está no conflito entre as necessidades, desejos, interesses e temores de cada lado, eles motivam as pessoas e fazem com que decidam de certa forma (URY, p. 59). A conciliação de interesses societários funciona bem porque há mais interesses em comum e compatíveis do que conflitantes; sem o sucesso da empresa, não há lucro a ser distribuído, função primordial de todas as sociedades empresariais e que atende a interesses poderosos, como segurança e bem-estar econômico. A negociação conjunta tratada no parágrafo anterior ajuda na necessidade de sentimento de pertencimento, reconhecimento e controle da própria vida. Portanto, a preservação da empresa é interesse primordial a ser protegido nos arranjos contratuais que estabeleçam negócios processuais em contratos societários.

Delimitado o interesse conjunto das partes em torno da proteção e da continuidade da empresa lucrativa para ambos, o interesse comum deve ser defendido firmemente. A vontade em conciliar não pode impedir de fazer justiça aos seus interesses legítimos e justos. “A negociação bem-sucedida exige que se seja firmes e abertos” (URY, p. 74).

O terceiro ponto concerne em pensar numa vasta gama de soluções possíveis que promovam os interesses comuns e conciliem os interesses divergentes, o ponto básico é *antes de tentar chegar a um acordo, invente opções de benefícios mútuos*. Nas relações societárias – muitas vezes envoltas em disputas financeiras – é possível inventar soluções vantajosas para as partes. A eleição do foro pode ser equidistante, a impenhorabilidade de certos bens pode ser recíproca, a possibilidade de manutenção do negócio com geração de lucro e amortizações de saída a longo prazo são bons exemplos. A gama de alternativas dificilmente será única.

Nesse processo, inicialmente é importante analisar quais procedimentos precisam ser modificados para evitar custos, delongas e facilitar a comprovação do direito e imaginar opções criativas para atingimento dos objetivos, para, depois, reunir com a parte para decidir quais opções eleger e contratar, sempre enfatizando que é o correto a se fazer para preservar os interesses comuns.

Por fim, o quarto ponto básico é *insista em critérios objetivos*. O acordo deve refletir um padrão justo e razoável – valor de mercado, opinião especializada, costumes ou lei. A negociação baseada em critérios objetivos, padrões de imparcialidade e práticos afasta as negociações baseadas unicamente na vontade das partes. “Os critérios devem aplicar-se, pelo menos na teoria, a ambos os lados” (URY, p. 104).

No caso dos acordos processuais de disputas societárias, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça trarão o entendimento do tribunal e os padrões que as partes poderão adotar, facilitando a concordância com o critério escolhido, assim, a jurisprudência não é apenas um argumento, mas um critério objetivo que independe da vontade das partes.

Negociação de procedimentos em disputas societárias

Leonardo Carneiro Cunha (2015, p. 27-61) alerta que diversos processualistas, dentre os quais Cândido Rangel Dinamarco, Alexandre Freitas Câmara, Daniel Francisco Mitidiero, Vicente Greco Filho defenderam que não se admitia a ideia de figura dos negócios jurídicos processuais antes do CPC/2015. Entretanto, Helder Moroni Câmara (2018, p. 63) lembra que o artigo 245 do Decreto 737/1850⁴ demonstrava certa aceitação para as convenções das partes em matéria procedimental; no mesmo sentido, o CPC/1973 trazia uma gama de possibilidades de negócios processuais tipificados, expressamente previstos no ordenamento, dentre os quais: eleição de foro; dilação de prazos; convenção de arbitragem; transação judicial; distribuição do ônus da prova; adiamento de audiência e liquidação de sentença por arbitramento.

O fato é que o novo CPC inovou em aumentar a gama de negócios processuais típicos e possibilitar a realização de negócios processuais atípicos. Com tal liberdade, o *designer* deve avaliar quais elementos do processo judicial devem ser mantidos, quais não e o porquê. O enfoque não deve ser apenas no que precisa ser mudado, mas também no que deve ser mantido, isso porque alguns procedimentos conhecidos que funcionam podem ser alavancados.

