

**A INSERÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NOS
CONTRATOS EMPRESARIAIS COMO FERRAMENTA DE OTIMIZAÇÃO DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

***THE INSERTION OF ATYPICAL PROCEDURAL LEGAL TRADES IN BUSINESS
CONTRACTS AS A TOOL FOR OPTIMIZING THE RESOLUTION OF CONFLICTS***

Fábio Albuquerque¹

Eveline Denardi²

Resumo: O artigo tem como objetivo mostrar as possibilidades da aplicação dos negócios jurídicos processuais atípicos nos contratos empresariais como forma de otimização da resolução de conflitos que resultem em demandas judiciais. Inicialmente, demonstra-se que os contratos empresariais possuem uma lógica e normativa próprias, por isso, devem ser analisados e interpretados de uma forma diferenciada em relação às demais relações civis, notadamente em razão da Lei da Liberdade Econômica. Em seguida, debate-se o instituto negócio jurídico processual, descrevendo suas características, elementos e limites para se discutir as possibilidades dos negócios jurídicos processuais atípicos nos contratos empresariais. Por fim, demonstra-se que o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) trouxe novidades no campo dos negócios jurídicos processuais, abrindo a possibilidade de as partes transacionarem e criarem um autorregramento através de acordos visando alterar o procedimento judicial e torná-lo mais adequado e eficaz na resolução dos conflitos.

Palavras-chave: direito processual civil; direito empresarial; negócio jurídico processual.

Abstract: This article aims to show the application possibilities of atypical procedural legal trades in business contracts as a way of optimizing the resolution of conflicts that result in

¹ Mestrando em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito (EPD); Pós-Graduado (lato sensu) em Direito Empresarial pela Universidade Castelo Branco (UCB) / Instituto Nacional de Pós-Graduação (INPG); Pós-Graduado (lato sensu) em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP); Pós-graduado (lato sensu) em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito (EPD); Advogado da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP). E-mail: falbuque@uol.com.br.

² Docente na Escola Paulista de Direito (EPD), no Programa de Mestrado “Soluções Extrajudiciais de Conflitos Empresariais” – disciplina Metodologia de Pesquisa e Ensino do Direito; Docente na Fundação Instituto de Administração (FIA), nos Cursos de MBA e Pós-Graduação *Lato Sensu* em Gestão de Fraudes e Compliance – disciplina Metodologia de Desenvolvimento de Projetos; Docente no Instituto Presbiteriano Mackenzie; Pesquisadora do CNPq pelo Núcleo Dignidade Humana e Garantias Fundamentais na Democracia, da Faculdade de Direito da PUC-SP; Consultora Acadêmica para a elaboração de textos científicos e revisora técnico-profissional neste segmento; Doutora (2012) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Graduada em Direito (2004) e em Jornalismo (1998), ambos pela PUC-SP; Foi Diretora da Divisão de Comunicação Institucional da PUCSP e Coordenadora do Editorial Jurídico da Editora Saraiva. Editora Sênior em Direito. E-mail: evelinedenardi@uol.com.br.

lawsuits. Initially it will be demonstrated that business contracts have their own logic and regulations and, therefore, must be analyzed and interpreted in a different way compared to other civil relations, notably due to the enactment of the Economic Freedom Law. In the second part the procedural legal trade institute will be brought forward, describing its characteristics, elements and limits. Afterward, there will be a discussion about the possibilities of atypical procedural legal trades in business contracts. Lastly, it will be demonstrated that the Civil Procedure Code of 2015 brought news in the field of procedural legal trades, opening the possibility for the parties to transact and create a self-regulation through agreements aiming to change the judicial proceeding and make it more suitable and effective in the resolution of conflicts.

Keywords: civil procedural law; business law; procedural legal business.

1 Introdução

Dentre os diversos percalços encontrados na atividade empresarial estão aqueles inerentes à judicialização de conflitos. Fato é que, o problema da litigiosidade judicial não se resume apenas nos custos implicados, mas, também, na morosidade de sua solução e nos resultados obtidos nem sempre adequados. A morosidade, aliás, na maioria das vezes, ocorrida pela submissão a um processo extenso e cheios de caminhos alternativos para se ganhar (ou perder) tempo.

A extrema formalidade do procedimento e a possibilidade de se utilizar inúmeros recursos tornam árduo o caminho de quem se propõe a enfrentar as trilhas regimentais do CPC/2015. E o pior pode ser o desfecho, que nem sempre se mostra o mais adequado para a resolução do conflito. É diante desse panorama que o negócio jurídico processual atípico se revela um instrumento útil na tentativa de mitigar esses problemas.

