

**“CONTRATUALIZANDO O PROCESSO”: TRÊS NOTAS SOBRE OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS (E SEU POSSÍVEL “FRACASSO”)<sup>1</sup>**

***‘CONTRACTING FOR PROCEDURE’: THREE TOPICS ABOUT CONTRACTUALIZED PROCEDURES (AND THEIR POSSIBLE “FAILURE”)***

*Gustavo Osna*

Professor Adjunto dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da PUC/RS. Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado. Curitiba/PR. E-mail [gustavo@mosadvocacia.com.br](mailto:gustavo@mosadvocacia.com.br)

**RESUMO:** O tema dos negócios jurídicos processuais tem recebido, ao longo dos últimos anos, especial atenção doutrinária – não apenas no Brasil, mas também em perspectiva comparada. Contudo, há quem indique que essa preocupação não viria tendo a mesma repercussão prática, evidenciando um possível fracasso do mecanismo. O presente ensaio problematiza essa questão, a partir de três notas: (i) nem todo processo é propenso à customização (devido ao seu jogo de custos e de benefícios), e nem toda customização é tão extrema quanto se costuma supor; (ii) como modificação cultural, as convenções obviamente não produzirão impacto imediato – especialmente pelo fato de seu campo ainda ser marcado por incertezas; e (iii) diante da impossibilidade de conhecimento pleno sobre as convenções *ex ante*, a viabilidade de se aferir empiricamente sua utilização é bastante limitada. Diante desses elementos, alerta-se, então, para o risco de se cravar de maneira insuficiente um potencial insucesso do instrumento, ainda incipiente em nossa realidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Negócios Processuais; Custos e Benefícios; Cultura Processual; Efetividade Procedimental.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 21/09/2019 e aprovado em 04/05/2020.

**ABSTRACT:** Procedural agreements are receiving, over the last few years, substantial academic attention - not only in Brazil, but also in comparative perspective. Nonetheless, some lecturers and practitioners are starting to sustain that such element is not achieving the same dimension at reality, which could lead to the conclusion that it has failed. This essay refuses that conclusion, based on three notes: (i) procedural customization is not thought to every case (due to its costs and benefits) and will not always receive extreme shapes; (ii) as a cultural modification, procedural agreements surely could not have an immediate impact - especially due to the current uncertainty about the dimension of its enforcement; and, (iii) since *ex ante* agreements cannot be fully known, any empirical study of their use might be insufficient. Considering these topics, one must be careful to present any conclusions about the mechanism's fate, since it still incipient in our reality.

**KEY WORDS:** Procedural Agreements; Costs and Benefits; Procedural Culture; Procedural Effectiveness.

## 1. Introdução

Poucos temas receberam tanta atenção na academia jurídica, ao longo dos últimos anos, quanto os negócios jurídicos processuais. Em resumo, a possibilidade de conferir às partes uma maior esfera de disposição a respeito do procedimento, mudando a feição tradicional do processo, mostrou-se teoricamente encantadora. E, em nossa realidade, esse discurso obteve cores ainda mais vivas com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015 – que conferiu a essa prerrogativa, antes excepcional, contornos de regra geral <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> De fato, conforme exposto em outra ocasião, a existência de hipóteses de convenção processual não é de todo recente em nosso processo civil. Na verdade, “por mais que o Código de Processo Civil de 1973 não encampe explicitamente essa guia valorativa, há vetores em sua redação que (ainda que de forma silente) parecem-nos partilhar do mesmo norte. Essa situação pode ser percebida, por exemplo, ao se admitir a celebração de cláusula contratual de eleição de foro. Também, ao determinar-se que o juízo territorialmente incompetente, se não oposta exceção, tenha prorrogada sua competência para análise do litígio. Embora nossa legislação possua regras voltadas à divisão de competência territorial, nas duas hipóteses se admite sua derrogação por iniciativa das partes. Seja pela disposição via contrato, seja pela atitude adotada em juízo, permite-se que os litigantes vinculem de forma restritiva a atuação estatal, sujeitando-a à decisão tácita ou abertamente celebrada. Ainda nessa linha está a possibilidade de negociação contratual dos parâmetros de ônus de prova, ou a faculdade conferida às partes para estipularem a suspensão do seu processo. Em ambas as circunstâncias, permite-se que os sujeitos adotem condutas de disposição capazes de vincular o Estado-juiz. Tanto em uma quanto na outra os titulares do conflito assumem papel de destaque na fixação de parâmetros procedimentais, estipulando como o julgador deve agir em caso de dúvida ou o sujeitando a uma suspensão do feito sobre a qual possui poderes

