

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

MARCUS PAULO RÖDER

**Negócios processuais em contratos empresariais: uma forma de redução de custos de
transação**

CURITIBA

2017

MARCUS PAULO RÖDER

Monografia apresentado como requisito para a obtenção de formação profissional específica e para a colação de grau da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

PROFESSOR ORIENTADOR: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

PROFESSOR COORIENTADOR: Eduardo Talamini.

CURITIBA

2017

AGRADECIMENTOS

Conforme aprendi nas minhas leituras e reflexões para elaboração deste trabalho de conclusão de curso: *“o direito se assenta na vida, tratar do Direito é tratar da vida; tratar da vida e das pessoas humanas é tratar de sua liberdade e das suas relações”*.¹

Saio da graduação tendo a certeza de que valeu a pena navegar nesse mar. Para passar além do Bojador, foi necessário passar além da dor. Como tem de ser. Mais importante do que isso, o que de fato revela que “valeu a pena”, é finalizar a graduação tendo a certeza de que pretendo retornar, o mais breve possível, para a pós-graduação. Finalizo uma importante etapa, ciente de que não há limites para quem empenhar interesse e disposição.

Durante todo este período, estive rodeado de pessoas muito melhores do que eu – razão pela qual cresci e aprendi muito. Razão pela qual devo os mais incomensuráveis agradecimentos a cada um que cruzou meu caminho até aqui.

Primeiramente agradeço minha família (na sua concepção mais extensa e ampliada), com quem aprendi a amar e sempre foram meu porto seguro mesmo nos momentos mais difíceis e de incerteza – com destaque especial aos meus tios, Aparecida e Antonio Carlos, com quem tive o enorme prazer de conviver (e por me acolherem como um filho) durante os meus primeiros anos em Curitiba. Singularmente também à Gisele, por me ensinar a essência da irmandade e pelo companheirismo de sempre. Ao Jomah, que obviamente está incluso no grupo familiar, mas há quem devo escusas públicas pelos inúmeros saques que fiz à sua biblioteca – com certeza parte substancial e essencial da minha formação.

Aos meus amigos, que sempre foram parte integrante da minha compreensão de família, mas que acima de tudo complementam o que tenho como base – os quais eu me permitirei nem sequer tentar nomeá-los individualmente para não cometer a heresia de injustamente esquecer alguém. Felizmente, são muitos.

Aos meus colegas do VG&P, escritório que me moldou como profissional e, com o programa de *trainee*, me fez ter segurança e certeza da carreira que quero trilhar. Meus sinceros agradecimentos também são especialmente dirigidos à minha coordenadora e grande amiga Dayana Sandri Dallabrida e ao sempre brilhante Luiz Fernando Casagrande Pereira.

¹ HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada na Dimensão Civil-Constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais**. - Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 174.

Ao meu orientador de iniciações científicas, Ilton Norberto Robl Filho, por todas as oportunidades e também por hoje poder orgulhosamente incluí-lo no grupo dos amigos. Aos meus atuais orientadores – Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Eduardo Talamini –, e aos professores Paulo Roberto Nalin e Marcia Carla Pereira Ribeiro, todos pelos exemplos de grandiosa envergadura intelectual, juristas, advogados e mestres de excelência. Enfim, pessoas que tanto admiro e muito me inspiram.

À Camila, por ser capaz de despertar a melhor parte de mim.

A todos, o meu mais sincero obrigado.

“(...) Quem melhor do que o próprio indivíduo há de zelar por seus interesses e problemas? (...) O caminho entre liberdade e responsabilidade é de mão dupla. Sem a liberdade substantiva e a capacidade para realizar alguma coisa, a pessoa não pode ser responsável por fazê-la. Mas ter efetivamente a liberdade e a capacidade para fazer alguma coisa impõe à pessoa o dever de refletir sobre fazê-la ou não, e isso envolve responsabilidade individual. Nesse sentido, a liberdade é necessária e suficiente para a responsabilidade”. (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** – São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 360-361).

“(...) aceitar a ideia de autonomia pessoal entre adultos é o mesmo que estabelecer uma presunção de que, ao tomar decisões individuais ou coletivas, cada adulto deve ser tratado – para o fim de tomar decisões – como o juiz adequado de seus próprios interesses. Por conseguinte, na ausência de uma demonstração muito gritante de incompetência, a presunção é, em princípio, vinculativa. Em suma: (...) na falta de uma prova definitiva em contrário, todos são, em princípio, os melhores juizes de seu bem e de seus próprios interesses”. O efeito prático da presunção é negar que a autoridade paternalista possa vir a ser legítima entre adultos, seja nas decisões individuais ou coletivas, exceto em casos presumivelmente raros. E de maneira inversa, todas as relações de autoridade legítimas que envolvem adultos devem ser compatíveis com a presunção de autonomia pessoal – no sentido de que devem respeitá-la. (DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos.** – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 155-156.)

INCESSO FOSSE MÚSICA

*“isso de querer ser
exatamente aquilo
que a gente é
ainda vai
nos levar além”*
Paulo Leminski.

Dedico à minha mãe, Solange, meu maior exemplo, por tudo o que sempre fez por mim.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
Capítulo I – Fundamentos do Direito privado e Contratos no Direito Empresarial.....	15
1. O contexto dos contratos empresariais	15
2. O princípio da Autonomia Privada	19
3. Simetria de poder de contratação: a presunção relativa de igualdade material e o contrato empresarial como vínculo de cooperação.....	28
Capítulo II – Negócio Jurídicos Processuais e Análise Econômica do Direito	33
4. Análise Econômica do Direito e a Economia dos Custos de Transação	33
5. Negócios jurídicos processuais.....	38
6. Negócios processuais e eficiência processual	48
Conclusão.....	53
Referências Bibliográficas.....	54

RESUMO

O presente trabalho pretende sustentar a existência de um *habitat* possível e pertinente para celebração de negócios jurídicos processuais (especialmente os ditos *atípicos* e permitidos a partir da cláusula aberta do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015): os contratos empresariais, em razão das suas características e peculiaridades. Em seguida, valendo-se dos pressupostos da Análise Econômica do Direito, apresentam-se argumentos pelos quais as partes contratantes, inseridas no contexto específico de contratos empresariais, podem se valer dos negócios jurídicos processuais com o objetivo racionalização do processo, de aumento da eficiência processual e, conseqüentemente, de redução de custos de transação.

Palavras-chave: Contratos empresariais; Negócios Jurídicos Processuais; e Custos de Transação.

ABSTRACT

This paper aims to support the existence of a possible and pertinent habitat for the conclusion of procedural agreements (especially the atypical sayings and allowed by the open clause of art. 190 of the Code of Civil Procedure of 2015): the business contracts due to their characteristics and peculiarities. Then, based on the assumptions of the Law and Economics, arguments are presented whereby the contracting parties, inserted in the specific context of business contracts, can use the procedural agreements with the objective of streamlining the process, increasing procedural efficiency and, consequently, reduce transaction costs.

Key-words: Business contracts; procedural agreements; Transaction Costs.

INTRODUÇÃO

*“[o]s habitantes dos países democráticos, embora frequentemente se mostrem insatisfeitos com sua condição, vivem num mundo mais justo do que aquele dos habitantes dos outros países. Eles são protegidos pelas leis; gozam da solidariedade entre membros da sociedade que beneficia os idosos, os doentes, os desempregados, os miseráveis; podem invocar os princípios de igualdade e liberdade, e até um espírito de fraternidade” (TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 17).*

É objetivo do presente trabalho a realização de ensaio sobre as possibilidades de se pensar nos negócios jurídicos processuais como instrumentos de redução de custos de transação em contratos empresariais.

Não se pretende, por certo, exaurir as possibilidades de análise que decorem desse tema. O que se pretende, diversamente, é efetuar recorte que, atentando para pressupostos principiológicos e teóricos do direito contratual, permitam apontar para o diálogo possível com a análise econômica do direito, culminando com possíveis exemplos desse diálogo.

Ainda que se reconheça que a arbitragem pode ser uma via eficiente para a solução da questão atinente à redução de custos de transação nos litígios empresariais², é certo que, sob a égide da jurisdição estatal, o Novo Código de Processo Civil (NCPC ou CPC/15 - Lei 13.105/2015) também passa a oferecer uma alternativa.

Não se pretende, aqui, investigar qual seria a escolha mais eficiente entre arbitragem e jurisdição estatal, mas, sim, partir desta e investigar se e como o negócio jurídico processual³ pode ensejar o incremento da eficiência econômica dos contratos em que tais negócios venham a ser inseridos.

² Cf. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; CRUZ, Rafael Augusto Firakowski. A opção pela arbitragem como medida de salvaguarda para a redução dos custos de transação. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (org.) **Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito**. - Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014. Disponível em: www.gedai.com.br. Acesso em 12.10.2017.

³ Desde logo é importante fazer uma observação metodológica quanto a nomenclatura adotada. Para tanto, nos valem da explicação feita por TALAMINI quanto ao uso genérico do termo negócios jurídicos processuais: “[a] rigor, os negócios jurídicos processuais podem ser atos bilaterais ou unilaterais. O negócio processual unilateral é expressão de vontade de um único sujeito (ou polo de sujeitos), que unilateralmente dispõe de alguma posição jurídica processual de que era titular. O negócio processual bilateral é fruto do ajuste de vontade de dois ou mais sujeitos (ou polos de sujeitos), que coordenadamente dispõem sobre suas respectivas posições processuais. Os negócios jurídicos bilaterais são também chamados de convenções processuais. (...) Na linguagem corrente, aliás, muitos autores têm aludido genericamente a negócios processuais tendo em vista, precisamente, os negócios bilaterais (convenções) processuais”. TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Coluna digital do Portal Migalhas, de 21 de outubro de 2015. p. 2. Disponível em: <https://goo.gl/x1rCm9>. Acesso em 03.10.2017. Para uma análise mais cuidadosa acerca das diferenças terminológicas e da nomenclatura adequada conferir: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 51-68.

Afinal, mesmo que a jurisdição estatal seja a via ordinária (no sentido de ser a mais comum e usual na prática), ao fim e ao cabo, cabe somente às partes definirem qual a maneira pela qual pretendem resolver suas controvérsias, a depender do que estas julgarem mais adequada e eficiente.⁴

A razão pela qual defende-se o presente estudo em torno dos contratos empresariais é que a relação jurídica estabelecida entre empresários⁵ possui uma lógica própria e especial que deve ser interpretada de uma forma diferenciada das demais relações civis.⁶⁻⁷ Com a edição do Código Civil de 2002, afirmou-se que se tratava do movimento de unificação do direito privado⁸, com o objetivo de superação da dualidade de tratamento das relações privadas, por

⁴ Como bem afirma MICHELE TARUFFO: “*dado la jurisdicción sigue siendo la primera y principal alternativa, las técnicas de mediación y de arbitraje pueden emplearse en el contexto de la jurisdicción. En este sentido, hay un espacio amplio de soluciones nuevas, que pongan a los ciudadanos realmente en posición de resolver sus controversias de manera equitativa, legítima y eficiente*”. - TARUFFO, Michele. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. **Páginas sobre justicia civil**. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Marcial Pons, 2009. p. 120-125.

⁵ As relações estabelecidas entre empresas costumam ser denominadas, principalmente no ambiente do comércio eletrônico, pela expressão em inglês *business-to-business* (“*de empresa para empresa*”), também identificada pela sigla B2B, em contraste com a expressão *business-to-commerce* (“*da empresa para o comércio*”), cuja a sigla é B2C, sendo esta última definida como a transação comercial entre empresas e o consumidor final. A distinção é muito interessante e feliz exatamente porque a diferenciação é feita partindo da premissa que nas relações entre empresas (B2B) há um poder de negociação equivalente ou, ao menos, geralmente há profissionais e conselheiros jurídicos assessorando nos termos da contratação. Por outro lado, nas relações com o consumidor final (B2C), há uma grande assimetria de informação quanto ao conteúdo do negócio celebrado. Neste sentido, conferir o verbete “*business-to-business*” na Enciclopédia Wikipédia, em língua inglesa. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Business-to-business>. Acesso em 03.10.2017.

⁶ Neste sentido é bastante pertinente a lição de RIBEIRO e GALESKI JÚNIOR: “*O empresário lança mão de inúmeras obrigações, operando no sistema de constituição de negócios jurídicos indispensáveis à prática econômica. Negócios que são identificáveis na escolha e aquisição da matéria prima, na escolha e contratação de empregados e prestadores de serviço, na escolha dos parceiros e no transpasse dos produtos e serviços aos consumidores. Na instrumentalização destes negócios despontam os contratos, especialmente aqueles relacionados à vinculação dos empresários entre si, seja na compra e venda de insumos, ou no estabelecimento de uma parceria. Tais contratos indissociáveis da prática empresarial, associados à figura do empresário, para permanecerem compatibilizados com a especialidade de a quem são destinados, precisam igualmente ser tratados de forma especial*”. – RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 14.

⁷ Conforme será melhor abordado no tópico específico, PAULA FORGIONI sustenta a categoria autônoma dos contratos empresariais e, com o principal objetivo de afastar a lógica própria dos contratos com consumidores. FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 30-34.

⁸ RIBEIRO e GALESKI JÚNIOR observam, no entanto, que “*a unificação do Direito Privado não resistiu às especificidades (autonomia ligada ao seu próprio histórico) do Direito de Empresa, assim como o Direito de Empresa não se encontra limitado à disciplina do Código Civil*”. Os autores ressaltam que “*pode-se unificar a codificação, mas não se consegue unificar a disciplina. Tal constatação está firmada na existência real de características peculiares à prática da atividade econômica organizada*”. - RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos**. *op. cit.*, p. 11-15.

intermédio da revogação de parte substancial do Código Comercial de 1850 (em especial da disciplina dos contratos mercantis disciplinados entre os artigos 121 a 286).⁹

Como bem observam CRISTIANO FARIAS e NELSON ROSENVALD, a opção legislativa para o Código Civil foi pela unificação somente das obrigações civis e empresarias, porém, com exclusão de regulação das relações consumeristas. Isso significa que o Código de 2002 “disciplina as relações intercivis e interempresariais (entre iguais), mas abdica de cuidar das relações entre consumidores e fornecedores (desiguais), incidindo ali um microsistema legislativo específico para tanto – o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)”.¹⁰

Ocorre que, como bem percebe PAULA FORGIONI, a sensação é de que nos últimos anos “o desenvolvimento dogmático brasileiro centrou-se apenas no estudo dos negócios consumeristas, permanecendo os contratos mercantis no limbo a que pareciam estar condenados”.¹¹ O presente trabalho ratifica tal percepção e buscará abordar o tema proposto sobre a ótica exclusiva do contexto dos contratos empresariais por considera-lo um *habitat*¹² para celebração de negócios jurídicos que visam a flexibilização das normas processuais de modo a melhor adequá-lo à solução do caso concreto e, conseqüentemente, reduzir custos.

Deste modo, adverte-se que o presente trabalho não possui a pretensão de discutir os limites da aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais fora deste contexto, notadamente nas relações de consumo.

Feita essa explicação quanto ao recorte temático, é possível fazer um breve retorno ao porquê de sustentar a celebração de negócios jurídicos processuais (ou seja, perante a jurisdição estatal), mesmo diante de um nítido crescimento do uso da arbitragem para a solução dos

⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do Direito de Empresa no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, v. 128. – São Paulo: Malheiros, 2002, p. 7-14; RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos...**, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰ FARIAS e ROSENVALD, referenciando obra da CLÁUDIA LIMA MARQUES [o novo modelo de direito privado brasileiro e contratos. *In: A nova crise do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55], também explicitam bem que o Código Civil de 2002 reconstruiu o direito privado brasileiro para identificar três sujeitos: o civil, o empresário e o consumidor. Nas palavras dos autores referenciados: “*destarte cumpre-nos examinar esse sistema de direito privado tripartido. Três protagonistas que culminam por imprimir uma divisão entre um direito civil geral (a teoria geral das obrigações) e dois direitos especiais, o direito empresarial e o direito do consumidor. Em comum, o fato de que a Constituição Federal direciona o sistema de forma holística, o Código Civil ocupa o posto de centralidade do direito privado e o microsistema consumerista atua de forma especial, podendo se servir do Código Civil em caráter de complementariedade*”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 59-60.

¹¹ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais...**, *op. cit.* p. 20.

¹² Utiliza-se o termo “*habitat*” na definição trazida pelo Dicionário Michaelis (versão *on-line*): “*Lugar onde algo ou alguém se instala por sentir que é seu ambiente ideal*”. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/habitat/>. Acesso em 05.10.2017.

conflitos envolvendo contratos empresariais, sendo que a doutrina especializada também afirma que este seria o meio mais adequado e eficiente.¹³

Ocorre que as preocupações que decorrem do movimento de “abandono do Judiciário” nas lides que envolvem contratos empresariais são das mais variadas matizes. Neste sentido, em sua tese que discute exatamente a prática argumentativa judicial nas lides envolvendo os contratos empresariais, VINÍCIUS KLEIN apresenta algumas razões¹⁴ que se aplicam perfeitamente ao presente trabalho e que podem ser sintetizadas como: (i) a via arbitral é uma faculdade das partes, portanto só é possível a sua utilização se houver a expressa celebração de cláusula compromissória ou mediante pactuação de compromisso arbitral (art. 3º da Lei 9.307/96). Deste modo, invariavelmente, litígios envolvendo contratos empresariais chegam ao Poder Judiciário e necessariamente precisam ser julgados da forma coerente e adequada; (ii) além disso, o Judiciário também possui um papel institucional e fundamental na formação de precedentes que norteiam e informam os contratantes (e também os futuros julgadores – sejam juízes ou árbitros) quando da negociação, redação e interpretação dos contratos; e (iii) em razão dos impactos econômicos, cada vez mais não se admite decisões arbitrárias ou divergentes (conflitantes ou até mesmo contraditórias) e se exige um maior refinamento e compreensão dos elementos técnicos por parte do Poder Judiciário, visando à necessidade de segurança jurídica e previsibilidade para calcular os fatores que influenciam a tomada de decisões e a racionalidade dos agentes privados.