Este artigo busca demonstrar, inicialmente, que nos contratos empresariais há uma maior amplitude na pactuação dos negócios processuais, uma vez que esses contratos possuem lógica e normativa próprias, diferenciadas das demais relações civis, notadamente em razão da Lei da Liberdade Econômica.

Explana-se, ainda sobre o instituto do negócio jurídico processual para mostrar seus principais contornos (conceitos, requisitos e limites) e alertar para o fato de que, apesar da ampla liberdade de se pactuar nos contratos empresariais, é necessário conhecer seus limites para não se incorrer em nulidades.

Nesse contexto, o CPC/2015 trouxe novidades no campo dos negócios jurídicos processuais, abrindo a possibilidade de as partes transacionarem e criarem um autorregramento

através de acordos visando alterar o procedimento judicial e torná-lo mais adequado e eficaz na resolução de conflitos.

Pretende-se, a partir dessas considerações, contribuir para a discussão sobre os negócios jurídicos processuais atípicos e fomentar sua difusão nos contratos empresariais.

2 Contratos empresariais

Nos diversos negócios entabulados para o desenvolvimento das atividades empresariais, o empresário formula contratos que podem estar sujeitos a diferentes regimes jurídicos.

Os contratos firmados com a administração pública devem se submeter ao regramento do direito administrativo. A contratação dos trabalhadores é regida sob a ótica do direito trabalhista. Ao colocar seus serviços ou produtos ao mercado consumidor, as regras a serem observadas são as do direito consumerista. Por outro lado, quando a relação for estabelecida com outro empresário, ambos visando fomentar suas próprias atividades empresariais, as normas aplicáveis são as do direito empresarial. Todavia, se o contrato não se enquadrar em nenhuma das relações acima, devem ser observadas as regras de direito civil. Em suma, a depender do contratante e do objeto contratado, as normas aplicáveis serão diferentes.

Neste artigo, consideram-se apenas os contratos firmados entre empresas e com o objetivo de fomentar suas próprias atividades empresariais, ou seja, os contratos empresariais ou, conforme parcela da doutrina, contratos interempresariais³. Esse recorte se mostra necessário para explorar com maior amplitude os negócios jurídicos processuais atípicos, pois nas demais relações, nas quais há parte hipossuficiente ou vulnerável, a utilização desses pactos sofre uma maior restrição.

Inicialmente, destaca-se que os contratos empresariais (interempresariais) estão sujeitos a princípios próprios, pois possuem uma característica peculiar não encontrada nos demais, que é a intenção de lucro de ambos os contratantes, já que o objeto contratado está no contexto da exploração das atividades econômicas praticada pelas partes envolvidas.

Outra característica relevante é que, em regra, não se reconhece a hipossuficiência ou a vulnerabilidade do empresário, exceção feita nas relações em que há dependência econômica (ex: franquia, distribuição de veículos mediante concessão da marca, representação). Nesses contratos, a liberdade da pactuação não é plena e também sofre restrições.

³ MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: RT, 2006.

Em suas relações contratuais os empresários contratam porque querem, com quem querem e, geralmente, negociam as cláusulas dos contratos. Ressalta-se que empresários são iguais sob o ponto de vista da condição técnica, pois podem (e devem, se forem diligentes) contar com o auxílio de advogados e de outros profissionais antes de assinarem um contrato, de forma que, ao fazê-lo, estão plenamente informados sobre a extensão dos direitos e das obrigações pactuadas.

Ao contrário do que se verifica nos contratos civis e de consumo, os contratantes de um contrato empresarial não podem se liberar tão facilmente das obrigações contraídas. Neles, o *pacta sunt servanda* é levado a efeito. Nesse contexto, a imprevisibilidade e as mudanças econômicas pode gerar direitos às partes do contrato civil ou de consumo, mas, sendo ela um dos elementos rotineiros do risco da empresa, não pode ser invocada para liberar obrigações constituídas em um contrato empresarial. Ademais, o grau de vinculação dos empresários ao contrato empresarial é maior do que das partes nos demais contratos regulados por outros ramos do direito.

Com a promulgação da Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), a garantia e a proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica ganharam força, sublinhando ainda mais a obrigatoriedade de se observar o que fora pactuado entre as partes. A nova legislação trouxe alterações significativas relativas à interpretação contratual e prevalência da autonomia privada e à existência do princípio da subsidiariedade das normas de direito contratual empresarial (art. 3º, VIII, da Lei n. 13. 874/2019).