Ampliando os olhares, porém, percebe-se que a atenção a essa temática em nada representou uma exclusividade brasileira. Pelo contrário, a última década foi marcada por estudos de impacto realizados também em sede comparada a respeito do problema – avaliando, em maior ou em menor escala, seus possíveis meios de aplicação e seus potenciais benefícios<sup>3</sup>. O debate, então, recebeu importantes aportes trazidos por autores como Remo Caponi<sup>4</sup>, Roberto Bone<sup>5</sup> e Loïc Cadiet<sup>6</sup>.

Nesse rol de trabalhos vocacionados ao estudo da disponibilidade do processo pelas partes, uma das construções que assumiu inequívoco protagonismo foi trazida por Kevin E. Davis e Hellen Kirschhoff. Em seu célebre artigo “*Contracting for Procedure*”, no qual o título do presente ensaio é explicitamente inspirado, os autores analisaram de maneira seminal algumas das virtudes e dos eventuais pontos-cegos ligados à disciplina das convenções processuais<sup>7</sup>. Trouxeram, com isso, importantes luzes para diferentes elementos afetos à questão<sup>8</sup>.

---

limitados. Ocorre que, e sem prejuízo de tais exemplos (...) no novo Código de Processo Civil a inclinação em favor do “contratualismo” é mais acentuada. A proposta legislativa é mais firme nesse sentido, ampliando seu campo de incidência” e, conforme será sinalizado, prevendo uma via *atípica* de cabimento para as convenções”. Ver, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no novo CPC: aproximações preliminares. In. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.145-146.

<sup>3</sup> A questão é trazida em termos comparativos, verificando-se ainda alguns campos a serem potencialmente explorados pelos negócios processuais e os seus possíveis impactos, em FABBI, Alessandro. ‘*Privatizing Civil Justice through Procedural Agreements: a Comparative Law Analysis*. Disponível em <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/AlessandroFabbi2.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/AlessandroFabbi2.pdf)>. Acesso em 14 de julho de 2019.

<sup>4</sup> Assim, CAPONI, Remo. *Autonomia private e processo civile: gli accordi processuali*. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 99 e ss.

<sup>5</sup> Nesse sentido, BONE, Robert G. *Party Rulemaking: Making Procedural Rules Through Party Choice*. In. *Texas Law Review*. v.90. Austin: University of Texas School of Law, 2012. p.1329 e ss.

<sup>6</sup> Ver, por todos, CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010, p. 524. Também, CADIET, Loïc. *Les conventions relatives su procès en droit français*. Sur la contractualisation du règlement des litiges. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 7 e ss.

<sup>7</sup> DAVIS, Kevin E. HERSHKOFF, Hellen. *Contracting for Procedure*. In. *William & Mary Law Review*. v. 53. Williamsburg: William & Mary Law School, 2011. p. 507 e ss.

<sup>8</sup> Na visão dos autores, seria necessário dedicar atenção ao tema por diferentes motivos: “First, contract procedure appears to be an important phenomenon in its own right. Second, without considering the implications of contract procedure it is difficult to gauge the ramifications of other forms of private involvement in dispute resolution, including arbitration and post-dispute procedural stipulations. Indeed, without knowing how “public” the public courts will be, one cannot meaningfully assess allowing litigants to opt out of the public courts in favor of private processes. Even for its fiercest critics, arbitration may be the lesser of two evils in comparison to courts that private actors are free to reconfigure through contract procedure. Others may conclude that contract procedure represents the best way for the public courts to respond to the issues raised by arbitration and other private processes”. *Idem*. p. 511-512.

Não obstante, alguns anos depois, os próprios Davis e Hershkoff em nova análise teórica<sup>9</sup>, enfrentaram (e colocaram em xeque) outra constatação relacionada ao tema que se tornou relativamente comum. Trata-se do fato de os negócios jurídicos processuais, talvez, terem recebido *maior importância teórica do que prática*; terem se tornado um tema mais aderente ao *processo dos livros* do que ao *processo da realidade*<sup>10</sup>. Confirmada essa premissa, o próprio esforço dedicado à compreensão desse tópico poderia se tornar questionável - flertando com os perigos do academicismo e desviando olhares dos verdadeiros problemas do processo<sup>11</sup>.