No sistema arbitral, a possibilidade de escolha do julgador com base em sua especialidade e qualidade técnica é posta como vantagens do processo arbitral, responsável por trazer efetividade à tutela arbitral (BARBOSA). Nessa toada, o negócio jurídico processual permite às partes a eleição do foro, optando por varas especializadas. De acordo com o CNJ, 67% (sessenta e sete por cento) das comarcas brasileiras são providas com vara de juízos únicos com competência para processar todos os tipos de feitos. Assim, as partes poderiam eleger, convencionalmente, foro dotado de vara especializada para julgamento de eventual litígio empresarial, cujos processos poderão ser conduzidos por magistrados com experiência prática melhor aderente ao conteúdo e peculiaridade do caso.

No mesmo sentido, o novo código de processo civil permitiu às partes a escolha consensual do perito oficial. A despeito de não se tratar de um negócio processual atípico, pois previsto expressamente no artigo 471, a norma permite a escolha prévia de um *expert* na questão controvertida, o que contribuirá sobremaneira para o esclarecimento do assunto e a boa resolução

⁴ Art. 245. Esta forma de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente.

da demanda. Inclusive, as partes podem acordar previamente sobre os custos e rateio das despesas processuais e honorários do auxiliar, bem como convencionar sobre a inversão da ordem de prova.

Conforme leciona Salama (2014, p. 384) na prestação jurisdicional estatal, o tempo de espera por uma decisão definitiva gera alto custo para as partes, que ficam privadas dos bens ou direitos durante todos os anos que precedem o efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado.

Nesse contexto, a dispensa recíproca de intimações ou a negociação das formas de comunicação processual – citação e intimação – revela um potencial otimizador de celeridade processual. Adriana Buchmann citando Yarshell em sua dissertação de mestrado pela UFSC (2017, p. 344) revela: “Estudos apontam que cerca de 60% (sessenta por cento) do tempo despendido no decurso do processo é destinado à realização de intimações das partes.” Assim, as partes poderiam convencionar a dispensa recíproca de intimações de atos processuais, comprometendo a acompanhar o processo, iniciando-se a contagem automática no dia útil posterior ao da publicação do ato.

Antes da intimação, a citação inicial da parte adversa – outro empecilho na jurisdição estatal e que traz delongas intermináveis para encontrar o requerido – poderá ser negociada para prever meios mais eficientes, tais como a citação por correio eletrônico ou por meio de aplicativo de mensagens de texto⁵.

A despeito dos bens das partes estarem sujeitos potencialmente a penhoras e arrestos para garantia de adimplementos processuais, a vontade negocial das partes, pode, por acordo processual, limitar a certa massa de bens ou excluir um ou mais bens da esfera de incidência da responsabilidade patrimonial, inclusive, tratando previamente casos de compensações de créditos recíprocos, utilização de cadastros de proteção ao crédito, protestos, dentre outros (DIDIER, CABRAL, 2018).

Com isso, previne-se ingresso inadvertido no patrimônio das partes, penhora de bem de grande utilidade e até perda de credibilidade no mercado. Da mesma forma, a maior previsibilidade das eventuais perdas, influencia no comportamento contratual das partes e contribui para redução dos riscos de inadimplemento.

Pela via do negócio jurídico processual, as partes não ficariam à mercê daquilo que Henrique Cunha Barbosa (2018, p. 536-537) referiu como relevante celeuma que envolve o alcance potencial das cláusulas arbitrais no entorno societário – arbitrabilidade objetiva –, pois, por se tratar de tutela jurisdicional, não haveria vedação de temas que podem ser afetados pela solução, tal como direitos de retirada ou fiscalização da sociedade, abrindo grande campo para realização de negócios processuais jurídicos atípicos no meio societário.

⁵ Nesse sentido, decisão da 5ª Turma do STJ no julgamento do HC 641.877/DF, j. 09/03/2021.

Conforme já exposto no tópico que tratamos dos pressupostos de validade, os limites dos negócios jurídicos processuais são expressos, a despeito da pouca maturidade do tema na prática societária e jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro tem modernizado a dinâmica do seu aparato de prestação jurisdicional e o Conselho Nacional de Justiça implementado importantes iniciativas para aumentar a agilidade e a informalidade dos procedimentos judiciais.