A autonomia privada, enquanto princípio do direito contratual empresarial, decorre dos princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência. Em razão desse princípio, as cláusulas contratadas pelas partes prevalecem sobre o disposto na Lei, ainda que seu conteúdo seja diverso desta. Sobre o tema, Fábio Ulhoa Coelho esclarece: “Como as normas de direito contratual empresarial têm natureza supletiva da vontade dos empresários contratantes, essa pode até mesmo dispor de modo oposto ao prescrito no direito positivo”⁴.

Dentre as novas regras trazidas pela Lei da Liberdade Econômica, destaca-se a alteração do art. 421 e a inserção do art. 421-A no Código Civil (CC/2002). Nesses dispositivos, o legislador deixou claro que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato e que prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual (art. 421, CC/2002). Além disso, estatuiu que nos contratos empresariais haverá presunção relativa (*juris tantum*) de que sejam paritários e simétricos. O afastamento

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. São Paulo: RT, 2022.

dessa presunção só ocorre mediante a prova cabal da presença de elementos concretos que justifiquem a não aplicação da regra (art. 421-A, CC/2002).

Perfila-se o entendimento de que o texto legal foi redundante ao qualificar contratos como paritários e simétricos. No mesmo sentido, Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Rodrigo Xavier Leonardo e Augusto César Lukascheck Prado: “A expressão ‘contrato simétrico’ não é ordinária na dogmática brasileira. Ela também não possui autonomia conceitual que lhe permita aspirar ao estatuto de categoria autônoma. Simétrico deve ser entendido como sinônimo de paritário, como é possível divisar em alguns autores”⁵.

Entende-se paritário/simétrico o contrato em que as partes negociam em pé de igualdade, sem subordinação ou imposição de uma sobre a outra, no qual a composição é feita mediante o diálogo e a livre negociação, eliminando-se os pontos divergentes mediante o consentimento mútuo.

A diferença econômica entre uma empresa e outra não retira o caráter de paridade/simetria. Isto porque, as empresas têm a capacidade de dispor de corpo técnico e jurídico para assessorá-las nas contratações, além de integrar o cotidiano do empresário a realização de negócios. Em razão disso, presume-se que o empresário, ao contratar, tem capacidade de verificar os riscos das suas avenças e que os contratantes estão nas mesmas condições de negociação.

Essa paridade/simetria traz grande liberdade para se estabelecer negócios jurídicos processuais atípicos nos contratos empresariais, trazendo para este instituto maior aplicabilidade e efetividade de autorregramento. No entanto, mesmo dentro dessa ampla liberdade de contratar, há freios nas normas de ordem pública (art. 3º, VIII, Lei n. 13.874/2019), na boa-fé, na função social do contrato, nos direitos e garantias fundamentais do processo, e a ressalva dos regimes jurídicos previstos em leis especiais (art. 421-A, CC/2002).

3 Negócio jurídico processual

Negócio jurídico processual é um exercício de vontade, por ação ou omissão, praticado por um ou mais agentes do processo visando criar, suprimir ou modificar a forma de realização de um ato processual. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery⁶, uma “verdadeira

⁵ JR, Otavio; LEONARDO, Rodrigo; PRADO, Augusto. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: Art. 7º. *In*: MARQUES, Floriano de Azevedo Neto; RODRIGUES, Otavio Luiz Jr; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica** – Lei n. 13.874/2019. São Paulo: RT, 2020.

⁶ NERY Jr., Nelson; Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2022.

gerência parcial do processo, conforme a conveniência e desejo das partes”. E, para a doutrina, como todo negócio jurídico, o negócio jurídico processual deve conter os elementos de formação previstos nos planos da Escada Ponteano: existência, validade e eficácia.

No plano da existência, verificam-se os elementos estruturais: partes ou agentes, objeto, forma e vontade. Não sendo encontrado qualquer um desses elementos, o negócio jurídico processual é inexistente. Observa-se que o plano da existência não está positivado no CC/2002, pois trata-se de uma criação doutrinária.

No plano da validade, verificam-se os elementos essenciais. Aqui, os substantivos previstos no plano de existência são qualificados, ou seja, recebem seus adjetivos: as partes ou agentes devem ser capazes; o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável; a forma deve ser prescrita ou não defesa em lei; a vontade tem que ser livre, sem vícios. Diversamente do plano da existência, o plano de validade está positivado nos arts. 104, 166, 167 e 171, todos do CC/2002. O Enunciado 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), por sua vez, rege de forma similar: “A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

No último degrau da Escada Ponteano está o plano da eficácia. Enquanto nos dois primeiros são verificados os elementos estruturais e essenciais dos negócios jurídicos, pois versam sobre sua existência e validade, no último investigam-se os elementos incidentais relacionados à solução, à resolução e à suspensão dos direitos e deveres das partes envolvidas: condição, termo e encargo (art. 121 a 137 do CC/2002).