A partir desses argumentos, torna-se evidente que o Poder Judiciário também deve estar preparado para lidar com o aparecimento de convenções processuais em contratos empresariais.

Em razão do advento do NCPC, que para além de adotar um modelo cooperativo de processo¹⁵ (artigo 6º), foram introduzidas diversas normas que prestigiam a autonomia da vontade das partes, permitindo que elas negociem sobre o processo de modo mais evidente do

¹³ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista de Direito GV**, n. 7, 2008, p. 15-28.

¹⁴ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2013. p. 17-19.

¹⁵ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, v. 30, n. 90, jun., 2003, p. 55-84.; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

que no CPC/73¹⁶ (Lei 5.869/1973), inclusive, com a inserção de uma cláusula geral que autoriza a pactuação de negócios processuais *atípicos*.¹⁷

O Capítulo I do presente trabalho abordará temas fundamentais do direito privado, especialmente a autonomia privada e a liberdade contratual, além de sustentar a especialidade e a peculiaridade dos contratos empresariais. Já no Capítulo II, levando-se em conta os temas debatidos no Capítulo I, será realizada uma análise acerca da natureza jurídica dos negócios jurídicos processuais, discutindo os seus limites e sobre as vedações aos abusos.

Verifica-se, no entanto, que historicamente há uma enorme relutância por parte de alguns doutrinadores¹⁸ acerca da possibilidade de celebração de contratos com convenções processuais sob o argumento de que isto representaria uma (re)privatização do processo civil. O presente trabalho buscará refutar essas críticas na tentativa de demonstrar que é sim possível a celebração de convenções processuais, sem que isso represente um risco ou uma ameaça ao direito processual civil.

É possível comemorar, nesse sentido, o movimento de fortalecimento de um modelo cooperativo de processo (como dito, inegavelmente adotado pelo NCPC) que permite superar o equivocado receio de que a publicização do processo não poderia conviver com a autonomia privada.¹⁹ Nessa perspectiva, defende-se uma superação de uma dicotomia maniqueísta que pouco contribui para a compreensão responsável do tema²⁰, pois confronta a ordem pública com a já não mais possível visão privatista do liberalismo clássico e própria dos séculos XVIII e XIX.

¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil brasileiro, p. 39-74. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.) **Negócios Processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 62.

¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 85-92.

¹⁸ São vários os doutrinadores brasileiros que apresentam opiniões contrárias à existência de negócios jurídicos processuais, tais como Cândido Dinamarco, Daniel Mitidiero, Vicente Greco Filho, Calmon de Passos etc. LEONARDO CARNEIRO CUNHA sintetizou muito bem essas críticas e as resumiu em um único parágrafo: “Em suma, as opiniões contrárias à existência dos negócios jurídicos processuais partem do pressuposto de que somente há negócio jurídico se os efeitos produzidos decorrem direta e expressamente da vontade das partes, o que não ocorreria no processo, ou porque os efeitos decorrem da lei, ou porque seria necessária a intervenção processual para que se produzam”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais...*, *op. cit.* p. 48.

¹⁹ GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 25.

²⁰ Não se ignora as lições de OVIDIO BAPTISTA DA SILVA no sentido de ignorar “*a extraordinária importância que o estudo do processo, como uma relação jurídica peculiar [a partir da obra de Bülow], de direito público, teve para o desenvolvimento do direito processual civil como uma disciplina autônoma*”. SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 1: processo de conhecimento**. 7. ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 4.

Afinal, adotando-se a perspectiva civil-constitucional²¹, é evidente que não é possível celebrar negócios jurídicos com a intenção de violar as bases do devido processo constitucional, do Estado Democrático de Direito e de afrontar direitos fundamentais. Deste modo, com o presente estudo pretende-se compreender os pressupostos (objetivos e subjetivos) e os requisitos específicos para celebração de negócios jurídicos processuais. Além disso, também se buscará identificar quais são os limites passíveis de controle pelo juiz, tendo em conta a redação do parágrafo único do artigo 190 do NCPC.

Por fim, também no Capítulo II, será explorado o interesse da ciência econômica pelo fenômeno contratual e, nos valendo dos instrumentos e pressupostos da Análise Econômica do Direito, intentaremos uma abordagem interdisciplinar²² para fundamentar o raciocínio de que a inserção de convenções processuais em contratos pode servir para redução de custos e, conseqüentemente, estruturar uma regência jurídica mais eficiente e previsível (em razão de pretender definir precisamente maior previsibilidade e estabilidade dos efeitos pretendidos). Para tanto, será necessário um breve estudo da chamada Teoria Econômica do Contrato e, em especial sob a perspectiva da Nova Economia Institucional, nos limites e no recorte necessários ao tema aqui proposto, com a finalidade específica de se valer dos contributos da Teoria dos Custos de Transação.

Portanto, neste rápido introito buscou-se apresentar o panorama geral deste trabalho, ressaltando o seu recorte temático e metodológico, e com o objetivo indicar uma linha dedutiva de argumentos (como uma espécie de “fio-condutor”) que justificarão a conclusão ao final.

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. I, 1991.

²² A razão pela qual se pretendeu realizar uma abordagem interdisciplinar, mesmo ciente de todos os desafios e obstáculos inerentes à pesquisa interdisciplinar em Direito e Economia foi a investida em buscar, para além dos fundamentos jurídicos que permitem a flexibilização procedimental e garante o direito das partes à participação na construção do caso concreto, argumentos econômicos que justificam o porque de se incentivar a inserção e celebração de negócios jurídicos no contexto propício e específico dos contratos empresariais. Cfr. ESTEVES, Heloisa Lopes Borges; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Os desafios da interdisciplinaridade em Direito & Economia. **IE/UFRJ**, 2009.

Capítulo I – Fundamentos do Direito privado e Contratos no Direito Empresarial

*“O contrato é instrumento de circulação de econômica; também é de satisfação de anseios pessoais. Sob um enfoque ou outro, insere-se na vida e a vida pulsa na artéria social. Já não se pode apartar o Direito da concretude da existência; já não se pode rachar o ciclo do contrato, que desabrocha na vontade das partes, mas se precipita no mundo real onde habitam as pessoas humanas, os demais seres, as coisas”.*²³

1. O contexto dos contratos empresariais

O tema aqui proposto, ou seja, o contrato, pode ser compreendido como um objeto em que o termo empresarial pode ser o seu predicado. PAULA FORGIONI afirma ser um tempo de “redescoberta” dos contratos empresariais como uma categoria autônoma.²⁴

Cada vez mais, se percebe que o instituto do contrato tem se revelado como a principal ferramenta da atividade empresarial. O empresário é cada vez menos proprietário de todos os elementos da sua produção e cada vez mais um organizador da atividade econômica. Os processos de produção são cada vez mais especializados e densos em termos de conteúdo tecnológico, o que torna pouco razoável a concentração de todos os elos da cadeia produtiva sob uma única empresa.²⁵

O Contrato é, a uma só tempo, instrumento econômico e instituto jurídico.

É bastante notabilizada a diferenciação feita por ENZO ROPPO entre o conceito econômico de contrato e o conceito jurídico de contrato. Em apertada síntese, ROPPO faz distinção entre o conceito econômico de contrato, que denota uma operação econômica, e o conceito jurídico de contrato, que se refere “às implicações e às consequências legais que o sistema das normas de códigos ou de leis especiais e das regras efetivamente aplicadas pelos juízes, [com objetivo de efetivação] de uma certa operação econômica (...)”.²⁶

Após realizar um estudo acerca da historicidade do contato, ROPPO observa que é o contrato e não mais a propriedade o instituto fundamental para gestão de recursos no sistema

²³ HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada...**, *op. cit.*, p. 158.

²⁴ PAULA FORGIONI sustenta uma teoria geral dos contratos empresariais a partir de uma definição que busca a exclusão dos contratos com consumidores. Para FORGIONI, foi a própria evolução e consolidação do direito do consumidor como ramo autônomo em relação ao civil e ao comercial que, paradoxalmente, resultou no movimento de redescoberta de uma lógica própria e específica aos contratos empresariais. Nas palavras da própria autora: “[o] ‘tomar-corpo dogmático’ dos contratos com consumidores obrigou os comercialistas a repensarem os elementos que, ao fim e ao cabo, dariam sentido à sua disciplina, forçando-os à redescoberta dos contratos mercantis”. FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**, *op. cit.*, p. 20.

²⁵ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2013. p. 44.

²⁶ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 8.

capitalista atual.²⁷ Assim, se vislumbra que uma empresa²⁸ “opera” mediante a celebração de contratos. Em outras palavras, as relações estabelecidas entre os entes que atuam no mercado (agentes econômicos) ocorrem por meio de contratos²⁹. A compreensão desta intersecção torna possível compreender a intenção do hoje autodenominado VICENZO ROPPO³⁰ ao afirmar que “os modernos complexos produtivos não são tanto estoque de bens, mas feixes de relações contratuais”.³¹

A adequada compreensão sobre os contratos nos diferentes contextos econômicos e sob a égide de diferentes bases normativas (civil, consumerista, trabalhista ou empresarial) demanda análise prévia da realidade das relações econômicas em que esse contrato emerge, o que implica saber sobre características das partes, do objeto do contrato e de suas finalidades. Tudo isso parte do fenômeno econômico, mas é apreendido pelo jurídico.

Conforme destacam RIBEIRO e GALESKI JUNIOR³², no campo da função, os contratos empresariais instrumentalizam a circulação de riquezas indispensáveis à prática empresarial, de modo a possibilitá-la. A atividade empresarial, deste modo, precisa ser assegurada, otimizada e viabilizada pelo contrato e, conseqüentemente, pelo sistema jurídico aplicável aos contratos.³³

Ainda que o ordenamento seja efetivamente unitário, unitárias não são as soluções que os mesmos princípios vetores ofertarão a relações jurídicas travadas por diferentes sujeitos em diferentes contextos.³⁴ No que diz respeito ao objeto específico deste trabalho,

²⁷ Nas palavras do próprio ROPPO, “[D]entro de um sistema capitalista avançado parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instituto fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia”. – ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 66.

²⁸ Quando se discute o conceito de empresa, se afirma que o direito brasileiro se filia ao sistema subjetivo de teoria da empresa - em decorrência da definição legal de empresário positivado no art. 966 do Código Civil. Deste modo, o conceito jurídico de empresa está relacionado com a atividade econômica voltada a gerar direitos e obrigações. BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 9. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 56.

²⁹ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**, *op. cit.*, p. 25.

³⁰ Cf. VANZELLA, Rafael. O Contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista DireitoGV**, v. 1, n. 2., jun.-dez., 2005, p. 221-227.

³¹ ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. In: *Iudica, Giovanni; Zatti, Paolo. Trattato Di Diritto Privato*. Milão: Giuffrè, 2001. p. 56. *Apud*. VANZELLA, Rafael. O Contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista DireitoGV**, v. 1, n. 2., jun.-dez., 2005, p. 221-227.

³² RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 17.

³³ PAULA FORGIONI sustenta que “o estudo dos contratos empresariais desde a perspectiva do mercado – do contexto que lhe dá força e sentido - exige a sua consideração como categoria unitária e autônoma”. Razão pela qual, em sua obra, a autora apresenta os “vetores de funcionamento dos contratos empresariais” . – FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**, *op. cit.*, p. 109.

³⁴ Cumpre observar que, discordando da posição sustentada por FORGIONI, VINÍCIUS KLEIN entende – apoiado pela crítica de TEPEDINO à teoria dos microsistemas e à ideia de fragmentação do sistema jurídico - que a posição mais apropriada é a de que não existe uma teoria geral específica para os contratos empresariais, mas sim um contexto

impende examinar as características que marcam a ambiência empresarial e determinam os caracteres dos contratos celebrados neste contexto de modo a justificar o seu tratamento especial.

BERTOLDI e RIBEIRO³⁵ destacam três características peculiares aos contratos empresariais, como decorrências do próprio histórico do Direito Comercial, quais sejam: a) o caráter dinâmico da propriedade no direito comercial, em contraposição à característica estática como que ela é vista pelo direito civil, impondo assim um tratamento diverso e específico; b) a informalidade como característica dos contratos mercantis, provinda da necessidade de dar maior velocidade aos negócios que são realizados nesse âmbito, fato esse que traz especial relevo ao tratamento que se dá à aparência e à boa-fé dos contratantes; e c) a uniformização de procedimentos e normas atinentes à atividade mercantil, de forma a facilitar as operações empresariais, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

PAULA FORGIONI, por sua vez, inicia ressaltando o aspecto subjetivo para identificação dos contratos empresariais – ou seja, considera-se relevante a apuração dos sujeitos contratantes para o reconhecimento do enquadramento especial aplicável ao contratos interempresariais. Deste modo, primeiramente, destaca-se que a atenção volta-se sobre os celebrados entre sociedades empresária.³⁶ Ainda, em seu processo de formação, os contratos empresariais assumem dinâmica especial, por conta da profissionalidade de ambas as partes contratantes.³⁷

Além da identificação dos polos da relação contratual, FORGIONI também afirma que os contratos empresariais “são aqueles em que os partícipes têm sua atuação plasmada pela procura do lucro”.³⁸ Portanto, é possível afirmar que os contratos empresariais são aqueles em

específico para a aplicação dos princípios e conceitos da teoria contratual. Nas palavras do próprio autor: “A ausência de uma teoria geral dos contratos empresariais não impede que se afirme que estes constituem categoria autônoma, diversa dos contratos de consumo e civis. O processo hermenêutico, realizado a partir de um contexto negocial, é efetivamente diverso da interpretação feita em uma situação de ausência de lucratividade e fora da atividade empresarial. Contudo, a concepção da teoria geral aqui adotada, ao ser mais aberta e principiológica, portanto menos abstrata, não impede que estruturas formais e conceitos abstratos sejam interpretados de forma diversa quando do influxo da realidade fática. Por conseguinte, a posição aqui defendida é a de que os processos hermenêuticos dos contratos empresariais são diferenciados, não em função de normas ou princípios diversos, mas do contexto fático em que eles são aplicados, não havendo que se falar em uma teoria geral dos contratos empresariais”. – KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2013. p. 71.

³⁵ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 9. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 759.

³⁶ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**, *op. cit.*, p. 29.

³⁷ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**, *op. cit.*, p. 75.

³⁸ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**, *op. cit.*, p. 30.

que ambos os polos da relação jurídico-contratual têm sua atividade movida por razões empresariais e, inevitavelmente, também patrimoniais. Mais do que isso, se vislumbra que o vínculo se estabelece em torno ou em decorrência da atividade empresarial de ambas as partes, premidas pela busca do lucro.

Também se evidencia que as contratações empresariais envolvem *riscos*, ou seja, se reconhece a plena possibilidade de que, por razões minimamente previsíveis ou não, restem frustradas as expectativas de orientaram a conclusão do negócio. Deste modo, as empresas se valem do contrato como um instrumento de alocação, entre as partes, dos riscos da atividade econômica exercida.³⁹

Além disso, também é possível aduzir que no âmbito dos contratos empresariais há uma presunção de equivalência de poderes e forças entre as partes contratantes, não havendo, deste modo, uma relação de hipossuficiência e/ou desequilíbrio com relação a definição e compreensão do conteúdo contratual. Tal característica pode ser denominada de simetria de poder de contratação, que será melhor explorada mais adiante no *ponto 3* neste trabalho

A especificidade dos contratos empresariais se dá, portanto, na medida em que nesses contratos: (i) os sujeitos são específicos: os contratantes são empresários com presunção de igualdade material – o que aqui se denomina de *simetria de poder de contratação*; (ii) o risco está presente: por envolver atividade profissional inserida no mercado – “*o risco é seu elemento essencial*”⁴⁰; e (iii) há uma vontade comum: a busca pelo lucro.⁴¹

Assim, como muito bem sintetizam RIBEIRO e GALESKI JÚNIOR ao apresentarem uma definição possível:

“Contratos empresariais são aqueles cujos contratantes são empresários, no exercício de sua atividade profissional. Contratos vocacionados à execução continuada e que reúnem elementos de distinção em relação aos demais contratos em razão de seus sujeitos, de sua história e sua função. Em princípio, seus contratantes, por serem empresários, apresentam condições similares de acesso à informação e análise dos riscos que permeiam toda negociação empresarial. O risco é seu elemento essencial, ainda que eventualmente não seja simples distinguir frustração que pode advir de uma situação de risco e existência de fatores excepcionais capazes de afastar a força vinculante do contrato”.⁴²

³⁹ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**, *op. cit.*, p. 146-147.

⁴⁰ RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 166.

⁴¹ FORGIONI afirma que “[n]os contratos empresariais, ambos [ou todos] os polos são movidos pela busca do lucro, têm sua atividade – toda ela – voltada para a perseguição de vantagem econômica. FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**, *op. cit.*, p. 110.

⁴² RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 17.

As características e as especificidades apresentadas acima, com especial destaque para a presunção simetria de poder de contratação (que será objeto do *ponto 3 infra*), serão exploradas neste trabalho com o intuito de justificar a afirmação feita na introdução de que o contexto dos contratos empresariais se revela como um verdadeiro *habitat* aos negócios processuais – *um local ideal* para celebração de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos.