É possível realmente afirmar, porém, que a matéria das convenções processuais não se consolidou em termos concretos? Que tipo de hiato levaria a essa questão? Quais as possíveis lacunas que embasam essa dissonância, e que tipo de peças poderiam ser efetivas para garantir seu preenchimento?

O presente ensaio apresenta três peças que se inserem nesse quebra-cabeças. Por meio delas, pretende-se contribuir para o debate ligado ao tema dos negócios jurídicos processuais e, especificamente, à compreensão de seus possíveis impactos concretos e da sua eventual hipotrofia prática. Como será exposto, a questão possui alguns desdobramentos e elementos bastante mais complexos do que se costuma supor.

---

<sup>9</sup> DAVIS, Kevin E. HERSHKOFF, Hellen. *Contracting for Procedure Redux*. Disponível em <<https://blog.harvardlawreview.org/contracting-for-procedure-redux/>>. Acesso em 12 de julho de 2019.

<sup>10</sup> “Legal scholars often are criticized for devoting hundreds of pages to theorizing about mountains that turn out to be molehills when examined in the light of data drawn from practice. Scholarship at the intersection of contracts and civil procedure, to which we have contributed, has been accused of falling into that trap. Six years ago, we published a law review article on a phenomenon called “contracting for procedure,” defined as the practice of using contracts drafted prior to the onset of any dispute to set out procedural rules for disputes adjudicated in the public courts. We argued that it is important to consider how this practice affects public interests as well as the narrower private interests of the contracting parties.

(...) any (but not all) of these articles were, like ours, typical of traditional legal scholarship: long on discussion of the relative importance of values like party autonomy, efficiency, and public interests, but short on facts. Fortunately, the predominantly normative and theoretical interventions provoked empirical responses. A handful of enterprising law professors actually took the time to investigate how much contracting for procedure in fact goes on, and to the extent it does, what form it takes. So far, their findings suggest contracting for procedure is not very common at all. This in turn suggests that concerns about contracting for procedure are overblown and legal scholars should find more pressing topics to debate”. *Idem*.

<sup>11</sup> A respeito dos riscos dessa espécie de postura, afastando o processo dos livros do processo da realidade, ver OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

## 2. Três Notas Sobre os Negócios Jurídicos Processuais

### 2.1. Um Problema de Premissa: Nem todo Processo é Customizável, e Nem Todo Negócio é Radical

Conforme posto na introdução acima, então, tem se tornado relativamente comum a percepção de que há um descompasso entre *teoria e prática* no campo dos negócios jurídicos processuais; de que, nessa seara, o *discurso* não parece atingir um grau satisfatório de *concretização*. Sob esse viés, a atenção teórica dedicada ao tema não teria alcançado a necessária repercussão material; por mais que diferentes estudos tenham enfrentado as possibilidades e as virtudes das convenções processuais, elas seguiriam distantes do mundo dos fatos.

Em relação a essa ressalva, entretanto, consideramos que surge imediatamente uma *primeira nota* a ser trazida para a compreensão da matéria. É que, em nossa visão, se há um aparente insucesso dos negócios processuais ele decorre, antes de tudo, de um *desalinhamento de expectativas*; de um *problema* ligado às próprias *premissas* estabelecidas para o estudo da matéria. Isso, seja em seu campo de incidência, seja em seu próprio conteúdo.

Para demonstrar a primeira das pontas, a questão a ser inicialmente lembrada é que, pela sua essência e pelos seus propósitos, *os negócios jurídicos processuais não são um instituto ótimo para todo e qualquer processo*. Como consequência, caso se almeje realizar qualquer análise empírica a respeito da sua utilização<sup>12</sup>, essa constatação deve impactar a própria delimitação do *campo* a ser avaliado. Se as convenções processuais não se prestam plenamente a *todo e qualquer processo*, não pode ser esse o parâmetro adotado para aferir sua utilização.

De fato, em um breve resgate é preciso indicar que os negócios jurídicos processuais consistem, essencialmente, na possibilidade conferida às partes de *pactuarem* a respeito de regras, de parâmetros ou de posições inerentes ao processo e a seu procedimento

---

<sup>12</sup> Veja-se ainda que, conforme será enfatizado ao longo do ensaio, essa própria possibilidade de análise empírica sofrerá uma constante limitação: levando em conta que há negócios processuais celebrados de maneira anterior à existência de qualquer conflito, e que na execução do negócio que lhe dá fundo podem não se manifestar disputas, é crível que referida convenção jamais seja levada ao Judiciário ou se torne publicamente conhecida.