No plano da eficácia dos negócios jurídicos processuais encontra-se, por exemplo, a dependência, quando o caso, da homologação judicial. Nesse sentido é o Enunciado 260 do FPPC: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

O negócio jurídico processual pode ser realizado por vontade de um ou mais agentes, ou seja, por ato unilateral, bilateral ou plurilateral.

Atos unilaterais decorrem do exercício de vontade de uma única parte, por exemplo, renúncia de prazo (art. 225, CPC/2015), desistência de execução ou de medida executiva (art. 775, CPC/2015), renúncia ao direito recursal (art. 998, CPC/2015) ou desistência de prova. Ademais, atos unilaterais não estão ligados somente às renúncias de direitos. Isto porque, é por meio dele que a parte autora escolhe a ação a ser proposta quando mais de uma é possível (ex.: ingressar com ação de cobrança (conhecimento) ao invés de ação de execução, conforme faculta o art. 785, CPC/2015). E mais, para qual foro irá dirigir sua ação se houver competências

concorrentes (art. 46, §§ 1º e 4º, CPC/2015) ou relativamente competente (art. 65, CPC/2015). Ainda, contra quem irá litigar em caso de responsabilidade solidária (art. 275, CC/2002). Todas essas escolhas são negócios jurídicos processuais realizados através de ato unilateral.

Já os atos bilaterais são exercidos em comum acordo por dois agentes do processo, por exemplo, autor e réu, autor e juiz, ou juiz e Ministério Público. O acordo de eleição de foro (art. 63, CPC/2015), a suspensão convencional do processo (art. 313, II, CPC/2015) e o adiamento de audiência (art. 362, I, CPC/2015) representam essa modalidade.

Por fim, serão plurilaterais quando realizados por três ou mais agentes em comum acordo. São exemplos o negócio jurídico processual inserido como cláusula de um contrato social de uma sociedade empresária composta por vários sócios e o estabelecimento de um calendário processual de forma conjunta entre autor, réu, Ministério Público e juiz (art. 191, CPC/2015).

Quanto ao momento de sua celebração, o negócio jurídico processual pode ser celebrado antes ou durante o processo. As partes podem realizar um negócio qualquer, incluir no contrato cláusulas que estabeleçam, no caso de judicialização de conflitos, alterações no procedimento judicial que vier a ser instaurado. Também é possível, com o processo judicial já em curso, estabelecerem, em comum acordo, regras diferentes para a realização dos atos processuais ainda a serem realizados.

Quanto à eficácia, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery⁷ afirmam que pode ocorrer antes do processo (pré-eficácia do negócio processual), no curso do processo ou depois de encerrado o processo (pós-eficácia do negócio processual).

Em geral, o negócio processual não exige uma forma específica. Significa dizer que ele pode ser entabulado oralmente (com suas dificuldades de comprovação) ou através de instrumento. Todavia, para determinados negócios, a lei exige a forma escrita (ex: foro de eleição e convenção de arbitragem). Ainda, pode ser expresso ou tácito (ex: deixar que a causa tramite em juízo relativamente incompetente). Já a forma oral não é aceita por todos os doutrinadores, conforme observado no Enunciado 39 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam): “Não é válida a convenção pré-processual oral”.

Os negócios jurídicos processuais podem ser típicos ou atípicos (ou nominados e nominados).

Os típicos são aqueles previstos na legislação, por exemplo, adiamento de audiência (art. 362, I, CPC/2015), suspensão do processo (art. 313, II, CPC/2015), desistência de prazo

⁷ NERY Jr., Nelson; Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2022.

recursal (art. 225, CPC/2015), a fixação de calendário para a prática dos atos processuais (art. 191, CPC/2015); a eleição de foro (art. 47, §1º, art. 63, art. 781, I, CPC/2015) e distribuição do ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º, CPC/2015). Já os atípicos não estão previstos no ordenamento processual e podem ser criados nos termos do art. 190, CPC/2015.

4 Negócios jurídicos processuais atípicos nos contratos empresariais

O negócio jurídico processual atípico está previsto no art. 190, CPC/2015, que assim o estabelece:

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.