Previamente, porém, convém examinar o papel da liberdade de contratar e da liberdade contratual⁴³ no contexto dos contratos empresariais, o que se fará por meio da figura da autonomia privada. É a partir da autonomia privada, como princípio vetor de todo e qualquer negócio jurídico⁴⁴, que se pode compreender o perfil que a liberdade nos contratos irá adquirir conforme o contexto em que cada relação contratual vier a se inserir.

2. O princípio da Autonomia Privada

A Constituição brasileira consagra, dentro o seu *rol* de direitos fundamentais, um direito geral à liberdade (art. 5º, *caput*), o qual funciona como uma cláusula geral a permitir o reconhecimento dos demais direitos dela decorrentes, mesmo os não descritos explicitamente no texto constitucional. Ainda, por se tratar de uma faculdade genérica de ação ou omissão, a garantia geral à liberdade concede ao indivíduo ampla possibilidade de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal.⁴⁵ Contudo, identificar os elementos que caracterizam o direito à liberdade e seus desdobramentos não é incumbência simples, tendo em vista a sua enorme ambiguidade.⁴⁶

Neste sentido, a autonomia privada é reconhecida como o princípio fundamental do sistema de direito privado, que tem como pressuposto a liberdade individual, e que se forma a partir do reconhecimento de um âmbito particular de atuação da pessoa, com eficácia

⁴³ A liberdade de contratar é o espaço da pessoa, ditada pelas suas circunstâncias e seus interesses, decidir celebrar ou não a relação contratual; se e quando fazê-lo, com quem fazê-lo. Já a liberdade contratual se revela no estipular o conteúdo da regulamentação dos interesses. Ou seja, a liberdade de contratar está ligada à faculdade de concretização da pretensão de contratar enquanto que a liberdade contratual se amolda no interior da avença e na estipulação da sua substância. HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada...**, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁴ Conforme ressalta FRANCISCO AMARAL, “o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada, e o contrato, o seu símbolo”. AMARAL, Francisco. **Introdução...**, *op. cit.*, p. 384.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; RUFINO, André. Direito geral de liberdade. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *et. al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 219.

⁴⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 93.

normativa.⁴⁷ É por este motivo que LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que autonomia privada decorre do princípio da liberdade.⁴⁸

Contudo, inequivocamente, não há unanimidade na doutrina (nacional ou estrangeira) acerca dos elementos caracterizadores e quanto ao significado e abrangência do conteúdo jurídico do princípio da autonomia privada. Descobre-se, no entanto, que de fato há uma impossibilidade, por razões axiológicas, de se identificar um discurso unitário sobre a autonomia privada. Nos dizeres de PIETRO PERLINGIERI:

“Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas outras juntas”.⁴⁹

Por vezes a autonomia privada é trabalhada conjuntamente com outras terminologias, tais como *autonomia da vontade*, *autorregramento da vontade*⁵⁰, *autonomia negocial*, *liberdade contratual*, *liberdade de contratar* etc. Não obstante, é importante frisar que esses termos não podem ser compreendidos como meros sinônimos, pois, a depender do contexto, possuem significados bastante distintos. Não se trata de mero preciosismo, precisamente em razão do conteúdo axiológico inerente a cada definição.

Assim, como bem adverte RUZYK, referenciando SALVATORE PUGLIATTI e ao também apontar a impossibilidade de identificação de um conceito unitário, a autonomia privada deve ser abordada tendo em conta sua contextualização histórica e ideológica.⁵¹ Razão pela qual, inclusive, LUIZ EDSON FACHIN chega a afirmar que “o princípio da autonomia privada é também um princípio político”.⁵²

Por conta disso, rememora-se rapidamente que o percurso histórico (ocidental) necessário para desvendar os contornos contemporâneos da autonomia privada deve ter como

⁴⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 7. ed. rev. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 343.

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 18.

⁵⁰ PONTES DE MIRANDA critica o termo autonomia por entender, os particulares não podem criar leis. Assim, o autor sustenta a terminologia “autorregramento da vontade”, também sob a justificativa de que “autonomia privada” poderia passar a falsa ideia de que não há qualquer a autorregramento da vontade no âmbito do direito público. Nas palavras do autor: “*O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importante em que ramo do direito*”. – MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. vol. 3, tomo III – Campinas: Bookseller, 2000, p. 3 e 81.

⁵¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 122.

⁵² Nas palavras de FACHIN: “*O princípio da autonomia privada é também um princípio político. O negócio jurídico, ao instrumentalizar a expressão da autonomia privada, concretiza um dos efeitos da liberdade individual, tal como formalmente reconhecido pelo ordenamento jurídico*”. FACHIN, Luiz Edson. **Novo Conceito de ato e negócio jurídicos: consequências práticas**. – Curitiba: EDUCA, SCIENTIA et LABOR, 1988, p. 58.

ponto de partida a ascensão e o triunfo da burguesia, como fruto das revoluções liberais⁵³, iniciadas no final do século XVIII e que se desenvolveram ao longo do século XIX, e que deram origem à concepção de Estado Liberal, passando pela derrocada do liberalismo em razão do advento do modelo de Estado Social já no início do século XX⁵⁴, para só então atingirmos o presente, com a formulação do ideal de Estado Democrático de Direito⁵⁵, com o movimento de *despatrimonialização* ou *repersonalização* do direito civil⁵⁶ a partir da incidência das regras e dos princípios constitucionais⁵⁷, onde entra em cena a dignidade da pessoa humana como valor-guia de todo o ordenamento.⁵⁸

É evidente que no transcurso desta (condensada) preambulação histórica não há uma linearidade precisa e nem uma total suplantação de correntes de pensamento e ideologias. Contudo, é possível começar pinçando o tratamento dado ao conceito de autonomia da vontade, tanto pela doutrina francesa quanto pela doutrina alemã, ambas no século XIX, para realizar a contextualização histórica pretendida.

No contexto francês, o *Code Civil* napoleônico de 1804 representa ruptura, pois significa a abolição e a substituição da variedade do direito civil consuetudinário (marcado por valores e costumes locais, centenários e com resquícios do direito romano – fruto do período medieval e do absolutismo monárquico) por um código único e uniforme para toda a França. A codificação, apresentada como meio racional para sistematização em um único corpo legal todo o direito civil, era um dos anseios dos revolucionários franceses com o intuito de incorporação

⁵³ Com destaque para as revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), mas sem deixar de mencionar a Revolução liberal do Porto (1820) e as chamadas Revoluções de 1830, em vários países europeus. Cf. HOBBSAWN, Eric. J. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

⁵⁴ Afirma-se a derrocada do modelo de Estado Liberal a partir da consagração dos direitos sociais, notadamente pelo advento das constituições do México, em 1917, e da República de Weimar, em 1919. Neste sentido, “*o Estado social é o que se serve do direito para não garantir o status quo, mas como instrumento de reforma social, caracterizando-se, precisamente, pelo primado que concebe ao bem comum e à justiça social como seus objetivos*” AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. *op. cit.*, p. 79; Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 208.

⁵⁵ Tratando sobre o tema da superação entre o privatismo e publicismo processual, RAATZ faz uma interessante colocação: “[f]alar do Estado Democrático de Direito é falar da superação do modelo liberal e do modelo social. (...) A legitimidade do direito produzido no seio do Estado Democrático pressupõe, desse modo, a sua formação a partir de uma operação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos, o que reivindicará uma espécie de imbricação entre autonomia pública e autonomia privada. (...) Isso significa que o Estado Democrático de Direito se contrapõe à relação pendular entre o privado e o público presente na contraposição entre Estado Liberal e Estado Social”. RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil...**, *op. cit.*, p. 86-88.

⁵⁶ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional**. 2. ed. – Curitiba, Juruá, 2008, p. 247.

⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito Civil-Constitucional**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 29.

⁵⁸ HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada...**, *op. cit.*, p. 31.

dos novos valores ideológicos, notadamente visando à consagração e positivação dos direitos e liberdades individuais frente ao Estado.⁵⁹

Ao analisar o contexto francês sob a perspectiva da doutrina de PORTALIS – jurista que integrou a comissão que elaborou o *Code* napoleônico –, RUZYK ressalta que as concepções teóricas que imantaram a elaboração do Código Civil de 1804 evidenciam uma forte vinculação entre liberdade e propriedade (este compreendido como um direito absoluto), tendo ainda essa liberdade por base o dogma da vontade individual, com fundamentos jusnaturalistas, e com limitações bastante tênues. Tais limites eram os definidos em lei, com fundamento no bem-comum (com alusão às abstrações de “ordem pública” e “bons costumes”), contundo, sempre pautado no ideal liberal de limitação das funções do Estado e de não intervenção nas relações interprivadas.⁶⁰

Já no contexto alemão, identifica-se uma forte e evidente influência do pensamento filosófico de IMMANUEL KANT (ainda que com sua inevitável deturpação⁶¹) sobre os juristas alemães para a formação e definição da feição dogmática-jurídica da autonomia da vontade.⁶²⁻⁶³ Com pleno destaque, a filosofia kantiana é apontada como a base da Teoria Voluntarista alemã (*Willenstheorie*), protagonizada sobretudo por FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY⁶⁴, e cujo o conceito de liberdade tem como base a “vontade do indivíduo moral livre, que não vê direcionamentos ditados pela ordem jurídica, a qual deve apenas zelar para que cada indivíduo tenha seu espaço de livre vontade preservado, limitando-se pela liberdade de outros indivíduos”.⁶⁵

⁵⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

⁶⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais...**, *op. cit.*, p. 103-112. Neste sentido, também cabe apontar a descrição feita por UBILLOS: “*Detrás o debajo de esta construcción late uno de los postulados básicos del liberalismo: la tajante separación entre el Estado y la sociedad. El Código Civil se erige entonces en la verdadera carta constitucional de esa sociedad autosuficiente, sancionando los principios de la autonomía de la voluntad y libertad contractual como ejes de la regulación de las relaciones jurídicas inter privados*”. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 264.

⁶¹ Conforme explicita RUZYK, referenciando JOAQUIM SOUZA Ribeiro, “*o espaço reservado pelo direito à liberdade dos indivíduos não é pensado em Kant como autonomia da vontade nos termos, por exemplo, do direito francês do início do século XIX. É um espaço pertinente à autonomia moral, que não é particular, é universal; não se refere a fins específicos atinentes a interesses particulares e a necessidades objetivas, mas sim à conduta moralmente determinada pelo imperativo categórico; não trata de uma vontade contingente, mas de uma vontade que determina a si mesma conforme a razão universal*”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais...**, *op. cit.*, p. 116 e 123.

⁶² LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. *op. cit.*, p. 91.

⁶³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. *op. cit.*, p. 388-389.

⁶⁴ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fund. Calauste Gulbenkian, 1993, p. 390.

⁶⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais...**, *op. cit.*, p. 119.

Como se observa, a corrente voluntarista alemã, conferia um lugar privilegiado à liberdade individual pautada na vontade (real) e admitia uma limitação meramente formal assegurada pela ordem jurídica. A Teoria Voluntarista conformou o modelo alemão do século XIX, mas também acabou por persuadir doutrinas e legislações de diversos países, dentre eles o Brasil, conforme se percebe refletido no Código Civil de 1916.⁶⁶

A utilidade do breve esboço histórico feito acima serve justamente para compreender que houve uma transição na doutrina contemporânea, no sentido de passar a preferir a utilização do termo autonomia privada em detrimento de autonomia da vontade⁶⁷, visto que este último passou a refletir⁶⁸ o perfil ideológico individualista ligado ao liberalismo clássico⁶⁹ e ao voluntarismo exacerbado do século XIX.⁷⁰

Assim sustenta, destacadamente, JUDITH MARTINS-COSTA:

“A expressão ‘autonomia da vontade’ não deve ser confundida com o conceito de ‘autonomia privada’, e nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja a ‘autonomia negocial’. ‘Autonomia da vontade’ designa uma construção ideológica, datada dos fins do século passado [século XIX] por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico (...)”.⁷¹

Em seu viés contemporâneo, a autonomia privada passa a ser compreendida como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício da sua própria vontade, as relações que participam estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.⁷² No entanto, frisa-se que este poder não é mais reconhecido como um poder originário, absoluto e

⁶⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais...**, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁷ HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *In: _____*. (Coord.) **Direito Contratual: temas atuais**. – São Paulo: Método, 2007, p. 46.

⁶⁸ Importante observar que há quem faça a ressalva de que a expressão ‘*autonomia da vontade*’ só ganhou utilidade a partir do momento em que a ideia assim apresentada passou a ser objeto de contestação. Ou seja, os próprios opositores foram também os maiores difusores da expressão. Cf. BACACHE-GIBELI, Mireille. *La relativité des conventions et les groups de contrats*. – Paris: LGDJ, 1996, p. 236. *Apud* NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

⁶⁹ Fruto da inspiração liberal destacada acima, o modelo clássico de contrato funda-se precipuamente em quatro princípios básicos: *pacta sunt servanda*, liberdade contratual, igualdade formal dos contratantes e relatividade dos efeitos do contrato.

⁷⁰ Neste sentido, FERNANDO NORONHA explicita que: “(...) *foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência à mais antiga autonomia da vontade*”. NORONHA, Fernando. **O direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais – Autonomia privada, Boa-fé, Justiça Contratual**. – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113; Cf. NANINI, Giovanni. A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e sua transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *In: LOTUFO, Renan; et al* (Coord.) **Cadernos de Direito Civil-Constitucional**, vol. II. – Curitiba: Juruá, 2010. p. 164.

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. *In: _____*. (Org.) **A reconstrução do direito privado**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 614-615.

⁷² AMARAL, Francisco. **Introdução...**, *op. cit.*, p. 77-79.

ilimitado, exatamente porque deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece e o define limites.

É neste sentido que RUZYK afirma que “o próprio sentido de autonomia privada não é pensado como tendo sua fonte na vontade mesma, mas, sim na ordem jurídica, que chancela o regramento que decorre do exercício da autonomia”. Por isso também conclui que “só é possível pensar em autonomia privada como algo que se insere no jurídico e, nessa medida, deve ser pensada em seus balizamentos”.⁷³

Sendo a autonomia privada reconhecida como um “*poder derivado*” da ordem jurídica, submete-se aos ditames normativos do ordenamento, especialmente ao conjunto de normas (tanto regras quanto os princípios) que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, que estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica.⁷⁴

A partir de uma nova leitura remodeladora do Direito Civil-Constitucional, “ilustrada com as novas cores constitucionais da funcionalização”⁷⁵⁻⁷⁶, se estabelece que “a autonomia privada consiste no poder outorgado pela ordem jurídica à pessoa humana de dirigir

⁷³ O autor compreende a autonomia privada “como o lugar da liberdade, mas também o lugar da sua negação”. Isto porque, ao entender autonomia privada como um poder assegurado formalmente pela ordem jurídica, se revela um sentido de liberdade positiva, mas não necessariamente de liberdade substancial. Nas palavras do autor: “*A ausência de identidade absoluta entre liberdade no Direito Civil e autonomia privada se manifesta, assim, ao menos por duas ‘deficiências’ deste último conceito: a não apreensão da liberdade substancial e o não reconhecimento de juridicidade a manifestações de liberdade positiva que são efetuadas fora do instrumento negôcio jurídico*”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais**..., *op. cit.*, p. 121-131.

⁷⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. *op. cit.*, p. 82.

⁷⁵ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional**. 2. ed. – Curitiba, Juruá, 2008, p. 166.

⁷⁶ Ao explicar a autonomia privada na sua perspectiva funcional, FRANCISCO AMARAL também explica o que significa a funcionalização do institutos: “[a] referência à função social ou econômico-social de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica, nomeadamente a autonomia privada e o seu instrumento de positivação, o negócio jurídico, significa o ‘appròccio’ do Direito com as demais ciências sociais, a Sociologia, a Economia, a Ciência política, a Antropologia, numa resposta às solicitações que a sociedade contemporânea faz ao jurista, considerado não mais como a “figura tradicional de cultor do Direito Privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características civilísticas”, mas atento à realidade do seu tempo, a exigir-lhe uma postura crítica perante a inércia do sistema tradicional em prol de uma ordem mais justa na sociedade. (...) De tudo isso resulta que a funcionalização de um princípio, norma, instituto ou direito implica, na sua positivação normativa, no estabelecimento de limites que o ordenamento jurídico, ou alguns de seus princípios vinculantes, estabelecem ao exercício das faculdades subjetivas (em face de situações concretas) que possa caracterizar abuso de direito. (...) Emprestar ao Direito uma função social, significa considerar que a sociedade se sobrepõe ao interesse individual, o que justifica a ação do Estado no sentido de promover a igualdade material e acabar com as injustiças sociais. Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. (...) A teoria da função econômico-social dos institutos jurídicos é, enfim, produto síntese das tendências axiológicas contemporâneas que levam à chamada economia dirigida. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica perspectivas estrutural e funcional. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 2, São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 2010, p. 579.

sua vida seja na feição existencial⁷⁷ seja no plano negocial, determinando-se a si mesmo ou regulando suas relações, consoante a sua própria vontade e nos limites impostos pelo Direito”.⁷⁸

Conforme se observa, o conceito de autonomia privada não possui exata correspondência semântica com a liberdade contratual, porém há uma estrita relação entre os dois conceitos. Tal distinção e correlação é muito bem apontada por ANTUNES VARELLA:

“(…) uma coisa é, na verdade, a faculdade reconhecida pelos particulares de fixarem, livremente, segundo o seu critério, a disciplina vinculativa de seus interesses, nas relações com as demais criaturas (autonomia privada). E outra coisa, embora estritamente relacionada com essa, é o poder reconhecido às pessoas de estabelecerem, de comum acordo as cláusulas reguladoras (no plano do Direito) dos seus interesses contrapostos (liberdade contratual) que mais convenham à sua vontade comum”.⁷⁹

É necessário frisar, porém, que afirmar que a existência de uma “moldura legal limitadora” que restringe seu espaço de atuação, contudo, não significa a sua eliminação ou total descaracterização. Afinal, no âmbito do Estado Democrático de Direito, todo e qualquer poder tem suas limitações, e assim também deve ser com a compreensão da autonomia privada.