<sup>13</sup>. Trata-se, enfim, de permitir que os próprios litigantes, por meio de um ato de vontade, *alterem o desenho tradicional* a que a resolução de conflitos deveria se sujeitar – agregando a ele outras cores e modificando seus traçados originais. Oferece-se, com isso, maior disponibilidade às partes e maior prestígio à ideia de autonomia da vontade.

Por qual motivo, porém, os sujeitos optariam pela adoção dessa *customização processual*? Que tipo de vetor os levaria a abdicar do procedimento tradicional, com seu percurso claramente definido, para desenhar novos atalhos e buscar caminhos alternativos?

A resposta às indagações, por mais que possa soar intuitiva, deve ser sempre frisada: a celebração de convenção processuais nada mais é do que uma procura, pelas partes, de *proteção do próprio interesse*. Ainda que sua concretização dependa de uma concertação de vontades, é inequívoco que, no momento de celebração do negócio, cada um dos envolvidos procura *maximizar*, em seu próprio favor, *a relação entre custos e benefícios do processo* <sup>14</sup>. Quem celebra uma convenção não o faz por capricho ou pelo simples fato de o diploma processual civil lhe atribuir essa prerrogativa, mas sim por vislumbrar na técnica um caminho para obtenção de determinada vantagem pessoal.

Partindo dessa premissa, contudo, torna-se bastante nítido que o sujeito *apenas irá celebrar as convenções processuais se os benefícios por ela ocasionados superarem os seus custos*. Evidentemente, a fixação de um negócio traz consigo externalidades que não podem ser refutadas – como o próprio debate que antecede a obtenção de qualquer acordo de vontades. E em inúmeras ocasiões é possível que esses aspectos tornem a convenção indesejada ou desproporcional, impondo custos sem que haja uma contrapartida suficiente e eficaz <sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Na dicção de Fredie Didier Jr., “negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento. Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais”. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In. *Revista Brasileira da Advocacia*. v.1. São Paulo: Ed. RT, 2016. Por sua vez, Antonio do Passo Cabral salienta que “convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.68.

<sup>14</sup> Ver, por todos, *passim*, DRAZOHAL, Christopher R. O’CONNOR, Erin O’Hara. Unbundling Procedure: Carve-Outs From Arbitration Clauses. In. *Florida Law Review*. v.66. Gainesville: University of Florida Levin College of Law, 2014.

<sup>15</sup> A respeito da natureza eminentemente custosa das convenções processuais, Drazohal e O’Connor pontuam que “drafting costs could inhibit the parties, but adding a sentence or even a paragraph to a high-value contract

Esse ponto é reforçado ao endereçarmos os olhos à realidade e recordarmos que nosso sistema judiciário se encontra marcado por situações de *litigância repetitiva* e de *debates reiterados*; de *easy-cases*, que, em um modelo processual mais *proporcional*, possivelmente sequer possuiriam sua atual formatação<sup>16</sup>. E nesses casos parece pouco crível que os negócios efetivamente pudessem agregar o necessário valor às partes. Disso, porém, não se deve extrair um eventual fracasso da técnica. Pelo contrário, a única constatação é que ela *não serve para tudo* – no que, aliás, ela em nada se diferencia de boa parte dos mecanismos processuais, como a inversão do ônus probatório ou a determinação *ex officio* de prova pericial.

Além disso, sinalizou-se acima que a frustração das *expectativas* depositadas sobre os negócios jurídicos processuais também decorre de outro elemento atribuível a elas, e não ao instituto. Esse segundo fator, como dito, possui natureza *material*, dialogando com a própria *imagem* que comumente se faz a respeito dos negócios. É que, apreciando o tema, é comum que sua problematização costume partir de exemplos *radicais* e *extremados* de convenções. Materialmente, contudo, sua concretização pode ser muito mais *tênue* e *sútil*.