Desse dispositivo são retiradas as condições do negócio jurídico processual atípico: cabimento apenas nos processos em que se discute direitos que admitam a autocomposição; celebração por partes capazes; a cláusula deve se restringir aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

Diversamente da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), em seu art. 1º, que restringe a jurisdição particular às questões envolvendo direitos disponíveis, o art. 190, CPC/2015, não menciona disponibilidade ou indisponibilidade do direito, mas sua transigibilidade (possibilidade de autocomposição). A respeito, o Enunciado 135 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

Diante disso, enquanto a arbitragem apenas pode versar sobre direitos disponíveis, os negócios jurídicos processuais podem ser entabulados em questões tanto de direitos disponíveis como indisponíveis, desde que passíveis de autocomposição.

A capacidade das partes exigida no art. 190, CPC/2015 não está restrita à capacidade civil, mas abrange também a capacidade processual negocial. Isto porque, uma parte pode ser civilmente capaz, mas, processualmente, ser vulnerável – é o caso, por exemplo, dos consumidores.

Segundo Daniel Amorim Assunção da Neves⁸, há divergência na doutrina quanto à capacidade referida no art. 190, CPC/2015. Para alguns, seria meramente material, de sorte que

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm. 2016.

o incapaz, mesmo relativamente, não poderia celebrar o negócio jurídico processual; para outros, a capacidade exigida é meramente processual, de maneira que bastaria o incapaz estar representado para poder celebrar o pacto processual. O Enunciado 38 da ENFAM assim entende: “Somente partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atípica”. Já Fredie Didier Jr.⁹ argumenta que o incapaz pode celebrar negócios jurídicos processuais desde que representado.

A última cláusula geral descrita no art. 190, CPC/2015, impõe que o negócio jurídico processual somente pode versar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes, isto é, não é possível pactuar sobre poderes, faculdades e deveres do juiz, do Ministério Público e de eventuais terceiros.

Observa-se que a legislação dá uma ampla liberdade de se estabelecer negócios jurídicos processuais atípicos nos contratos empresariais. É através do negócio jurídico processual atípico que o empresário, na confecção dos contratos empresariais, pode inserir cláusulas prevendo a personalização de eventual lide que venha surgir entre as partes contratantes.

Essa personalização visa trazer ao eventual procedimento elementos específicos próprios das partes e do objeto em discussão, sempre conforme as necessidades dos futuros litigantes, o que tende a se traduzir em um procedimento jurisdicional mais célere e adequado para a questão debatida.

A partir da ampla liberdade existente para se celebrar contratos interempresariais, as empresas possuem uma vasta possibilidade criativa para tornar menos penoso o caminho da resolução da lide. Todavia, apesar de boa liberdade para se pactuar, o negócio jurídico processual atípico encontra limites legais pois as convenções não podem ser contrárias à lei ou aos princípios norteadores do processo (contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz e publicidade). Há, ainda, restrições na ordem pública (moralidade, proteção da vontade livre e consciente das partes). Ademais, o acordo não pode substituir o poder decisório do juiz.

Acrescenta-se que, nos termos do art. 190, CPC/2015, parágrafo único, cabe aos juízes controlar a validade do negócio jurídico, recusando a aplicação nos casos de nulidade, ou de inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão ou naqueles em que uma parte for manifestamente vulnerável.

Aos negócios atípicos aplica-se a regra geral do art. 200, CPC/2015, ou seja, produzem efeito imediato, salvo se as partes, expressamente, houverem modulado a eficácia do negócio

⁹ DIDIER, Fredie Jr. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2017.

com a inserção de uma condição ou de um termo e, exceto, se o negócio processual for do tipo que precisa de homologação judicial para sua eficácia. Enfim, respeitado o controle judicial (art. 190, parágrafo único, CPC/2015), observar-se-á o *pacta sunt servanda* (o acordo irá obrigar inclusive os sucessores no processo).

Salvo previsão legal ou negocial expressa, o negócio processual atípico celebrado com base no art. 190 do CPC/2015 é irrevogável. É possível, por evidente, o distrato processual, pois as mesmas vontades que geraram o negócio são aptas a desfazê-lo, todavia, se o negócio processual for do tipo que precisa de homologação judicial para produzir efeitos, o distrato da convenção já homologada também dependerá da chancela judicial.