A análise funcional de cada relação contratual, não deve ser entendida como uma negação da livre iniciativa⁸⁰, da autonomia privada ou da liberdade de contratar, mas sim como a valorização de uma conformação de um perfil de liberdade que vai além da liberdade negativa.⁸¹⁻⁸²

⁷⁷ Como também se percebe do conceito transcrito acima, buscando abranger não só as relações patrimoniais, em seu viés contemporâneo, a autonomia privada também passa a ser abordada em um duplo aspecto: “a *autonomia negocial*, que é o poder conferido à pessoa de regular seus interesses, celebrando negócios jurídicos; e a *autonomia existencial*, que é a liberdade de a pessoa traçar seus rumos, determinando-se a si mesma” HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada...**, *op. cit.*, p. 210.

⁷⁸ HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada...**, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁹ ANTUNES VARELLA, João de Matos. **Das obrigações em geral.**, vol. I. 10. ed. – Coimbra: Almedina, 2000, p. 226.

⁸⁰ Constitucionalmente assegurada como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e da a ordem econômico-financeira, nos termos do art. 1º, inciso III e art. 170 da Constituição Federal de 1988.

⁸¹ A construção histórica da autonomia privada ocorre na conjugação entre liberdade negativa e liberdade formal. O conceito de “*liberdade negativa*” consiste no espaço de ausência de coerção (ausência de restrições externas, especialmente pelo Estado). Este espaço de ausência de coerção no campo jurídico é assegurado por meio da liberdade formal, ou seja da liberdade abstratamente considerada, independentemente da sua possibilidade efetiva de exercício na esfera concreta de cada um dos cidadãos. Na seara das relações privadas, os conceitos de liberdade negativa e formal são pontos de partida indispensáveis para a compreensão da autonomia privada. Esta se define como o poder de autorregulamentação dos interesses dos particulares, sobretudo por meio de negócios jurídicos. A autorregulamentação é, em si mesma, expressão ainda que pontual da liberdade positiva (a possibilidade de o seu titular ser senhor de si mesmo e livre para exercer escolhas vinculantes), exercida em um espaço de não coerção (liberdade negativa) abstratamente assegurado pela ordem jurídica (liberdade formal). Neste sentido, Cf. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais...**, *op. cit.*, p. 24-37.

⁸² Também se faz interessante colacionar os apontamentos de ENZO ROPPO acerca das transformações do conceito de contrato, a partir da compreensão de uma noção realista do princípio da autonomia privada, para afirmação da liberdade contratual e distinção do dogma da vontade: “*O contrato, portanto, transforma-se, para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica de cada época prevalente. Mas justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é – e continua a*

Remodelar o princípio da autonomia privada é orientá-lo e repensá-lo em prol da dignificação do homem, sopesando-o com a solidariedade social.⁸³⁻⁸⁴ Afirma-se, deste modo, que na realidade a “ética contratual contemporânea é integrada pela solidariedade social, o que de modo algum anula a autonomia privada”.⁸⁵ Neste sentido, são preciosas as lições de PAULO NALIN⁸⁶:

“Neste diapasão, mantém-se válida a lição de que a autonomia privada constitui-se na possibilidade legal de auto-regulamentação de interesses jurídicos, enquanto espaço livre, destinado aos operadores do Direito. A liberdade jurídica transforma-se em liberdade econômica, alimentando o mercado da livre concorrência. Entende-se, por outro lado, que não pode mais haver tolerância, no sentido de que essa liberdade, atribuída pelo Direito para o autojuízo de interesses privados, se mantenha, como diz Perlingieri, no centro do ordenamento jurídico, sempre em uma perspectiva individualista (dogma da autonomia da vontade). A vontade do sujeito é resguardada pelo ordenamento jurídico, mas em perspectiva coletiva. Nesse momento se abre o plano jurídico, sobre tudo o constitucional, para dar nova forma ao princípio”.⁸⁷

É sem ignorar este contexto social contemporâneo, que se afirma que a própria autonomia privada, pensada como liberdade formal, não pode ser assumida como fonte de

*ser – a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica. Está agora claro que as transformações do instituto contratual (...) não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, portanto, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correcta: autonomia privada, portanto, não como sinónimo de ‘autonomia da vontade individual’, nas como forma jurídica e legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir o lucro ou então, de actuar segundo as conveniências de mercado historicamente determinado. Por outras palavras, as tendências objectivistas do direito moderno não vão necessariamente contra o princípio da autonomia privada, porque este – como já se tinha advertido – não se identifica como o ‘dogma da vontade’”. – ROPPO, Enzo. **Do Contrato**, op. cit., p. 310-311.*

⁸³ Conforme se observa, “[a] tensão entre liberdade individual e solidariedade social – especificada, em relação à ordem econômica, no conflito entre livre iniciativa e justiça social – não se resolve com recurso à normativa constitucional. Ao contrário, está ali, na própria Constituição Federal, a origem desta tensão. Com efeito, a ordem econômica (arts. 170 e ss.), na qual se insere a ordem contratual, caracteriza-se por tentar articular a livre iniciativa com a justiça social”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108-114; p. 286-298.

⁸⁴ Conforme nos ensina FACHIN: “Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social”. – FACHIN, Luiz Edson. *Contratos na ordem pública do Direito Contemporâneo*. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 462.

⁸⁵ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**, op. cit., 2013, p. 125.

⁸⁶ Com o intuito de reconstruir o conceito de contrato em seu contexto pós-moderno, PAULO NALIN apresenta um conceito de contrato interprivado como sendo uma “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros” (**Do Contrato**, op. cit., p. 253). O Autor defende que seria incorreto declararmos um conceito único de contrato na atualidade, baseando-se na inexistência de um único conceito de contrato que abarque os vários tipos contratuais tão dispares. Deste modo, NALIN afirma que o contrato é uma relação complexa solidária norteadas pela eliminação da pobreza e na redução de desigualdades. Pautado no que preferiu denominar de “axioma”, fruto da crise do conceito moderno de contrato relatado ao longo da sua obra, NALIN busca abarcar a compatibilidade do mercado com a normativa constitucional soberana da solidariedade, estabelecendo um conceito de contrato funcionalizado e destinado à realização de valores outros que não somente os patrimoniais.

⁸⁷ NALIN, Paulo. **Do contrato**, op. cit., p. 169.

autorregramento igualmente aplicável a todos os contextos contratuais, em sua extensão plena.⁸⁸

Explica-se: embora os contratos, ordinariamente, tenham por pressuposto lógico o negócio jurídico, os diferentes contextos de contratação determinarão maior ou menor extensão do espaço de liberdade negativa para o exercício das escolhas vinculantes às partes (liberdade positiva).

O maior ou menor grau de vulnerabilidade relacional dos sujeitos contratantes pode justificar limitações mais ou menos intensas à liberdade desses sujeitos na relação contratual, sendo que essas limitações são impostas, não raro, pelo próprio legislador, como ocorre, por exemplo, na seara das relações de consumo, em que se presume, *a priori*, a existência de vulnerabilidade.

Isso não ocorre, porém, no âmbito das relações empresariais. Ainda que a autonomia privada sempre parta de certos limites (afinal, é exercida em um espaço de não coerção, como liberdade negativa), é certo que, na relação em que as partes são presumivelmente dotadas de razoável patamar de paridade, as limitações devem ser compreendidas não sob a perspectiva primordial da proteção de um dos contratantes, mas sim precipuamente de resguardar interesses de terceiros ou de normas que visem a atender normas de ordem pública.⁸⁹

É sob a perspectiva desse lugar interno ao espaço de não coerção, em que os interesses privados podem ser regulados, que se desenvolve a proposta de investigação deste ensaio. Ou seja: trata-se de compreender aquilo que na ambiência própria da relação entre empresários pode ser objeto de escolha livre, no atendimento das pretensões de eficiência da relação econômica e dá base ao contrato como instituto jurídico.

⁸⁸ RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 18.

⁸⁹ Conforme ensina PAULO NALIN, o princípio da função social (previsto no art. 421 do Código Civil) pode ser analisada sob dois prismas: o *intrínseco*, que é mais ligado à observância dos demais princípios como a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual etc.; e o *extrínseco*, referente à observância dos direitos da coletividade (NALIN, Paulo. **Do contrato**, *op. cit.*, p. 223-224). Neste sentido, VINÍCIUS KLEIN explicita que “[o] princípio da função social de contratar tem como principal consequência, no âmbito dos contratos empresariais, a possibilidade de se questionar interesses da coletividade ou de terceiros que sejam afetados por um determinado contrato, flexibilizando a concepção clássica do princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Desse modo, qualquer avença entre dois empresários que afete interesses como os dos consumidores, trabalhadores, meio ambiente, concorrência, entre outros, pode ser questionada por entidades representativas desses interesses”. KLEIN, Vinicius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**, *op. cit.*, 2013, p. 83-85.

A compreensão disso demanda exame do conceito de simetria de poder de contratação. É que a assimetria radical pode restringir liberdade substancial⁹⁰, afastando o acesso de um contratante ao exercício efetivo da autonomia privada, que é sempre formalmente assegurada. Quando há vulnerabilidade efetiva ou presumida, a ordem jurídica, em razão desse déficit de liberdade substancial, estabelece restrições à autonomia privada. Quando esse déficit não é expressivo – ou, ao menos, não pode ser presumido –, as restrições devem ser menos acentuadas.

Daí porque, a seguir, a liberdade positiva⁹¹ decorrente da simetria de poder de contratação no âmbito do contrato empresarial será objeto de análise.

3. Simetria de poder de contratação: a presunção relativa de igualdade material e o contrato empresarial como vínculo de cooperação.

Como manifestação da liberdade, a autonomia privada só pode se concretizar quando não há supremacia de uma parte sobre a outra ou, melhor dizendo, quando a outra não tem como, licitamente, impor sua vontade.⁹² Assim, conforme já dito, a autonomia privada não pode ser concebida como o espaço livre e desimpedido onde os particulares possam autorregular seus interesses, máxime quando o poder privado submete o outro juridicamente vulnerável.⁹³

Conforme observa PAULO NALIN, “a ideia de restrição da autonomia privada vem atrelada, corriqueiramente, a atuação legislativa, por meio de microssistemas jurídicos ou de leis extravagantes, especiais à regra geral do Código Civil, e que buscam, nas relações contratuais específicas, minimizar diferenças econômicas e sociais entre contratantes”.⁹⁴

Tais limites acabam por restringir o espaço da autonomia, notadamente com o intuito de ampliar a incidência de normas cogente e imperativas ou proibitivas, que muitas vezes possuem o propósito específico de proteger o contratante presumivelmente vulnerável – a

⁹⁰ RUZYK adota o pensamento de AMARTYA SEN, que na realidade utiliza o termo “liberdade efetiva”, para definir liberdade substancial como sendo: “a possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que importa, necessariamente deter um conjunto mínimo de capacidades”. – RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais...**, *op. cit.*, p. 56-57.; SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 32-34.

⁹¹ *Vide nota 82 supra*.

⁹² HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada...**, *op. cit.*, p. 101.

⁹³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral.**, *op. cit.*, p. 92.

⁹⁴ NALIN, Paulo. **Do contrato**, *op. cit.*, p. 165.

exemplo do que ocorre no caso do trabalhador, do inquilino, do segurado, do autor, do promitente comprador, do consumidor e do aderente em contrato de adesão.⁹⁵

Como já antecipado no ponto 1 *supra*, em que apresentamos as especificidades do contexto dos contratos empresariais, a presunção de equivalência é um dos atributos destes contratos e que tem a finalidade precípua de diferenciá-los dos contratos nos quais há uma presunção legal de hipossuficiência ou de vulnerabilidade de uma das partes contratantes.

Assim, diferentemente dos contratos de consumo, trabalho etc., em que há essa presunção legal, nos contratos empresariais, por outro lado, o esperado é que os sujeitos estejam em condições de discussão e acertamento de interesses de forma aproximadamente equilibrada e, por estarem em posições equivalentes, estariam também aptas a exercer com liberdade sua autonomia privada.⁹⁶

Esta presunção relativa de equivalência material decorre do pressuposto de que as partes contratantes em contratos empresariais: (i) possuem conhecimento e experiência em questões econômico-financeiras e de negócios em geral, de modo que estes são capazes de identificar vantagens, desvantagens e riscos potenciais de retorno de cada relação jurídica; (ii) estão devidamente assessorados por executivos e profissionais competentes (v.g., advogados, contadores e assessores em geral); e (iii) conduziram investigações independentes acerca do negócio jurídico pretendido (v.g., mediante realização de auditorias técnicas e operacionais, pesquisas de campo, *due diligence* etc.).

Não se descuida que, considerando o Direito Contratual contemporâneo, moldado após as transformações do Direito Contratual clássico, a intervenção estatal, mesmo nos contratos empresariais sempre existiu e continuará a existir.⁹⁷ Afinal, como explicitado acima, quando da análise do conceito contemporâneo de autonomia privada, os novos paradigmas não mais permitem que se observem apenas os valores do individualismo, como antes.⁹⁸

⁹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral.**, *op. cit.*, p. 92.

⁹⁶ RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica.** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 18.

⁹⁷ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**, *op. cit.*, 2013, p. 125.

⁹⁸ TERESA NEGREIROS propõe, a partir de ensaios do professor ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o “*paradigma da essencialidade*” para uma reclassificação dos contratos, de sorte que, quanto mais essencial o bem da vida objeto do contrato, maior deverá ser a ingerência de normas de ordem pública, pois mais intensa sua função social, haja vista a “*primazia das situações existenciais sobre as situações patrimoniais*”. Os contratos existenciais, conceituados como “*aqueles em que, ao menos para uma das partes contratantes, não há objetivo de lucro, de modo que, para esta parte, o objeto prestacional se caracteriza mais pela sua expatrimonialidade do que pela sua patrimonialidade*”. Assim, a Autora compreende que, quanto maior a essencialidade, maior deverá ser a

Contudo, é imperioso destacar que também se faz necessário distinguir o contexto negocial de cada relação jurídica estabelecida para se determinar qual será a extensão do exercício da autonomia privada – compreendida como o espaço de liberdade negativa para o exercício das escolhas vinculantes às partes (liberdade positiva). Isto porque, como já dito anteriormente, ainda que o ordenamento seja efetivamente unitário, unitárias não são as soluções que os mesmos princípios vetores ofertarão a relações jurídicas travadas por diferentes sujeitos em diferentes contextos. É neste sentido que se corrobora a conclusão de VINÍCIUS KLEIN ao afirmar que:

“(…) O processo de constitucionalização do Direito privado necessariamente engloba o Direito empresarial e os contratos empresariais, sob pena de ofensa aos princípios da supremacia da Constituição e da unidade do ordenamento. (...) Os contratos empresariais não estão imunes à aplicação dos princípios da função social, da boa-fé objetiva, equilíbrio contratual, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Entretanto, a influência desses princípios nos contratos empresariais, em regra de natureza patrimonial e sem partes vulneráveis, produz resultados diversos do que nos contratos existenciais ou que envolvem vulneráveis”.⁹⁹

Sustenta-se, deste modo, que a presumível ausência de um déficit relevante de liberdade substancial entre os contratantes na relação empresarial, ao mesmo tempo em que amplia o espaço de liberdade para a realização de escolhas, se associa a esse aspecto negocial e colaborativo – que, ao fim e ao cabo, é próprio de todos os processos obrigacionais, na linha do que ensina COUTO E SILVA¹⁰⁰ -, mas apresenta especial relevância quando se está a tratar de relações entre empresários, nas quais são, não raro, desenvolvidos empreendimentos comuns.

Afinal, conforme muito bem observa FORGIONI, “[n]o correr da segunda metade do século XX, a forma de fazer negócios alterou-se; contemporaneamente, o desenrolar da

interferência estatal. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim*.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e STEINER Renata Carlos. O paradigma da essencialidade nos contratos: recensão da obra de Teresa Negreiros. – São Paulo: **Revista direito GV**, v. 4 (2), jul.-dez., 2008, p. 569-582.; BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **RBDCivil**, v. 6, out./dez. 2015, p. 69-94, p. 89. Porém, como visto acima, no contexto dos contratos empresariais (tópico 1 *supra*), ao seu revés, se pressupõe que ambas as partes contratantes visam o lucro ao exercer sua liberdade contratual na conjuntura de sua atividade profissional organizada e sendo o risco um elemento essencial da relação. Razão pela qual se justifica defender que o *dirigismo contratual* (interferência estatal) deve ser pensando em grau diferenciado, vale dizer: em posição menos elevada do que nos casos em que há uma presunção legal de vulnerabilidade e/ou hipossuficiência de uma das partes contratantes.

⁹⁹ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**, *op. cit.*, 2013, p. 282.