A cláusula geral de negócio jurídico processual é mais um mecanismo que fomenta o contínuo desenvolvimento da jurisdição estatal pelos operadores do direito, incentivando um sistema jurisdicional mais eficiente e contribuindo para a melhora do ambiente jurídico institucional no Brasil.

Após o estudo, foi possível identificar no arcabouço jurídico brasileiro, com base na cláusula geral de negociação jurídica processual, a possibilidade de desenhos procedimentais específicos para demandas societárias antes da formação das disputas, inclusive, a merecer tutela específica do Poder Judiciário no próprio bojo do processo.

Aponta-se, contudo, para a necessidade de redação das cláusulas – geralmente relegadas às disposições finais de longos e complexos instrumentos negociais societários –, se possível, com o envolvimento daquele que participará do fortuito contencioso para evitar conhecidas *midnight clauses* inseridas sob modelo padrão que podem descuidar da discussão conectada à realidade da operação e causar prejuízos.

No desenho do negócio jurídico processual, deve-se atentar para construção de mecanismos que desempenham papel na prevenção de comportamentos oportunistas e instrumentais, possibilitem ganhos mútuos, economizem no prazo e custo do processo, preencham lacunas, dirimam dúvidas do sistema processual e garantam o cumprimento eficiente da convenção, tendo como meta a preservação da empresa, do relacionamento e dos interesses das partes.

O desafio do judiciário chamado a intervir nos negócios jurídicos processuais será o de conseguir premiar a cooperação com olhar para o futuro, para melhoria do ambiente institucional que ofereça confiança, boa-fé e segurança jurídica para as soluções adequadas propostas pelas partes no âmbito de sua autonomia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Henrique Cunha. Arbitragem Societária *in* Curso de Arbitragem, Daniel Levy e Guilherme Setogueti J. Pereira (Coord), 2ª ed, Revista dos Tribunais, 2018.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Disponível em:
https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/_documents/0006-01488.html.

BDINE JR, Hamid Charaf. *In* Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência / Cesar Peluso (organizador); 9ª ed. Barueri: Manole, 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.738.656. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 03 dez. 2019. Disponível em: *RESP-1738656-2019-12-05.pdf

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.810.444. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 23 fev.2021. Disponível em: STJ.pdf

BUCHMANN, Adriana. Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico, Dissertação Mestrado UFSC, 2017.

CÂMARA, Helder Moroni. *Os Negócios Jurídicos Processuais*, 2ª ed. p. 63, 2018.

CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis; MAZZEI, Rodrigo. Os negócios processuais e a arbitragem. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoriadajusticafederal/centrodeestudosjudiciarios1/publicacoes1/jornadascej/EnunciadosAprovadosJornadas-1345.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

CNJ, Justiça em números 2020 (ano-base2019). Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>

CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 1. ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *In* Comentários ao novo Código de Processo Civil.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord) – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*, 2016.

DIDIER JR, Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 67, 2018.

FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistema de Disputas: Câmara de Indenização 3052. *Doutrina Nacional*, n. 23, 2009, disponível em [Introdução Designe Disputas.pdf](#).

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim, Negociação de Acordos sem Concessões*. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, 2ª ed. Rio de Janeiro, Imago, 2015.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.). Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999.

GICO JR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia *in* Direito e Economia no Brasil / TIMM Luciano Benetti (org), 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

LOPES, Luiz Felipe Calábria. Limites e Possibilidades da Mediação Para a Resolução de *Conflitos em Empresas Familiares*, Dissertação (Mestrado em Direito) UFMG, BH, 2018.

MARZINETTI, Miguel. *Justiça multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do poder judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos*, 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Análise Econômica da Arbitragem in* Direito e Economia no Brasil. TIMM, Luciano Benetti (Org.), 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2014.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D. 111, 131 (1976).

STONE, Katherine V.W., Professor of Law, UCLA School of Law Alternative Dispute Resolution Encyclopedia of Legal History. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=631346; Posted: 7 Dec 2004.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2016, p. 4. DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de direito processual civil*, 2009.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 59. ed. (2. r.) rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. A institucionalização do sistema de justiça multiportas no Brasil. *Direito Privado no Common Law*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/333227/a-institucionalizacao-do-sistema-de-justica-multiportas-no-brasil>.

WATANABE, Kazuo. *A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil*, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2015.