Destaca-se que, na ausência de defeito, o juiz não pode recusar a aplicação ao negócio processual. Para afastar a aplicação do negócio jurídico processual, o juiz deverá demonstrar, por meio de decisão fundamentada, a existência de vício insuperável, porém, ao fazer o controle de validade do negócio jurídico processual, deverá fazê-lo com olhos na regra de que não há invalidade sem prejuízo. Cabe, ainda, ao magistrado, na tarefa de controle, aproveitar ao máximo do que fora pactuado entre as partes, de sorte que, sendo possível, o negócio jurídico processual deve ser validado mesmo parcialmente (Enunciado 134 do FPPC).

O inadimplemento da prestação de um negócio jurídico processual deve ser alegado pela parte adversária no primeiro momento que lhe couber falar, sob pena de preclusão. Sobre esse aspecto, o juiz não pode, de ofício, conhecer do inadimplemento do negócio processual, salvo se houver expressa autorização das partes ou legislativa nesse sentido.

Diversas cláusulas atípicas já foram criadas e estão sendo usadas com frequência nos contratos interpresarias e outras tantas ainda podem surgir a depender da criatividade dos advogados. O Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis relaciona algumas possibilidades de negócio jurídico processual atípico:

São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (*pacto de disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogoratórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si. 15-16. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO e no V FPPC-Vitória).

Fredie Didier Jr. também traz alguns exemplos:

Segue lista com alguns exemplos de negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190 do CPC/2015: acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo para limitar número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, acordo para tornar ilícita uma prova etc¹⁰.

Finaliza-se com possibilidades de negócio jurídico processual atípico nas situações elencadas por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery:

São admissíveis, entre outros, negócios jurídicos processuais que: a) estabeleçam a cronologia do procedimento (tal como ocorre já no processo arbitral) (CPC 191); b) estabeleçam a cláusula sem recurso, desde que bilateral, isto é, que somente haverá decisão de mérito no primeiro grau de jurisdição; c) estipulem renúncia ao direito de interpor recurso (Bunsen. Lehrbuch CPR, Einleitung, n. I, III, p. 8); d) dispensem determinada prova (e.g. pericial); e) convençionem sobre a distribuição do ônus da prova; f) estabeleçam o foro em que deve ser processada e julgada a ação; g) estabeleçam cláusula compromissória para submeter a lide à arbitragem; h) estipulem a incidência, no processo, da cláusula *solve et repete* (Carnelutti. Sistema DPC, v. II, n. 420, p. 78); i) determinem qual o direito aplicável à hipótese (na convenção de arbitragem é possível: escolher-se a lei aplicável, escolher, “livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem” [LArb 2.º § 1.º] escolher a aplicação da *lex mercatoria* [LArb 2.º § 2.º], escolher-se o idioma no qual se desenvolverá o processo, conferir-se ao tribunal arbitral a possibilidade de decidir por equidade etc.); j) autorizem o juiz estatal a decidir por equidade, mesmo fora dos casos previstos em lei¹¹.

Há de se ter cuidado na criatividade, pois podem ser estipuladas cláusulas processuais que esbarram em atos privativos do juiz, o que é comumente observado na prática. Frequentemente vê-se cláusulas contratuais estabelecendo também a antecipação de tutela em prol daquele que ingressar em juízo, seja através de arrestos cautelares ou até de obrigação de fazer.

Em acórdão proferido no REsp 1810444SP 2018/0337644-0, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão (j. 23-02-2021) negou o uso do negócio jurídico processual atípico sob o argumento de que o acordo teria invadido a esfera de atuação do

¹⁰ DIDIER, Fredie Jr. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 1, abr.-jun. 2016.

¹¹ NERY Jr., Nelson; Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2022.

magistrado ao prever uma tutela antecipatória sem a avaliação do juízo quanto ao seu cabimento. No caso, em um contrato interempresarial, previu-se que na hipótese de inadimplemento da dívida, a credora estaria autorizada a obter liminarmente o bloqueio dos ativos financeiros da parte devedora, “em caráter *inaudita altera parte* e sem a necessidade de se prestar garantia”.

O entendimento do STJ, mantendo a decisão no TJSP, foi de que o arresto cautelar, ou uma tutela antecipada, situa-se no poder geral de cautela do julgador, portanto, ato privativo do magistrado (art. 299, CPC/2015), de sorte que as partes não podem transacionar sobre a matéria. Salaria o julgador: “quando a convenção processual interferir em poderes, deveres e faculdades do juiz, o negócio somente se perfectibilizará se esse, baseado em um juízo discricionário, concordar com a pactuação”.