¹⁰⁰ CLÓVIS DO COUTO E SILVA propõem que a obrigação seja vista – em sua totalidade – como um processo, isto é, uma sucessão de fases que visa à satisfação dos interesses do credor. Porém, ressalta-se que nos negócios bilaterais, o interesse conferido a cada participante da relação encontra sua fronteira no outro figurante, ambos dignos de serem protegidos. Essa concepção pode e deve ser aplicada aos contratos empresariais, principalmente porque os negócios celebrados entre sociedades empresárias costumam ser complexos, por reunir diversos tipos de obrigações inter-relacionadas e interdependentes, que representam a operação econômica pretendida. SILVA, Clóvis Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, *passim*.

atividade de cada empresa liga-se cada vez mais à sua colaboração com outras”.¹⁰¹ Também segundo a mesma Autora, “[a]s empresas passam a se valer intensamente de ‘formas [contratuais] híbridas’; a viabilização jurídica da associação entre agentes econômicos é agora também realizada de novas maneiras, despregada das fórmulas tradicionais oferecidas pelo ordenamento jurídico, para acomodar interesses em empreendimentos comuns”.¹⁰²

Afirma-se, assim, cada vez mais a passagem do contrato como simples acordo de vontades representantes de interesses opostos, à noção de contrato como vínculo de cooperação.¹⁰³ Frisa-se que o dever de cooperação deve estar presente em todas as formas de atividades contratuais, sejam as mais simples ou complexas, ou as instantâneas ou de longa duração.

Ainda que se reconheça que nos contratos de longa duração, “a satisfação dos interesses contratuais depende da continuidade e do prolongamento do vínculo obrigacional de modo a exigir das partes uma cooperação contínua para a persecução da finalidade contratual”¹⁰⁴, afirma-se que mesmo nos contratos descontínuos também existe a necessidade da presença de cooperação em sua porção mais básica para que a troca entre as partes possa se aperfeiçoar.¹⁰⁵

Leva-se em conta, deste modo, que o princípio da boa-fé contratual se baseia na cooperação e na lealdade, e assim, o dever de cooperação é uma obrigação de não impor a seus contratantes custos desnecessários. Ao credor recai o dever negativo de não criar obstáculos ao

¹⁰¹ Como visto, os contratos concretizam e possibilitam a atuação das empresas no mercado, formando seu substrato. Neste contexto, PAULA FORGIONI propõe uma classificação em duas categorias: *contratos de intercâmbio* (onde há uma contraposição de interesses das partes contratantes, que se representa pela coparticipação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos – isto é, o incremento da vantagem econômica de uma parte tende a representar a diminuição do proveito econômico da outra.) e *contratos de sociedade* (quando os agentes econômicos se utilizam de um dos tipos de sociedades mercantis legalmente previstos para efetivar associações ou cooperações com terceiros). Os *Contratos de Colaboração*, por sua vez, podem ser definidos como tendo forma híbrida, ou seja, intermediária entre as duas categorias porque apresentam plurititularidade e cooperação. – FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**, *op. cit.*, p. 180-206.

¹⁰² *Ibidem*, p. 193.

¹⁰³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. *In*: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord.) **Direito contratual: temas atuais**. – São Paulo: Método, 2007, p. 27; CLÓVIS DO COUTO E SILVA afirma que as partes não mais ocupam posições antagônicas na relação contratual, sendo essa uma das razões para análise da “*relação obrigacional como um todo*”. SILVA, Clóvis Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19.

¹⁰⁴ MERCADANTE, Julia Pacífico. Dever de Renegociação nos Contratos de longa duração. *In*: REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes (Coord.). **Estudos aplicados de direito empresarial: contratos**. – São Paulo: Almedina, 2016, p. 221-269, p. 233.; KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**, *op. cit.*, 2013., *passim*. SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longa duração e dever de cooperação**. – São Paulo: Almedina, 2016, p. 27.

¹⁰⁵ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longa duração e dever de cooperação**. – São Paulo: Almedina, 2016, p. 84-85.

adimplemento, e para o devedor, tal cooperação impõe o dever positivo de cooperar com o cumprimento da obrigação.¹⁰⁶

No âmbito dos contratos empresariais, apenas se adverte que a boa-fé objetiva é também exigida na busca dos ganhos contratuais, sem desconsiderar, contudo, o seu contexto negocial específico. Neste sentido, conforme muito bem sustenta VINÍCIUS KLEIN:

“No âmbito dos contratos empresariais a boa-fé objetiva é aplicável, entretanto, respeitando-se o contexto negocial. Afinal, a boa-fé já constava do Código Comercial de 1850, mesmo que em contexto diverso. Assim, o grau de esclarecimento presente num contrato entre duas empresas sofisticadas não é o mesmo que o exigido na relação de consumo. Todavia, o comportamento leal, com a disponibilização das informações essenciais à realização do negócio e a conduta cooperativa, de modo a executar o objeto contratual, é claramente exigível num contrato empresarial. Afinal, o respeito aos interesses legítimos e às expectativas razoáveis dos outros contratantes não impede que determinada empresa obtenha lucro ou prejuízo com as transações realizadas”.¹⁰⁷

Ainda, em razão das especificidades apresentadas no tópico 1 *supra*, que dão suporte à existência de um pressuposto da simetria de poder de contratação, atreve-se afirmar que a interpretação dos contratos empresariais deve ser no sentido de se respeitar o conteúdo negocial livremente definido pelas partes contratantes e de se evitar a alterabilidade de suas cláusulas, salvo situações absolutamente excepcionais. Neste sentido, RIBEIRO E GALESKI JUNIOR apontam precisamente que:

“Nos contratos empresariais, tomados no sentido de contratos utilizados pelos agentes econômicos no exercício de sua atividade profissional, de forma essencial à consecução do objeto da empresa, e, que apresentam nos dois polos empresários, a existência normativa hermenêutica específica é ínfima, ganhando destaque a possibilidade de interferência mais ampla do Poder Judiciário em sua interpretação, por aplicação dos princípios gerais do direito contratual. Em tais contratos, em regra, as partes serão tidas em igualdade de condições quanto à capacidade de expressar sua vontade, e, fruto de sua especificidade, o risco é um elemento indissociável da sua conformação. A existência do fator risco distancia a aplicação da imprevisão e da onerosidade excessiva como fatores justificadores de alterabilidade de suas cláusulas, salvo situações absolutamente excepcionais”.¹⁰⁸

Em suma: afirma-se que a ambiência própria da relação entre empresários que admite ser objeto de escolha livre e a finalidade econômica comum, derivada das escolhas livres dos contratantes, acaba por vinculá-los a um encadeamento de atos devidos, mesmo que não se confundam com a prestação principal, e que têm, todos eles, o mesmo sentido, guiado por um

¹⁰⁶ Conforme ensina CLÓVIS DO COUTO E SILVA, em razão do princípio da boa-fé, a concepção da relação obrigacional é a de uma ordem de cooperação, amenizando-se a posição de credor, que passa a ter deveres, como os de “*indicação e de impedir que a sua conduta venha a dificultar a prestação do devedor*”. SILVA, Clóvis Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 97.

¹⁰⁷ KLEIN, Vinicius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**, *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁸ RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 225.

mesmo vetor: o atendimento do regular adimplemento que resulta no benefício econômico razoavelmente esperado pelas partes.

É neste sentido que PINHEIRO e SAADI¹⁰⁹ também sustentam que a cooperação é a convergência de interesses e, no campo do direito contratual, auxilia os contratantes a maximizar seus benefícios, demonstrando que a cooperação não é um conceito unitário ou altruísta, mas visa sobretudo a maior eficiência contratual.

O desenvolvimento desse processo obrigacional colaborativo e livre dos contratos empresariais é o contexto ideal para o florescimento de diversos negócios processuais (tanto os típicos quanto os atípicos, mas com especial destaque para os atípicos a partir dos pressupostos da cláusula geral do art. 190 do NCPC – conforme se demonstrará no Capítulo II a seguir), de modo a oferecer às partes a possibilidade de redução de seus custos de transação e obtenção mais eficiente, portanto, da finalidade econômica-contratual.

Antes de adentrar ao tema específico dos negócios jurídicos processuais, se faz necessário, entretanto, observar as premissas da Análise Econômica do Direito com o intuito específico de compreender o significado do conceito de custos de transação e a sua aplicabilidade no presente ensaio.

CAPÍTULO II – NEGÓCIO JURÍDICOS PROCESSUAIS E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

4. Análise Econômica do Direito e a Economia dos Custos de Transação

A Análise Econômica do Direito (AED) nada mais é do que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico.¹¹⁰

Não nos é muito relevante, para a finalidade deste ensaio, realizar um estudo minucioso acerca do histórico do movimento de aproximação entre o Direito e Economia.¹¹¹

¹⁰⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Campus, 2005, p. 127-129.

¹¹⁰ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano (Org.) **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012., p. 14.

¹¹¹ Para se verificar o desenvolvimento histórico da AED, conferir: ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.; MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: *Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 65-117. Apud RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 53-67;

Nos basta apenas compreender que “(...) a Análise Econômica do Direito é essencialmente um movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência social econômica, especialmente os elementos valor, utilidade e eficiência”.¹¹²

No que se refere aos contratos, a AED “atenta não apenas para a questão da formação dos contratos, mas, também para determinar quais os pactos que merecem proteção e quais as consequências do descumprimento do contrato, assim como questões acerca da melhor consecução do contrato diante das lacunas e falhas de mercado e o papel dos Tribunais”.¹¹³⁻¹¹⁴

Considerando o tema específico deste trabalho, descrito na introdução, interessa-nos aqui, tão somente, apreender o conceito de custos de transação, como ferramenta útil à compreensão da relevância finalística da inserção de negócios jurídicos processuais em contratos empresariais.

Os custos de transação são objeto da Nova Economia Institucional (NEI), escola de pensamento capitaneada por OLIVER WILLIAMSON e DOUGLAS NORTH, a partir dos escritos de RONALD COASE¹¹⁵, que tem como premissas orientadoras: (i) as instituições¹¹⁶ são importantes para análise econômica; (ii) a determinação dessas instituições pode ser compreendida e explicada por meio do instrumental da teoria econômica; (iii) as instituições afetam o desempenho econômico de maneira sistemática e preditiva.¹¹⁷

Ainda, a NEI possui como princípios fundamentais: i) a assunção de que os indivíduos seguem o auto interesse consoante com a sua racionalidade, a qual a sujeita a

¹¹² RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos**, *op. cit.*, p. 69.

¹¹³ *Ibidem*, p. 129-130.

¹¹⁴ Conforme aponta FERNANDO ARAÚJO acerca da utilidade da análise econômica de contratos: “a análise econômica privilegia como função básica dos contratos a de permitir comunicar, entre sujeitos, metas de conduta, pressupondo-se que esses sujeitos começam por acordar entre eles a combinação de direitos substantivos em que se traduz o benefício mútuo que se pode resultar da transacção (as balizas com que podem aferir as suas “disposições” negociais e a dimensão dos seus ganhos e perdas), para só depois disso se debruçarem sobre o problema adjectivo ou instrumental, o da formulação dos deveres de conduta que possam espelhar a transacção desejada (um determinado nível de diligência no desempenho das obrigações assumidas) – tudo isso num ambiente de imperfeições e custos (...)”. – ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 17.

¹¹⁵ A origem da NEI remonta ao artigo seminal de RONALD COASE, *The Nature of the Firm* de 1973, mas o uso do termo, de modo a designar uma proposta autônoma de teoria econômica, é atribuído a OLIVER E. WILLIAMSON, no seu livro *Markets and Hierarchies* de 1975. – Cf. KLEIN, Vinicius. **A Economia dos Contratos: uma análise microeconômica**. Curitiba: CRV, 2016, p. 129-143.

¹¹⁶ As instituições representam, genericamente, as “regras do jogo”, e estabelecem “um complexo de ações possíveis que devem ser consideradas como parte de um sistema, e que compõe o sistema formal de instituições, quando incorporadas pelo direito, e o informal, na hipótese de não incorporação”. – RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos**, *op. cit.*, p. 186.

¹¹⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira.; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e a Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Orgs.). **Análise Econômica do Direito: uma introdução**. – Belo Horizonte: Fórum, 2011., p. 124.

limitações mais numerosas do que aquelas assumidas pelos neoclássicos¹¹⁸; ii) os indivíduos buscam a maximização da riqueza, cuja a concepção é persecução de estruturas institucionais que aprimorem a capacidade de produção da sociedade.¹¹⁹

Partindo das premissas e princípios que regem a NEI, encontra-se a Teoria da Economia dos Custos de Transação (ECT).

A principal crítica da ECT se dirige às premissas da teoria neoclássica e a presunção de perfeição do mercado. Isto porque, o mercado para a teoria neoclássica encontra o perfeito equilíbrio entre oferta e demanda, não se concedendo relevância para as variáveis relacionadas ao custo de se negociar ou fazer cumprir os acordos. Ocorre, entretanto, que em relações reais de mercado tais custos são sempre presentes e influem diretamente na interação entre os agentes econômicos.¹²⁰

Exatamente por adotar como premissa comportamental a racionalidade limitada (*bounded rationality*) e considerar o oportunismo das partes, que a ECT não ignora a existência de tais custos.¹²¹ Neste sentido, ZYLBERSTAJN e STAJN, ao tratarem da contribuição de WILLIAMSON, explicam que:

“O conceito básico da ECT é que existem problemas futuros potenciais nos contratos, problemas esses que são antecipados pelos agentes que desenham os arranjos institucionais no presente. Os agentes podem descumprir promessas, motivados pelo oportunismo e pela possibilidade de apropriação de valor dos investimentos de ativos específicos. Na impossibilidade de desenhar contratos completos (decorrência da racionalidade limitada), as lacunas são inevitáveis. Os agentes, potencialmente oportunistas, sentir-se-ão estimulados a romper ou adimplir os contratos, sendo justificável a existência de um corpo legal, formal, de normas, que se soma às regras informais, para disciplinar o preenchimento das lacunas. (...) Os agentes abster-se-ão de quebrar os contratos se os custos de rompimento forem maiores do que o benefício de fazê-lo”.¹²²

Define-se, deste modo, que os custos de transação são os custos incorridos pelas partes no processo de efetivação de uma negociação.¹²³ Os custos de transação podem ser de três tipos: (i) custos de busca e obtenção de informações; (ii) custos de negociação e formulação

¹¹⁸ O pensamento econômico chegou a admitir que as condutas humanas seriam norteadas por uma racionalidade econômica absoluta. Segundo essa visão, (dita “econômica neoclássica”), a decisão individual decorreria de uma ponderação intelectual sobre os benefícios e as desvantagens envolvidos numa situação concreta. Logo, sempre prevaleceria a escolha pela alternativa mais vantajosa.

¹¹⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira.; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e a Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Orgs.). **Análise Econômica do Direito: uma introdução**. – Belo Horizonte: Fórum, 2011., p. 125.

¹²⁰ RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos**, *op. cit.*, p. 105.

¹²¹ KLEIN, Vinicius. **A Economia dos Contratos**, *op. cit.*, p. 143.

¹²² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. In: _____ (org.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005., p. 8-9.

¹²³ BETRAN, Maria Paula Costa. **A Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito: o caso da revisão dos contratos de leasing**. – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 61.

de acordo; e (iii) custos para garantir a execução do contrato. Nos dizeres de WILLIAMSON são “os custos *ex ante* de rascunhar, negociar e salvaguardar um acordo e, especialmente, os custos *ex post* decorridos da má adaptação e necessidade ajustamento, emergente de ocasiões em que a execução contratual é comprometida por lacunas, erros, omissões e perturbações não preditíveis”.¹²⁴

Os custos de transação também podem ser compreendidos como os custos de fazer negócios ou os custos de utilização do mercado e não está relacionada a fatores de produção ou aos bens e serviços em si. Como se costuma afirmar “os custos de transação saem do bolso de uma das partes, mas não entra do bolso da outra”.¹²⁵

Por serem “pura ineficiência e mero atrito na relação comercial entre dois agentes, indisponível para uso útil”¹²⁶, os custos de transação se inserem nos estudos das *falhas de mercado* e relacionam-se com a *assimetria de informações*, que ocorre quando uma das partes de uma transação possui mais informações do que a outra.¹²⁷ Nas lições do próprio RONALD COASE:

“Afim de efetuar uma transação no mercado, é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação, informar às pessoas que se quer fazer a transação e em que termos, conduzir as negociações que levam a um acordo, redigir o contrato, realizar as inspeções necessárias para assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Com frequência, estas operações são extremamente dispendiosas, ou, de qualquer modo, custosas o suficiente para inviabilizar muitas operações que seriam realizadas em um mundo no qual o sistema de determinação de preços funcionasse sem custos”.¹²⁸⁻¹²⁹

¹²⁴ WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 267.

¹²⁵ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menego. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano (Org.) **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012., p. 167.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 168.

¹²⁷ Há dois problemas específicos que podem ser causados pela assimetria de informações: seleção adversa e risco moral (*moral hazard*). A seleção adversa ocorre quando uma das partes está mal informada sobre as qualidades de um produto ou serviço específico, mas sabe apenas a qualidade média dos produtos daquele mercado. Nesse caso, a parte mal informada, por conta de sua incerteza, exigirá um prêmio/desconto para participar de uma transação. Os vendedores que tiverem bens de boa qualidade não conseguirão um bom preço por seus produtos e, em consequência, sairão do mercado. A seleção adversa, ao afastar agentes do mercado (os produtores com bons produtos), impede diversas transações. Portanto o número de transações efetuadas é menor do que a quantidade suficiente. O risco moral, por sua vez, significa que uma parte tem incentivos para alterar seu comportamento de forma prejudicial à outra parte, sem que esta possa saber ou impedir essa alteração. TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menego. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano (Org.) **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012., p. 166-167

¹²⁸ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 114.

¹²⁹ Vale indicar também que, na hipotética ausência de custos de transação, problemas de externalidades seriam facilmente resolvidos pelas partes, visto que negociações a fim de atingir soluções eficientes teriam custo zero. É com base nessa suposição inicial que surge o Teorema de Coase, que não foi enunciado pelo próprio RONALD COASE, mas, na sua versão original por GEORGE STIGLER, inspirado pelo artigo *The problem of social Cost*. A formulação mais conhecida do Teorema pode ser assim enunciada: “numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importa a configuração legal acerca da propriedade desse bem”. KLEIN, Vinícius. Teorema de Coase In: RIBEIRO, Marcia

É necessário frisar e advertir, portanto, que no mundo real estes custos sempre estarão presentes na dinâmica do mercado e não podem ser eliminados inteiramente, mas somente reduzidos. Deste modo, uma forma de reduzir tais custos de transações é por meio da *racionalização* dos vários procedimentos da contratação (negociação, elaboração e, principalmente, a execução e administração do contrato).¹³⁰

Conforme apontam RIBEIRO E GALESKI JUNIOR, “a questão dos custos de transação importa para o Direito, uma vez que, havendo presença exacerbada, seja de custos de busca, acordo ou execução, há a necessidade de intervenção jurídica, como um arranjo institucional, a fim de tornar eficiente certas relações econômicas”.¹³¹

É neste sentido que os negócios jurídicos processuais se apresentam, a partir da cláusula geral do art. 190 do NCPC, que permite a celebração de negócios *atípicos*, como uma forma de flexibilização e adequação do procedimento ao caso concreto, com o intuito de se predefinir *ex ante* as normas processuais (arranjo institucional) que facilitarão a transação comercial, a execução do contrato e/ou inibirão a instauração de eventual litígio. Se for inevitável a instauração do litígio, que ao menos as partes possam encontrar a melhor forma dirimi-lo. É possível conceber, deste modo, diversos negócios processuais que visam à maior racionalização e previsibilidade na solução da controvérsia; consequentemente, por almejar garantir um processo mais eficiente, que implique na redução de custos de transação.

Afinal, conforme muito bem adverte FLÁVIO YARSHELL, a abertura que o NCPC da às partes para que exerçam a sua autonomia privada em matéria processual “não deve ser encarada apenas como uma oportunidade para o exercício da criatividade dos advogados. [A]s alterações feitas pelo legislador, devem ser pensadas como forma de trazer resultados relevantes para a racionalização do processo”.¹³²

Estabelecidas as premissas que norteiam a Teoria da Economia dos Custos de Transação e compreendido o seu conceito, passamos agora à análise da disciplina legal dos

Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. (Orgs.). **Análise Econômica do Direito: uma introdução**. – Belo Horizonte: Fórum, 2011., p. 71.

¹³⁰ NETO, João Amato (Org.); MARINHO, Bernadete De Lourdes; CORREIA, Germano Manuel; FUCCI AMATO, Lucas. **Gestão Estratégica de Fornecedores e Contratos - Uma Visão Integrada**. São Paulo: Saraiva, 2014., p. 222.

¹³¹ RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos**. *op. cit.*, p. 107.

¹³² YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.) **Negócios Processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 74-92, p. 92.

negócios jurídicos sob a égide do CPC/15 com o intuito de apresentar seus requisitos, pressupostos e limites.

5. Negócios jurídicos processuais

A análise dos negócios jurídicos processuais deve ser precedida de algumas fixações conceituais. Partindo da ideia de que os negócios jurídicos são tipos de fatos jurídicos, torna-se, primeiramente, necessário definir o que seja “fato jurídico”, em razão das diferentes concepções e classificações erigidas em torno do tema.¹³³

Conforme ensina ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “[f]ato jurídico é o nome que se dá a todo fato real sobre o qual incide norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta recai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então *existência jurídica*”.¹³⁴ Deste modo, a *incidência* da norma sobre o fato determina, como diz PONTES DE MIRANDA¹³⁵, sua entrada no mundo jurídico.¹³⁶⁻¹³⁷

Apesar da enorme divergência doutrinária acerca da classificação dos fatos jurídicos, o presente ensaio se vale inicialmente das lições de MARCOS BERNARDES DE MELLO¹³⁸, que foi profícuo ao desenvolver a classificação proposta por PONTES DE MIRANDA.¹³⁹⁻¹⁴⁰

Neste sentido, rememora-se que “todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza ou do animal, independente de ato humano

¹³³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. – 2. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 27.

¹³⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

¹³⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, tomo II – Campinas: Bookseller, 2000, p. 184.

¹³⁶ Trata-se da assim denominada “Fenomenologia da Juridicização”. Cf. MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. 18 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

¹³⁷ MARCOS BERNARDES DE MELLO explica similarmente que “*o mundo jurídico é formado pelos fatos e estes, por sua vez, são o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos. Disso se conclui que a norma jurídica é quem define o fato jurídico e, por força de sua incidência, gera o mundo jurídico, possibilitando o nascimento de situações jurídicas, que se desdobram em relações jurídicas com produção de toda a sua eficácia constituída por direitos e deveres, pretensões e obrigações, ação e exceções, bem assim de sanções, ônus, prêmios e outras categoriais eficacias. Desse modo, a norma jurídica constitui uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (efeitos jurídicos)*”. MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. 18 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

¹³⁸ MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**, *op. cit.*, p. 146-163.

¹³⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, Tomos I a IV. – Campinas: Bookseller, 2000.

¹⁴⁰ Em seu curso, FREDIE DIDIER JR. também se vale da mesma classificação. Cf., DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 371.

como dado essencial, denomina-se fato jurídico *stricto sensu*” (v.g., o nascimento, a morte, o implemento de idade, o parentesco, a produção de frutos etc.).¹⁴¹

Por sua vez, há os fatos jurídicos que têm à sua base, como elemento essencial (cerne), um ato humano. Quando, embora a conduta humana lhe seja essencial à existência, porém, o direito considera irrelevante a circunstância de ter ou não havido vontade em praticá-la, dando mais realce ao resultado fático que dela decorre do que a ela própria, estes são os denominados *atos-fatos jurídicos* (v.g., o domicílio, a descoberta do tesouro etc.).¹⁴²

Por fim, também há aqueles fatos jurídicos – que também são atos humanos –, mas sobre os quais a *vontade* em praticar o ato não somente é *relevante*, como constitui o próprio cerne do fato jurídico.¹⁴³ Tratam-se dos atos jurídicos *lato sensu*, que também se subdividem em duas espécies: os *atos jurídicos stricto sensu* e os *negócios jurídicos*.¹⁴⁴⁻¹⁴⁵

É no âmbito do negócio jurídico que se insere a reflexão proposta neste trabalho, uma vez que o que diferencia o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico é que por meio deste último o agente tem assegurada a escolha da categoria jurídica e da respectiva estrutura eficaz, não se limitando o ato de vontade a pura e simples realização da conduta, mas, também, propiciando a construção voluntária dos efeitos por meio do exercício da autonomia privada. É no âmbito do negócio jurídico que a autonomia privada encontra o seu lugar privilegiado.

¹⁴¹ MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**, *op. cit.*, p. 165.

¹⁴² MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**, *op. cit.*, p. 168-177.

¹⁴³ MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**, *op. cit.*, p. 178.

¹⁴⁴ Neste sentido, conforme muito bem distingue LUIZ EDSON FACHIN: “[V]árias podem ser as distinções entre o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico; embora ambos sejam produtos de vontades, é o ato mero pressuposto de efeitos jurídicos, pré-ordenados pela lei, sem função e natureza de autorregulamento. Além disso, o negócio jurídico estruturalmente consiste em vontade de certo modo preceptiva e funcionalmente serve para dispor, enquanto que o ato não tem como preponderante aquilo que eventualmente dispõe, mas aquilo que é, sendo que a voluntariedade apenas revela efeitos que prescindem de conteúdo volitivo. A essência do negócio jurídico se assenta no autorregulamento de interesse particular, e a do ato se fundamenta na mera tutela da própria esfera, uma vez que o ato jurídico em sentido estrito não é decorrente do exercício da autonomia privada e o interesse objetivado não pode ser regulado pelo particular e sua satisfação se concretiza na maneira determinada por lei. Distingue-se, também, pela finalidade, dado que o escopo buscado pelos figurantes do negócio jurídico é aquele pelos mesmos desejados, enquanto que aquele verificado no ato é o determinado pelo ordenamento jurídico. [Deste modo] o conteúdo volitivo é referencial básico à distinção: no negócio jurídico avulta, com efeito, a interpretação, em pertinência à vontade dos integrantes de tal negócio. No ato jurídico em sentido estrito é a lei que fundamentalmente condiciona o conteúdo. (...) Já no negócio jurídico, como consequência da vontade, tem seu conteúdo disposto pela própria vontade que permite autorregular interesses”. FACHIN, Luiz Edson. **Novo Conceito de ato e negócio jurídicos**, *op. cit.*, p. 63-64.

¹⁴⁵ Ainda, todas as espécies descritas acima também comportam os fatos contrários a direito, denominados de ilícitos. – MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**, *op. cit.*, p. 151-155.

No âmbito do processo, “a sistemática existente na teoria do direito para o estudo dos atos jurídicos em geral pode ser transposta, em grade medida, para o direito processual, já que os atos do processo são, inegavelmente, espécies de ato jurídico”.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

Ocorre que grande parte da doutrina processualista, pautada pelo publicismo processual, por muito tempo afirmou que a vontade das partes era irrelevante no processo.¹⁴⁸ Tal posicionamento formou o assim denominado “*dogma da irrelevância da vontade*” no processo que também, invariavelmente, acabou por legitimar posições contrárias à admissibilidade de negócios jurídicos processuais.¹⁴⁹ Neste sentido, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA explica que:

“As opiniões contrárias à existência do negócio jurídico processual consideram, na realidade, que a vontade não tem qualquer relevância na produção de efeitos pelo ato processual. Desse modo, o sentido juridicamente relevante do ato processual seria objetivo, sem qualquer ligação a elementos estranhos à declaração. Não é sem razão, aliás, que os autores que negam a existência de negócios jurídicos processuais valem-se do fundamento segundo o qual as situações processuais não decorrem de vontade das partes ou de qualquer sujeito do processo, mas de expressas previsões normativas. A vontade da parte seria, então, irrelevante na determinação dos efeitos que os atos processuais produzem. Os efeitos dos atos processuais não seriam, em outras palavras, moldáveis. A única disponibilidade que as partes teriam seria a opção de praticar o ato previsto numa sequência predeterminada pelo legislador. Qualquer que fosse a opção da parte, os efeitos dos atos processuais já estariam tabelados. (...) O *dogma da irrelevância da vontade* no processo decorre, ainda, do estigma de separar o direito processual [e sua natureza de direito público] do direito material [de natureza de direito privado]”.¹⁵⁰

¹⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 44-45.

¹⁴⁷ Conforme explica FREDIE DIDIER, “[o] fato jurídico adquire o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento atual ou futuro. Não há fato jurídico que não se possa relacionar a algum processo (procedimento), mas há fatos jurídicos processuais não integrantes da cadeia procedimental, desde que ocorridos enquanto pendente o procedimento a que estejam relacionados ou se refiram a procedimento futuro. Todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual pode ser considerado como um ato processual. Esse ato pode ser praticado durante o itinerário do procedimento ou fora do processo. A “sede” do ato é irrelevante para caracterizá-lo como processual”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, *op. cit.*, p. 372-373.

¹⁴⁸ Conforme explica CABRAL, “O publicismo posicionou o juiz como figura central do processo. Como consequência dessa concepção (...) o juiz pode fazer tudo e as partes não teria autonomia para quase nada. Como o magistrado deveria perseguir os interesses do Estado, poderia fazê-lo independentemente da vontade individual e, uma vez provocada a jurisdição, a interferência das partes no processo seria mínima. Elas manteriam sua prerrogativa de definir e até renunciar ao direito material subjacente, mas não teriam a possibilidade alguma de conformar o procedimento. (...) A função do magistrado seria uma função de soberania, de aplicação do direito objetivo, que não poderia jamais ser resultado, nem mesmo parcial, da atuação privada”. – CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 135-136.

¹⁴⁹ Cf. SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo** – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. – Coimbra: Coimbra, 2003, p. 172 *et passim*.

¹⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil brasileiro, p. 39-74. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.) **Negócios Processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 49-50. No mesmo sentido, para conferir mais análises acerca dos efeitos da corrente que afirmava o *dogma da irrelevância da vontade*, referencia-se: FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, 2016., p. 46-47; GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 111-122.

É bem verdade que, apesar da divergência doutrinária indicada¹⁵¹, já havia opiniões favoráveis ao reconhecimento do negócio jurídico processual nos diplomas processuais anteriores, inclusive, sob a vigência do CPC de 1973.¹⁵² Para tanto, costuma-se apontar diversos negócios processuais *típicos*, que já eram previstos no código processual recentemente revogado e que foram mantidos pelo NCPC, tais como: a cláusula de eleição de foro (CPC/73, art. 111 e CPC/15, art. 63), convenção para suspensão do processo (CPC/73, arts. 265, II e 792 e CPC/15, art. 313, II), a desistência da ação (CPC/73, arts. 158, p. único e CPC/15, art. 485, §4º: antes da contestação, é um negócio unilateral; após, é bilateral) e tantos outros^{153 154}.

De qualquer modo, o advento da cláusula geral prevista no art. 190 do Novo Código de Processo Civil acaba com a controvérsia, pois outorga positividade¹⁵⁵ ao fenômeno

¹⁵¹ De modo mais amplo, FREDIE DIDIER JR. sintetiza a divergência doutrinária acerca do fato jurídico processual em quatro correntes: “a) alguns entendem que é suficiente o produzir efeitos no processo para que o fato seja havido como processual; b) há quem o vincule aos sujeitos da relação processual: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo de processual; c) há os que exigem tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo à sede do ato especial relevo; d) há quem entenda que ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, *op. cit.*, p. 373. Destaca-se que esta última é a posição adotada por Calmon de Passos, *in verbis*: “Donde conceituar o ato processual com o aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado”. (Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. – Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43). Assim, também, é a posição de MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 14.

¹⁵² Ainda sob égide do CPC de 73, muitos autores já afirmavam que o art. 158 – que possui exata correspondência com o art. 200 do CPC/15 – já era suficiente para se afirmar a possibilidade de reconhecimento de negócios jurídicos processuais, visto que dispunha que “[o]s atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”. A despeito de terem existido outros ensaios anteriores sobre o tema – inclusive com uma tímida manifestação por parte de PONTES DE MIRANDA (**Comentários ao Código de Processo Civil**, t. 3. - Rio de Janeiro: Forense, 1974., p. 5) –, a doutrina mais recente tem afirmado que, no Brasil, cronologicamente, o estudo mais aprofundado sobre o tema foi o de BARBOSA MOREIRA, ainda na década de 80 (Convenções das partes sobre matéria processual. **Temas de direito processual civil**: terceira série. – São Paulo: Saraiva, 1984). Após longos anos, em 2007, um ensaio provocativo de LEONARDO GRECO fez com que o tema voltasse a receber a devida atenção pela doutrina nacional. (Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista eletrônica de direito processual** – REDP. Ano I, v. I. out.-dez. – Rio de Janeiro: UERJ, 2007). – *Apud* RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**. *op. cit.*, p. 230-231. Também sobre as opiniões favoráveis também conferir: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil brasileiro, *op. cit.* p. 50-54.; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**, *op. cit.*, p. 150-152.

¹⁵³ LEONARDO CUNHA destaca em seu artigo, 33 (trinta e três) exemplos de negócios processuais típicos extraídos do Código de Processo Civil de 1973. Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil brasileiro, *op. cit.*, p. 54-55.

¹⁵⁴ Neste sentido, TALAMINI afirma que “Sempre existiram negócios processuais em nosso ordenamento. Mas antes eles eram típicos. Constituíam *numerus clausus*: hipóteses taxativas, sempre a depender de uma específica previsão legal. TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**. *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁵ Conforme assevera FREDIE DIDIER, com as disposições expressas do NCPC, firmar posicionamento contrário à existência de negócios jurídicos processuais “será simplesmente *contra legem*”. De forma definitiva, o Autor também conclui afirmando que “A discussão sobre a existência dessa categoria processual, ao menos no Brasil, parece, agora, obsoleta e inócua”. – DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, *op. cit.*, p. 379-380.

de valorização da autonomia privada no âmbito processual e de atenuação da visão exclusivamente publicista do processo.¹⁵⁶⁻¹⁵⁷

Muito além do que simplesmente aumentar o *rol* de negócios processuais *típicos* (v.g., ao prever a possibilidade de fixação de calendário processual nos termos do art. 191 ou de escolha consensual do perito nos termos dos art. 471), o CPC/15 passa a permitir expressamente que as partes celebrem *convenções* (negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais) *atípicas*, “*antes ou durante o processo*”, acerca do “*procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa*”¹⁵⁸ (isto é, no rito imposto pela lei para a praticados atos processuais) ou de seus “*ônus, poderes, faculdades e deveres processuais*”¹⁵⁹ (situações processuais).