No mesmo sentido observa-se o julgado do TJSP:

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Como o negócio jurídico processual, previsto art. 190, do CPC/2015, (a) tem por objeto apenas e tão somente posição jurídica das partes, (b) sem alcançar não posições processuais, nem as questões de poderes-deveres do Juiz, o que compreende matérias as normas fundamentais relativas às garantias asseguradas às partes para o devido processo legal, com observâncias dos princípios do contraditório e direito de defesa (CF, art. 5º; CPC/2015, art. 9º e 10º), (c) de rigor, o reconhecimento da nulidade das cláusulas do negócio jurídico processual ajustado entre as partes, que estabelecem o processamento (c. 1) da execução com automático arresto liminar das contas dos executados, independentemente da presença dos requisitos legais para a concessão do arresto incidental ou executivo, inclusive designado de “pré-penhora” (CPC/2015, art. 830), ou arresto cautelar (CPC/2015, arts. 301, c.c 799, VIII); e (c. 2) da necessidade de garantia do juízo com valor atualizado do débito pleiteada como requisito de admissibilidade de embargos à execução, condições esta afastada expressamente pelo art. 914, caput, do CPC, (d) impondo-se, em consequência, a manutenção da r. decisão agravada, que indeferiu o pedido de arresto formulado pelas partes agravantes, embasado na cláusula do negócio jurídico em questão. Recurso desprovido. (TJ-SP – AI: 20762897120228260000 SP 2076289-71.2022.8.26.0000, Relator: Rebello Pinho, Data de Julgamento: 06/06/2022, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/06/2022).

Além do exemplo acima, deve-se ter cuidado quando a transação contraria princípios fundamentais do processo, como ocorre comumente envolvendo a publicidade (arts. 8º e 11, CPC/2015). Isto porque, o sigilo processual é exceção, a regra é a publicidade. Assim, somente nos casos previsto em lei é possível impor sigilo aos atos processuais (art. 189, CPC/2015). Todavia, é comum deparar-se com cláusulas em contratos interempresariais prevendo o pacto de sigilo em caso de demanda judicial, que, por evidente, acaba não sendo acolhida pelo juiz.

Há casos, como o previsto no art. 206 da Lei n. 9.279/1996 (informações caracterizadas como confidenciais, segredo de indústria ou de comércio), nos quais o sigilo pode ser imposto, pois seria o caso de previsão legal expressa. O que a lei veda é a tentativa de se impor sigilo apenas por capricho das partes ou por questões incapazes de suplantar a força do princípio da publicidade.

No julgamento do REsp: 1082951 PR 2008/0065488-0, o Min. Raul Araújo (j. 06-08-2015) ponderou que, apesar da regra ser a publicidade dos atos processuais, em algumas hipóteses, o feito poderá ser processado em segredo de justiça por envolverem a preservação de outras garantias fundamentais, como o direito à intimidade da parte (art. 5º, X, CF/1988), ao sigilo de dados (art. 5º, XII, CF/1988) e de informações necessárias ao exercício profissional (art. 5º, XIV, CF/1988) ou, ainda, para atender a interesse público relacionado à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF/1988).

No caso julgado, os motivos apresentados pelos recorrentes envolviam o fato de a ação debater atividades cobertas pelo sigilo bancário. A discussão nos autos derivava de um contrato de cessão de créditos firmado entre instituição bancária e a sociedade empresária securitizadora. Assim, segundo entendimento do STJ, o negócio jurídico processual representado pela cláusula de confidencialidade deveria ser acolhido, como de fato o foi. Nesse caso, o fundamento era de que as informações trazidas no contrato tinham natureza exclusivamente privada, afetavam a intimidade e a segurança negocial das pessoas envolvidas nos créditos cedidos, além de técnicas de expertise e *know-how* desenvolvidas pelas partes contratantes, além de atingir suas condições de competitividade no mercado financeiro.

Como se observa, o caso configurava proteção de segredo comercial, a exemplo do que preconiza a regra do art. 206 da Lei n. 9.279/1996, sendo, portanto, condição legal para afastar a publicidade do processo. O Enunciado 20 do FPPC ainda traz alguns outros exemplos de acordos que não podem ser realizados:

Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos.

Ainda sobre restrições aos pactos processuais, a ENFAM cita situações conforme descritas nos Enunciados 36 e 37:

36. A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de amicus curiae; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.

37. São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.

Fato é que, apesar da ampla liberdade de se pactuar nos contratos empresariais, notadamente em razão das diretrizes da Lei n. 13.784/2019, com ela os ditames dos arts. 421 e 421-A do CC/2002, estabelecendo-se o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual pelo Estado-Juiz, as partes não podem perder de vista os limites legais ao estabelecer os negócios jurídicos processuais atípicos.