De modo inegável, portanto, o Novo Código de Processo Civil reconhece às partes não somente a possibilidade de participar ativamente do processo e de influenciar na solução do caso concreto, mas, também, confere-lhes a liberdade de para construir o procedimento que melhor atenda aos seus interesses, ampliando, com isso, o seu feitiço democrático.¹⁶⁰

Também se destaca que a consagração do princípio da cooperação (art. 6º do CPC/15) e a adoção do modelo cooperativo de processo se relacionam com o fenômeno de reconhecimento da vontade das partes.¹⁶¹ Afinal, “[o] modelo cooperativo de processo caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o

¹⁵⁶ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais., p. 293. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.) **Negócios Processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 281-302.

¹⁵⁷ CAMBI, Eduardo.; DOTTI, Rogéria.; KOZIKOSKI, Sandro *et. al.* **Curso de Processo Civil Completo**. – São Paulo: Editora RT, 2017, p. 198.

¹⁵⁸ Cabe apontar que o Enunciado nº 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) é no sentido de que “*As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa*”.

¹⁵⁹ Cabe uma rápida lembrança: “*Dever jurídico é a imposição jurídica de observância de determinado comportamento ativo ou omissivo, passível de ser resguardada por sanção. Trata-se de impor uma prestação de conduta positiva ou negativa. Além disso ‘o dever jurídico é ditado em favor de interesse (...) alheio ao do sujeito vinculado à imposição de conduta. Já o ônus consiste na prescrição de conduta no interesse do próprio onerado, para que ele obtenha uma vantagem ou impeça uma desvantagem*”. – TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual (RDP)**, n. 29, ago./2005, p. 38-56. p. 38

¹⁶⁰ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 188.

¹⁶¹ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 106.; MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 71-85. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil brasileiro, op. cit.**, p. 57-62.

propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado”.¹⁶²

É somente a partir deste modelo cooperativo que se justifica, inclusive, afirmar a existência de um princípio específico que também norteia o CPC/15: o *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*. Princípio este que visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental da liberdade e, como decorrência desta, o de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas.¹⁶³ Vale dizer: define um espaço de não coerção (liberdade negativa) para o exercício de escolhas vinculantes (liberdade positiva), no atendimento de seus interesses particulares.

É claro que a autonomia privada também sofre limitações no âmbito do processo, assim como se apontou anteriormente (*mutatis mutandis*) quando da análise do princípio no âmbito do direito material. Trata-se de decorrência lógica da própria decomposição conceitual da autonomia privada, que, como exposto anteriormente, se define em um espaço de liberdade negativa, que, ao seu turno pressupõe a existência de um lugar externo em que se opera a coerção. Os limites externos são, sob o ponto de vista do direito, os instrumentos de coerção a delimitar o campo dessa liberdade negativa.

Contudo, é necessário frisar que o simples fato de o processo ter caráter público não significa, por si só, a negação de espaço à liberdade e à autonomia privada das partes.¹⁶⁴ Muito pelo contrário. Conforme muito bem aduz ROBSON GODINHO, “[a] realização de negócios jurídicos processuais constitui, na realidade, uma manifestação de um processo jurisdicional democrático¹⁶⁵, sem que se vislumbre, com isso, a sacralização do privatismo ou do publicismo; almeja-se, na realidade, a efetiva realização de direitos”.¹⁶⁶

¹⁶² Como ainda ilustra metaforicamente, DIDIER afirma que “O processo colaborativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é mero espectador de pedra”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, *op. cit.*, p. 133.

¹⁶³ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.) **Negócios Processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 31-37.

¹⁶⁴ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 186.

¹⁶⁵ Como afirma LEONARDO CUNHA ao tratar do modelo cooperativo trazido pelo CPC/15: “*Há, no novo Código, uma valorização do consenso, e uma preocupação em criar no âmbito do judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido.*” – CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil brasileiro*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁶⁶ O Autor ainda continua dizendo que, “[o] estudo sobre os fatos processuais, mais precisamente sobre os negócios jurídicos processuais, mostra-se igualmente fundamental, na medida em que se deve mensurar precisamente os limites e as possibilidades da atuação das partes, não mais, repita-se, com uma visão privatística, e muito menos com um viés estatizante, que rechaça o a participação dos destinatários do resultado do processo,

Compreendidas as bases que conformaram o Novo Código de Processo Civil e que inegavelmente sepultam quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, resta-nos agora verificar quais são os requisitos e os pressupostos legais para tanto.

Como todo e qualquer negócio jurídico, os negócios processuais passam pelos planos da existência, da validade e da eficácia.¹⁶⁷ Deste modo, os negócios jurídicos processuais devem preencher os elementos de existência (sujeitos, objeto, manifestação de vontade e forma), bem como os requisitos de validade que qualificam os elementos de existência, quais sejam: capacidade dos agentes, licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto, higidez da manifestação volitiva¹⁶⁸ e a forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do Código Civil).¹⁶⁹ Além destes, há os requisitos específicos dispostos no artigo 190, *in verbis*:

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.

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.

No que diz respeito à plena capacidade do agente, pressuposto subjetivo para a realização dos negócios processuais é necessário que: i) o sujeito detenha a capacidade de ser parte, sendo titular de direitos e obrigações; e ii) que possua a capacidade de estar em juízo, podendo ser assistido ou representado (Arts. 1º, 3º, 4º, 166, inciso I e 171, inciso I, todos do Código Civil e arts. 70 a 76 do CPC/15).¹⁷⁰

O que importa para negócios processuais é a capacidade de estar em juízo.¹⁷¹ Neste sentido, vislumbra-se a possibilidade de um condomínio (apesar de não possuir

como se fossem figuras incapazes e, até, inconvenientes”. - GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais**, *op. cit.*, p. 27-41.

¹⁶⁷ Com apoio nas lições de PONTES DE MIRANDA, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO propõe o tratamento do negócio jurídico tomando por base um critério de exclusão: deve o intérprete verificar sucessiva e progressivamente se o negócio jurídico é existente; depois, sendo existente se é válido; depois, se for válido, se é eficaz. Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23-24.; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**, *op. cit.*, p. 255.

¹⁶⁸ Neste sentido, aponta-se o teor do Enunciado n. 132 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “*Além dos defeitos processuais, os vícios de vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos*”.

¹⁶⁹ Este é, inclusive, o teor do Enunciado nº 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “*A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei*”.

¹⁷⁰ CAMBI, Eduardo.; DOTTI, Rogéria.; KOZIKOSKI, Sandro *et. al.* **Curso de Processo Civil Completo**. *op. cit.*, p. 201.

¹⁷¹ TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**, *op. cit.*, p. 04.

personalidade jurídica) poder celebrar negócio jurídico, desde que representado por seu administrador ou síndico (CPC/15, art. 75, XI), ou a massa falida, por seu administrador judicial (CPC/15, art. 75, V) e também o incapaz (absoluta ou relativamente), desde que adequadamente representado ou assistido por seus pais, tutor ou curador (CPC/15, art. 71).¹⁷²

Diverge a doutrina sobre a relevância da vulnerabilidade da parte frente ao plano da validade e ao plano da eficácia. Nessa linha, colhe-se do pensamento de FREDIE DIDIER que o requisito de validade exigido para prática dos negócios processuais é a “*capacidade processual negocial*, que pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela, pois a vulnerabilidade é caso de *incapacidade processual negocial*”.¹⁷³ Neste sentido, o parágrafo único do art. 190 traria uma hipótese específica de incapacidade processual negocial: a incapacidade de pela situação de “*manifesta vulnerabilidade*”. Em sentido diverso, porém, EDUARDO TALAMINI afirma que “o negócio processual encontra um *limite de eficácia* na vedação ao abuso” (...) [T]rata-se de um parâmetro restrito para a *negativa de eficácia* ao negócio processual – expresso na exigência de que a situação de vulnerabilidade seja ‘manifesta’”.¹⁷⁴ É também neste sentido que se observa que é sim possível a inserção de negócio processual no âmbito de contrato de adesão, desde que não se configure abusividade.¹⁷⁵

Embora, não se descarte a possibilidade de em dados casos concretos se verificar o tema da vulnerabilidade mesmo no âmbito dos contratos empresariais, trata-se de hipótese a ser analisada caso a caso¹⁷⁶, partindo-se, porém, *prima facie*, da presunção de paridade dos agentes de mercado, conforme já explicitada anteriormente neste trabalho quando da análise da simetria do poder de contratação (*tópico 3 supra*).

O dispositivo também não exige, obrigatoriamente, capacidade *postulatória* ou sequer a presença de advogado (acompanhamento técnico-jurídico) para a celebração de negócio jurídico processual. Contudo, é sensato o Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de

¹⁷² CAMBI, Eduardo.; DOTTI, Rogéria.; KOZIKOSKI, Sandro *et. al.* **Curso de Processo Civil Completo**. – São Paulo: Editora RT, 2017, p. 201.

¹⁷³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, *op. cit.*, p. 384-86.

¹⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**, *op. cit.*, p. 06-07.

¹⁷⁵ TALAMINI exemplifica uma hipótese interessante: “(...) *uma instituição financeira pode inserir em um contrato de adesão que celebra com seus clientes a previsão de que as citações dela deverão fazer-se por via eletrônica – (CPC/15, art. 246, §1º). Tal avença confere segurança à instituição financeira sem implicar nenhum sacrifício para o cliente, pois a citação eletrônica é simples, rápida e sem custos*”. TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**, *op. cit.*, p. 07.

¹⁷⁶ Cf. ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais., *op. cit.*, p. 196.

Processualistas Civis (FPPC) que dispõe que “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.¹⁷⁷

Relacionado com o objeto, o pressuposto objetivo genérico para celebração de convenções processuais é a aptidão de o direito submeter-se a autocomposição.¹⁷⁸ Em linhas gerais, admitir autocomposição consiste na possibilidade de resolução do conflito *extrajudicialmente* – isto é, sem a atuação do Estado. Observe-se que não se trata de disponibilidade do direito material (como no caso da arbitragem – art. 1º da Lei 9.307/96). Ainda que os direitos disponíveis constituam, por excelência, o campo para a autocomposição, há inúmeras situações de direitos indisponíveis em que é perfeitamente possível a solução consensual.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰

O objeto lícito pressupõe que o conteúdo do negócio jurídico não seja vedado pelo ordenamento jurídico, nem contrarie norma cogente. Neste sentido, como acertadamente observa DIDIER, “o objeto do negócio é o ponto mais sensível e [ainda] indefinido na dogmática da negociação processual atípica”. Não obstante, a primeira diretriz apontada pelo mesmo autor é de que, “ressalvada alguma regra que imponha uma interpretação restritiva¹⁸¹, na dúvida deve se admitir o negócio processual (*in dubio pro libertate*)”.¹⁸²

Quanto à forma, DIDIER afirma que “a forma do negócio processual atípico é livre. [Sendo possível] negócio jurídico oral ou escrito, expresso ou tácito, apresentado por documento extrajudicialmente ou em mesa de audiência”.¹⁸³ Sob esse ângulo, para ser válido,

¹⁷⁷ Conforme analisa YARSHELL, “[a] validade do negócio processual não está condicionada à presença de advogado - embora evidentemente seja desejável por se tratar de matéria técnica, que presumivelmente escapa do conhecimento do leigo. (...) O fato de o negócio jurídico ter por objeto atos que integram o procedimento e posições jurídicas que compõem a relação processual não é suficiente para tornar obrigatória a presença do advogado no ato da celebração do negócio. Para que isso ocorresse seria indispensável previsão legal expressa, tal como ocorre no caso de atos constitutivos de pessoas jurídicas (...), que além de expresso, comina taxativamente a sanção de invalidade”. – YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era?*, *op. cit.*, p. 88; Cf. FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo.**, *op. cit.*, p. 91.

¹⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu.**, *op. cit.*, p. 04.

¹⁷⁹ CAMBI, Eduardo.; DOTTI, Rogéria.; KOZIKOSKI, Sandro *et. al.* **Curso de Processo Civil Completo.** *op. cit.*, p. 197.

¹⁸⁰ Neste sentido, aponta-se o teor do Enunciado n. 13 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Jamais se discutiu, por exemplo, a possibilidade de alteração das regras de competência relativa (CPC/15, art. 63), independentemente da (in)disponibilidade do direito material.

¹⁸¹ Neste sentido, aponta-se o teor do Enunciado n. 20 do FPPC que dispõe que: “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”.

¹⁸² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.**, *op. cit.*, p. 387.

¹⁸³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.**, *op. cit.*, p. 389.

o negócio processual não está sujeito a forma especial (art. 166, IV do Código Civil).¹⁸⁴ Segundo YARSHELL, não há exigência que seja celebrado por instrumento público e “ainda que celebrado por instrumento particular, este deverá ser juntado aos autos e, nessa medida, ganhará a forma pública”¹⁸⁵. Caso seja celebrado em audiência, na presença do juiz, este deverá ser reduzido à termo.¹⁸⁶ Entretanto, se celebrado extrajudicialmente, recomenda-se que seja formulado na forma escrita, facilitando-se, assim, a prova da sua realização e também para que se submeta, via de consequência, ao controle de validade e eficácia do juiz nos termos do parágrafo único do art. 190 do NCPC.

Do ponto de vista da sua eficácia, os negócios processuais geram, via de regra, efeitos imediatos, independente da homologação judicial (CPC/15, art. 200). Em algumas hipóteses específicas, entretanto, sua eficácia está condicionada à homologação pelo juiz. É o caso de desistência da ação nos termos do parágrafo único do mesmo artigo 200; da fixação de calendário nos termos do art. 191, ou até mesmo de delimitação consensual¹⁸⁷ das questões de fato e de direito nos termos do §2º do art. 357. “Tais exemplos não afastam a regra geral de eficácia imediata. Ao contrário, demonstra que a suspensão da eficácia tem que estar expressamente prevista no ordenamento”.¹⁸⁸

Quanto ao controle da validade, cumpre ressaltar que “os postulados do princípio da conservação dos negócios, com a construção teórica da preservação teleológica dos atos animados pela vontade por certo haverão de impactar na percepção do Juiz ao apreciar a validade dos negócios jurídicos processuais. Se a doutrina e a jurisprudência se inclinam para

¹⁸⁴ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo.**, *op. cit.*, p. 100.

¹⁸⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era?*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁸⁶ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo.**, *op. cit.*, p. 99.

¹⁸⁷ TALAMINI diferencia convenções sobre da cognição judicial e meio de prova em “ delimitações como ato de verdade”, quando as partes fixam os aspectos controvertidos com a anuência e homologação do juiz e pode ser aplicável em todos os casos e delimitações como “ato de vontade”, situação em que se exige a disponibilidade do direito material. Cf. TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu.**, *op. cit.*, p. 13-19.

¹⁸⁸ CAMBI, Eduardo.; DOTTI, Rogéria.; KOZIKOSKI, Sandro *et. al.* **Curso de Processo Civil Completo.** – São Paulo: Editora RT, 2017, p. 202-203. Neste sentido, também é o teor do Enunciado n. 133 do FPPC: “*Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial*”.

a preservação dos negócios de maneira geral¹⁸⁹, não há sentido na construção de modo de agir distinto para os negócios jurídicos processuais”.¹⁹⁰⁻¹⁹¹

A decretação de invalidade dos negócios processuais deve obedecer ao sistema de invalidades processuais (CPC/15, art. 276 a 283), o que significa dizer que deve esta ser decretada pelo juiz e que não haverá nulidade sem prejuízo (princípio *ne pas de nullité sans grief*).¹⁹² Também como qualquer negócio jurídico, o negócio jurídico processual pode ser invalidado apenas parcialmente.¹⁹³

Compreendidos os pressupostos e requisitos dos negócios jurídicos processuais, passamos agora a analisar a correlação entre os negócios processuais e a eficiência processual sob o contexto específico dos contratos empresariais.

6. Negócios processuais e eficiência processual

Uma das vantagens mais evidentes dos negócios processuais é precisamente a possibilidade de se buscar uma adequação do procedimento ao caso concreto e, conseqüentemente, a obtenção de uma maior eficiência processual.¹⁹⁴

O termo “eficiência” tem diversas acepções. Neste trabalho, eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos.¹⁹⁵ Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos.

Como visto, o Novo Código de Processo Civil, ao tempo que em que abre espaço à participação das partes na construção do procedimento, democratizando-o, também se preocupa em evitar que esses acordos, na prática, funcionem como instrumento de abuso de

¹⁸⁹ Cf. GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**. – São Paulo: Almedina, 2016.

¹⁹⁰ GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Negócios jurídicos processuais: um caminho em construção. Boletim Jurídico do Escritório Fachin Advogados. Disponível em: <https://www.fachinadvogados.com.br/wp-content/uploads/2016/04/2.NEGO%CC%81CIOS-JURI%CC%81DICOS-PROCESSUAIS.pdf>. Acesso em 08.11.2017.

¹⁹¹ Também é importante ressaltar o teor do Enunciado n. 259 do FPPC, no sentido de que: “*A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio*”.

¹⁹² Também assim, o Enunciado n. 16 do FPPC: “*O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo*”.

¹⁹³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, *op. cit.*, p. 384. Este é também o exato teor do Enunciado n. 134 do FPPC.

¹⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**, *op. cit.*, p. 194.

¹⁹⁵ Há outras duas acepções do termo “eficiência” que neste texto deixaremos de lado: a eficiência Paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks. Para detalhes, Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”?. *In*: TIMM, Luciano Benetti; *et al.* **Direito & economia**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

direito. Por isso, somente será permitida a celebração de negócios processuais quando: (a) se tratar de direitos passíveis de autocomposição; (b) quando as partes sejam capazes e (c) quando estejam em situação de equilíbrio, não se admitindo a pactuação de negócios processuais inseridos abusivamente em contratos de adesão ou em contratos em que figurem partes em manifesta situação de vulnerabilidade.¹⁹⁶

A seara do direito empresarial, tendo por pressuposto a simetria do poder contratação, é fértil para o desenvolvimento deste mecanismo de flexibilização dos atos processuais visando privilegiar a autonomia privada das partes e uma maior eficiência para a solução de litígios concretos.