5 Conclusão

O CPC/2015 trouxe a possibilidade de as partes transacionarem e criarem um autorregramento, alterando o procedimento judicial por meio de acordos denominados negócios jurídicos processuais atípicos. Diante disso, a inovação trazida pelo art. 190, CPC/2015, permite uma gerência parcial e limitada do processo, conforme a conveniência dos envolvidos, a fim de tornar o procedimento judicial mais adequado as particularidades do conflito.

Essa personalização, que pode ser estabelecida previamente em contrato ou quando já instaurado o processo judicial, visa dar ao procedimento contornos específicos próprios das partes e do objeto em discussão, tornando o exercício da jurisdição mais adequada à necessidade dos litigantes.

Mostrou-se que, como todo negócio jurídico, os acordos nos termos do art. 190, CPC/2015, devem conter os elementos estruturais previstos nos planos da Escada Ponteaná: existência, validade e eficácia. Desse dispositivo são retiradas, ainda, as condições específicas para a celebração do negócio jurídico processual atípico: processos em que se discute direitos que admitam a autocomposição, partes capazes, e referir-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

Para explorar com maior amplitude os negócios jurídicos processuais atípicos, recortou-se sua aplicação aos contratos empresariais, mais especificamente, os interempresariais, pois nas demais relações, nas quais há parte hipossuficiente ou vulnerável, os pactos processuais sofrem mais restrições.

Pontuou-se que a amplitude de pactuação nos contratos interempresariais decorre da presunção de que os contratantes estão nas mesmas condições de negociação, pois em regra, não se reconhece a hipossuficiência ou a vulnerabilidade do empresário.

Diante da grande liberdade para se celebrar contratos interempresarias, as empresas possuem uma vasta possibilidade criativa para tornar menos penoso o caminho da resolução da lide. É possível diminuir prazos, suprimir recursos, pré-indicar um bem a penhora, exigir a mediação ou a conciliação extrajudicial prévia obrigatória. Enfim, são várias as opções a depender da criatividade dos advogados para se estabelecer um procedimento personalizado que atenda melhor os interesses de seus clientes.

Estabeleceu-se, ainda, a importante função do controle judicial que, sem diminuir a autonomia privada das partes e sem deixar de observar a intervenção mínima do Estado, visa garantir a licitude e o respeito aos princípios fundamentais do processo.

Buscou-se, com este estudo, demonstrar que o negócio jurídico processual atípico é uma importante ferramenta para otimizar a resolução dos conflitos empresariais, devendo, aqueles que a utilizam, atentar-se aos seus requisitos para realizar o pacto com segurança jurídica e evitar sua inaplicabilidade pelo Judiciário.

Referências

ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença: temas controversos**. São Paulo: RT, 2020.

BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. O papel do juiz no controle dos negócios jurídicos processuais e o art. 190 do Novo Código de Processo Civil. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, 8ª edição, 2015.

BUCHMANN, Adriana. **Limites objetivos ao negócio processual atípico**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. São Paulo: RT, 2022.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER, Fredie Jr. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 1, abr.-jun. 2016.

DIDIER, Fredie Jr.; CABRAL Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de Processo**, v. 275, p. 193-228, jan. 2018, São Paulo: RT, 2018.

DIDIER, Fredie Jr.; LIPIANI, Júlia. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. **Revista de Processo**, v. 279, p. 41-66, maio 2018. São Paulo: RT, 2018.

FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022.

MARQUES, Floriano de Azevedo Neto; RODRIGUES, Otavio Luiz Jr; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica – Lei n. 13.874/2019**. São Paulo: RT, 2020.

MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: RT, 2006.

NERY, Nelson Jr.; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2022.

THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício; JUNIOR, Vanderlei. **A Lei de Liberdade Econômica: uma análise material e processual da Lei n. 13.874/2019**. São Paulo: RT, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código Civil comentado**. São Paulo: RT, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm. 2016.

RODER, Marcus Paulo; RICHTER VIEIRA, Kirstin Elise. Negócios processuais em contratos empresariais: uma forma de redução de custos de transação. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 2, n. 5, set.-dez. 2020.

SANTOS, Rodrigo. **Convenção processual sobre norma aplicável ao mérito**. São Paulo: RT, 2022.

TAVARES, Paulo Sandoval; OLIVEIRA, Artur Almenara Merlo Emmerich; GUSELLA, Gabriela Azeredo. A utilização dos negócios processuais como técnica de eficiência e redução de custos nos contratos empresariais. **Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2018.