É certo e natural que os contratos empresariais aumentam seu potencial de produzir riquezas em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas.¹⁹⁷ Neste sentido, os negócios processuais emprestam maior segurança e previsibilidade ao tráfego jurídico na medida em que incrementam a certeza da aplicação de regras processuais (afinal, se as regras tivessem que ser livremente aplicadas e interpretadas, o resultado seria incerto).¹⁹⁸

Como já dito anteriormente, os negócios jurídicos processuais se apresentam como uma forma de *racionalização* do processo na medida em que permite a predefinição *ex ante* das normas (do arranjo institucional) que facilitarão a transação comercial, a execução do contrato e/ou inibirão a instauração de eventual litígio futuro. Se for inevitável a instauração do litígio, que ao menos as partes possam encontrar a melhor forma dirimi-lo. Como consequência também, como benefício econômico, tem-se a redução dos custos.

Nesta toada, ao tratar do ganho de eficiência processual, ANTÔNIO CABRAL lucidamente aduz precisamente que:

“As partes, por meio do contraditório, participam do procedimento e devem poder interferir também na sua flexibilização, observados os limites da sua autonomia. Essa foi a opção do legislador do CPC/2015, ao prever que as partes podem acordar a respeito do procedimento (art. 190). Tal arquitetura convencional do procedimento tem natureza diversa das formas contemporaneamente admitidas de flexibilização do rito, fundadas na pessoa do juiz e construída de maneira autoritária, impositiva, unilateral, com pouca consideração e participação das partes, normalmente restrita à vista dos autos antes do decreto soberano do juízo. Lembremos que o princípio do debate, se compreendido no equilíbrio entre publicismo e privatismo, permite enxergar as partes como protagonistas no desenhado do procedimento. Assim, o acordo passou a ser também um mecanismo de gestão, adaptando a tramitação do procedimento às especificidades dos interesses das partes. Ao invés de impor às partes

¹⁹⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.) **Negócios Processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 103.

¹⁹⁷ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais**..., *op. cit.*, p. 119.

¹⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**., *op. cit.*, p. 203.

uma justiça *prêt-à-porter*, admite-se uma justiça feita ‘sob medida’ (*tailor-made*)”. (...) [A] prática contratual tem se adaptado às possibilidades e vantagens dos acordos processuais. Nos acordos prévios, trata-se de uma antecipação contratual da litigância: quanto mais alternativas procedimentais se colocam para as partes em um potencial litígio, a fim de adaptá-los às suas necessidades, mais utilidade os acordos processuais assumem no plano da eficiência, considerada em uma perspectiva *ex ante*”.¹⁹⁹

(...)

“Os acordos processuais podem reduzir também o ônus financeiro do processo, sobretudo pela redução dos chamados custos de transação. De fato, as trocas econômicas entre os contratantes abrangem não só os custos das negociações preliminares, na identificação de interessados, os de produção e entrega da prestação de cada qual, mas também a fiscalização ou monitoramento do cumprimento da contraparte (confirmação de pagamento, cobrança de parcelas em atraso, testes de qualidade do produto). (...) Os acordos processuais, por conseguinte, ao imprimirem previsibilidade ao processo, permitem uma melhor avaliação de custo-benefício da litigância, reduzem o estado de incerteza que este gera, diminuem os custos de transação, e tornam as relações econômicas mais interessantes. Além disso, podem gerar economia, minimizando os custos de implementação e criando incentivos para o adimplemento. De maneira geral, a economia processual, tanto no viés da simplificação de atos quanto na redução de tempo e custos, pede soluções desburocratizadas. Tanto melhor será que estas soluções sejam amigáveis, negociais, convencionadas”.²⁰⁰

Exatamente por também se exigir uma atitude de cooperação, inseridos dentro de um modelo colaborativo de processo que lhes dá maior autonomia, os agentes de mercado podem aumentar os seus ganhos a partir do incentivo para realização de novas transações e prolongamento das relações comerciais já estabelecidas exitosamente. Afinal, como destaca MÜLLER, “[a] adversidade quanto aos interesses de mérito não deve se confundir quanto à cooperação em termos de processo (...). Cooperar processualmente [resguardadas algumas situações óbvias que poderão implicar em prejuízo da própria parte] é racionalmente mais eficiente do que competir”.²⁰¹ Neste sentido, VINÍCIUS KLEIN também aponta que:

“[A] adoção de uma atitude de cooperação nos contratos empresariais é eficiente para os contratantes, na medida em que reduz custos de transação. Afinal, um ambiente institucional capaz de fomentar a confiança é um ambiente benéfico às transações econômicas. Nesse sentido, desde já se pode afirmar que a tentativa de criar uma antinomia inevitável entre cooperação, ou seja, boa-fé objetiva e lucratividade é absolutamente artificial. A reciprocidade ou, ao menos, a percepção de reciprocidade favorece o aumento dos ganhos da transação. Essa afirmação independe da posterior divisão desses ganhos. Um ambiente cooperativo que favoreça a confiança permite que as transações sejam mais eficientes na geração de ganhos. A observância do princípio do equilíbrio contratual não como uma obrigação de distribuição equânime, mas sim como uma obrigação de distribuição desses ganhos com um nível razoável de reciprocidade é um incentivo importante para que novas transações e novos investimentos sejam feitos”.²⁰²⁻²⁰³

¹⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**, *op. cit.*, p. 200.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 204-205.

²⁰¹ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e desjudicialização da produção da prova – Análise Econômica e Jurídica**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 366.

²⁰² KLEIN, Vinicius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2013. p. 92-93.

²⁰³ No mesmo sentido, Giuliana Bonanno aduz precisamente que: “A cooperação entre contratantes acaba sendo fator crucial para a redução de custos de transação, evitando desgastes desnecessários das partes. O papel que

São diversos os exemplos que podem ilustrar o raciocínio apresentado até aqui.

Pensemos, ilustrativamente, em um contrato atípico de licenciamento e cessão para exploração de patente e uso de marca, onde uma empresa “A”, detentora da titularidade da patente “X” e da marca “Y”, pactua com a empresa “B” para que esta última fique responsável por produzir industrialmente um determinado produto “Z” para comercializá-lo em certos estados do país. Em contrapartida, com base no percentual de vendas do produto “Z”, a empresa “B” deverá pagar *royalties* à empresa “A”. Há, sem dúvida, uma enorme dificuldade para que a empresa “A” tenha controle acerca da qualidade e quantidade dos produtos fabricados e comercializados pela empresa “B”. Por sua vez, a empresa “B” pode ter um enorme custo para conseguir comprovar, regularmente, que está seguindo à risca todas as obrigações assumidas frente à empresa “A”. A assimetria informacional e a possibilidade de comportamento oportunista implicam em custos de transação para ambas as partes.

Por esta razão, as partes podem pactuar livremente²⁰⁴: (a) a eleição convencional de um foro que seja equidistante para as duas partes (CPC/15, art. 63); (b) convenção para estabelecer métodos atípicos de comunicação entre as partes; (c) acordo para disponibilização prévia de documentos (pacto de *disclosure*); (d) pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória; (e) acordo para rateio de despesas processuais e honorários; (f) a escolha consensual e prévia do perito (CPC/15, art. 471); (g) dispensa consensual de assistente técnico; (h) pacto para determinar a penhorabilidade ou impenhorabilidade de determinados bens; (i) acordo para incluir ou retirar o efeito suspensivo dos recursos; (j) convenção para distribuição do ônus da prova (v. g., para determinar que a empresa “B” deverá guardar um “lote de controle” de cada produto sobre o qual recairá perícia para verificação de sua qualidade); (k) acordo para limitação do número de testemunhas ou de dispensa de produção de prova oral; etc.

A criatividade é livre para se pensar em tantos outros exemplos a partir de negócios jurídicos típicos e atípicos.

De todo modo, ainda é cedo para se ter certeza acerca dos limites que conformarão o tema; a doutrina acerca do assunto é relativamente incipiente e também não há decisões em quantidade suficiente de modo a permitir apontar a formação de um entendimento jurisprudencial. Porém, como também conclui, esperançosamente, EDUARDO TALAMINI:

a cooperação desempenha em contratos é justamente o de redução de custos e de possibilitar o desempenho ótimo das contratações, trazendo assim benefícios que podem ser, inclusive, econômicos. - SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longa duração e dever de cooperação**. – São Paulo: Almedina, 2016, p. 84.

²⁰⁴ Boa parte dos exemplos indicados aqui foram formulados a partir do Enunciado n. 19 do FPPC.

“A experiência dirá qual dimensão a regra autorizadora de negócios processuais atípicos vai assumir no sistema processual civil instaurado pelo Código de 2015. Potencialmente, essa norma tem o condão de alterar de modo substancial a função e a eficácia dos mais diversos institutos e mecanismos – sejam aqueles que ora surgem como novidade, sejam os que, em si mesmos considerados, mantêm-se formalmente iguais ao que antes eram. Aliás, no exame do novo diploma, é preciso cautela antes de se afirmar que o trato de determinado tema permaneceu inalterado. Uma pequena inovação quantitativa, resumida a uma disposição legal, pode produzir significativas transformações qualitativas (o mesmo pode ser dito da norma que impõe o dever de cooperação – art. 6º). Mas também é possível que os negócios processuais sejam um malogro em termos práticos. Não seria a primeira nem a última vez que isso estaria acontecendo: um instituto a despertar a atenção dos estudiosos, por sua sofisticação e riqueza de possibilidades, e a afugentar os práticos exatamente pelos mesmos motivos... Essa segunda hipótese não é a desejável. Um processo em que se desenvolvam amplamente os negócios processuais: é mais consentâneo com a liberdade; confere ao jurisdicionado a dignidade que ele merece em um sistema que pretenda resolver os problemas das pessoas em vez de tutelá-las senhorialmente; tende a ser mais aderente à realidade e apto a produzir resultados eficazes e adequados às necessidades de cada conflito. Cabe a todos os estudiosos e profissionais do direito procurar caminhos e soluções para que a primeira das duas hipóteses ora aventadas se concretize. Para isso, o debate sobre o tema é fundamental.”²⁰⁵

²⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu.**, *op. cit.*, p. 19-20.

CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se apresentar argumentos que militam em favor da possibilidade de se pensar nos negócios jurídicos processuais, a partir do advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), como instrumentos de *racionalização* do processo e, conseqüentemente, de redução de custos de transação inseridos no contexto específico dos contratos empresariais.

Ao longo do Capítulo I, foram examinadas as características que marcam a ambiência empresarial e determinam os caracteres dos contratos celebrados neste contexto de modo a justificar o seu tratamento especial. Também se debruçou acerca do papel da liberdade de contratar e da liberdade contratual no contexto dos contratos empresariais, o a partir de um estudo da compreensão histórica acerca da figura da autonomia privada. Por fim, no ponto 3, foi apresentada a característica denominada de simetria de poder de contração que consiste na presunção relativa, *a priori*, de igualdade material dos agentes de mercado e também da compreensão do contrato empresarial como um vínculo de cooperação.

Já no Capítulo II, no ponto 4 foi apresentado um breve panorama acerca da chamada Análise Econômica do Direito, com o intuito específico de se compreender as premissas que norteiam a Teoria da Economia dos Custos de Transação; em seguida, no ponto 5, foi realizada análise acerca da disciplina legal dos negócios jurídicos sob a égide do CPC/15 com o intuito de apresentar seus requisitos, pressupostos e limites. Por fim, no ponto 6, foi apresentada a correlação entre os negócios processuais e eficiência processual, a partir da premissa de que o direito empresarial, tendo por pressuposto a simetria do poder contratação, é fértil para o desenvolvimento deste mecanismo *racionalização* e de flexibilização dos atos processuais e que visa privilegiar a autonomia privada na solução de litígios concretos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; CRUZ, Rafael Augusto Firakowski. A opção pela arbitragem como medida de salvaguarda para a redução dos custos de transação. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (org.) **Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito**. - Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014, p. Disponível em: www.gedai.com.br. Acesso em 12.10.2017.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. – 7. ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica perspectivas estrutural e funcional. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 2, São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 2010.

ANTUNES VARELLA, João de Matos. **Das obrigações em geral**, vol. I. 10. ed. – Coimbra: Almedina, 2000.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de processo**, ano 40, vol. 244, jun. 2015.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual – *In*: **Temas de Direito Processual** – 3. Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 9. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BETRAN, Maria Paula Costa. **A Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito: o caso da revisão dos contratos de *leasing***. – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **RBDCivil**, v. 6, out./dez. 2015, p. 69-94.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídicos processual: plano da existência. **Revista de processo**. São Paulo: RT, nº 148, jun., 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

CAMBI, Eduardo.; PINHEIRO, Paulo.; DOTTI, Rogéria.; MARTINS, Sandro.; KOZIKOSKI, Sandro. **Curso de Processo Civil Completo**. – São Paulo: Editora RT, 2017.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. (Coleção Paulo Bonavides) Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Tomas. **Derecho y economía**. – México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

ESTEVES, Heloisa Lopes Borges; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Os desafios da interdisciplinaridade em Direito & Economia. **IE/UFRJ**, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo Conceito de ato e negócio jurídicos: consequências práticas**. – Curitiba: EDUCA, SCIENTIA et LABOR, 1988.

_____. Contratos na ordem pública do Direito Contemporâneo. *In*: FACHIN, Luiz Edson.; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSELVAND, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Negócios jurídicos processuais: um caminho em construção. **Boletim Jurídico do Escritório Fachin Advogados**. Disponível em: <https://www.fachinadvogados.com.br/wp-content/uploads/2016/04/2.NEGO%CC%81CIOS-JURI%CC%81DICOS-PROCESSUAIS.pdf>. Acesso em 08.11.2017.

GRECO, LEONARDO. Os atos de disposição de disposição processual – primeira reflexões. **Revista eletrônica de direito processual – REDP**. Ano I, v. I. out.-dez./2007 – Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**. – São Paulo: Almedina, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *In*: _____. (Coord.) **Direito Contratual: temas atuais**. – São Paulo: Método, 2007.

KLEIN, Vinicius. **A Economia dos Contratos: uma análise microeconômica**. Curitiba: CRV, 2016.

_____. **Os Contratos Empresariais de Longo Prazo – uma análise a partir da argumentação judicial**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2013.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do Direito de Empresa no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, v. 128. – São Paulo: Malheiros, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, J. David. **An Introduction to the Economics of Information: incentives and contracts**. 2ª ed., New York: Oxford University Press, 2001.

MERCADANTE, Julia Pacífico. Dever de Renegociação nos Contratos de longa duração. *In*: REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes (Coord.). **Estudos aplicados de direito empresarial: contratos**. – São Paulo: Almedina, 2016, p. 221-269.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. vol. 3 (tomo III) – Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.**, t. 3. - Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. I, 1991.

_____. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito Civil-Constitucional.** – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e desjudicialização da produção da prova – Análise Econômica e Jurídica.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional.** 2. ed. – Curitiba, Juruá, 2008.

NANINI, Giovanni. A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e sua transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *In*: LOTUFO, Renan; *et al* (Coord.) **Cadernos de Direito Civil-Constitucional.**, vol. II. – Curitiba: Juruá, 2010.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO, João Amato (Org.); MARINHO, Bernadete De Lourdes; CORREIA, Germano Manuel; FUCCI AMATO, Lucas. **Gestão Estratégica de Fornecedores e Contratos - Uma Visão Integrada.** São Paulo: Saraiva, 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais.** – 2. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NORONHA, Fernando. **O direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais – Autonomia privada, Boa-fé, Justiça Contratual.** – São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, v. 30, n. 90, jun., 2003, p. 55-84.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.** – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Campus, 2005.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. – Salvador: JusPodivm, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e STEINER Renata Carlos. O paradigma da essencialidade nos contratos: recensão da obra de Teresa Negreiros. – São Paulo: **Revista direito GV**, v. 4 (2), jul.-dez. 2008, p. 569-582.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. (Orgs.). **Análise Econômica do Direito: uma introdução**. – Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia” ? *In*: TIMM, Luciano Benetti; *et al.* **Direito & economia**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; RUFINO, André. Direito geral de liberdade. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *et. al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Clóvis Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo** – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. – Coimbra: Coimbra, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 1: processo de conhecimento**. 7. ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longa duração e dever de cooperação**. – São Paulo: Almedina, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual (RDP)**, n. 29, ago./2005, p. 38-56.

_____. **Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais.** Coluna digital do Portal Migalhas, de 21 de outubro de 2015. p. 2. Disponível em: <https://goo.gl/x1rCm9>. Acesso em 03.10.2017.

TARUFFO, Michele. *Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. Páginas sobre justicia civil.* Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Marcial Pons, 2009.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VANZELLA, Rafael. O Contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista DireitoGV**, v. 1, n. 2., jun.-dez., 2005, p. 221-227.

VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 8, ano 3., p. 275-302. São Paulo: Ed. RT, jul.-set., 2016.

WANDERLEY, Fernandes (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos Contratos empresariais.** São Paulo: Saraiva, 2007. (Série GVlaw).

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance.** New York: Oxford University Press, 1996.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction Cost Economics: the natural progression. **The American Economic Review**, vol. 100, nº 3, 2010, p. 673-690.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.) **Negócios Processuais.** 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 74-92.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.