De fato, em estudos ligados aos negócios processuais não é raro que se coloquem na mesa circunstâncias marcadas pela limitação absoluta de prerrogativas de uma das partes (como a restrição unilateral da possibilidade de produzir provas) ou situações de modificação procedimental abruptas e sensíveis (como a pactuação de recurso *per saltum* a Tribunais Superiores). Logicamente, esse tipo de parâmetro é estabelecido por um motivo didático bastante rico: nessas hipóteses, pode-se testar e debater os *limites* a que os negócios processuais devem se sujeitar. Ainda assim, porém, é preciso que se evite aqui a criação de *espantinho*, acreditando que serão apenas essas as convenções processuais a serem vistas na

---

should not prove preclusive. Instead, procedural customization could prove costly because of forecasting problems. Specifically, parties face a variety of different risks in their contractual relationships that could turn into disputes. Counterparties might not perform as they promise; they might perform, but in a negligent manner; they might cause a personal or financial injury to others in the course of performance; or they might perform perfectly, but steal a party's personal property, intellectual property, or other proprietary information. These are just a few of the possible risks. If these risks materialize, they could lead to disputes involving many possible claims including breach of contract, negligence, trespass, conversion, actions for indemnity, misuse of intellectual property, etc. Given this diversity of possible risks and their accompanying legal claims, the optimal procedures for one potential dispute might well not prove optimal for others. Forecasting and then articulating the best possible procedures for each of these disputes could prove too costly, especially when the parties must agree that those procedures mutually benefit them". Idem. p. 1990.

<sup>16</sup> Sobre o tema, ver, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.

realidade.

Com efeito, se foi visto acima que os negócios processuais representam um mecanismo voltado à efetivação de um *autointeresse*, é certo que a alteração do procedimento pode ocorrer na exata dimensão em que os seus possíveis *benefícios* excedam os seus *custos*. Sem ingressar no mérito dos eventuais efeitos públicos ligados às convenções, será essa a sua gênese sob o enfoque exclusivo dos particulares. E, partindo dele, a modificação pode ser *bastante mais sutil* do que a maioria dos exemplos teóricos costuma supor – especialmente porque, assim ocorrendo, também os *custos* necessários para a celebração da convenção podem se mostrar menos significativos <sup>17</sup>.

Desse modo, adotando expressão corriqueira na área da mediação e da composição, também ao se falar nos negócios processuais se deve ter em mente que *one size does not fit all* <sup>18</sup>. Sob esse mesmo guarda-chuva conceitual, enquadram-se hoje desde medidas que poderiam desafiar o cerne de nosso processo até questões bastante singelas, como a suspensão convencional da disputa. Para aferir a real incidência das convenções, então, é preciso conferir aos olhares enquadramento elástico o suficiente para dar conta de ambas as realidades.

Em relação a esse ponto, é interessante perceber que se pode fazer aqui uma breve analogia, pautada no fato de também ali ocorrer uma tentativa de valorização da

---

<sup>17</sup> Expondo essa sutileza na realidade norte-americana, Moffitt pontua que “some descriptions of litigation hold it up as a well-defined, predictable sequence of pre-determined stems, applied equally to all disputants appearing in court. This vision of litigation is, in some ways, the fantasy of first year Civil Procedure students, eager to grasp solid answers about how the litigation process unfolds. At a broad level of abstraction, it is certainly true that every piece of litigation includes predictable, rule-driven components. Disputants define the scope of the dispute, courts make determinations about the scope of their authority, disputants engage in information exchange, the factfinder makes determinations of the facts which are then compared to the relevant substantive legal standards, and so on. In the details, however, one finds considerable variation, even within the same court system, even with cases that share outward similarities. The fact that litigants already make choices that shape their litigation experience is important to note because it suggests— accurately—that we have already begun the customization experiment. Though perhaps not explicitly, we are already exploring the appropriate boundaries of customization. Isolated and relatively modest versions of customization are already available to litigants, providing us at least a partial window onto the experiences we might expect with broader customization. Customization currently takes shape in one of two ways. Some forms of customization occur before litigation commences, through contractual agreements between the parties regarding an aspect of the litigation process that is yet to come. Other forms of customization take place during litigation, either contractually or through existing procedural devices that provide explicit opportunities for parties to tailor their litigation experiences”. MOFFITT, Michael. Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable. In. *George Washington Law Review*. v.75. Washington: George Washington University, 2007.

<sup>18</sup> Assim, BUSH, Robert Baruch. One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance. In. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 19. Columbus: The Ohio State University, 2005.

autonomia da vontade, com o uso de cláusulas de *carve-out* na definição de competência arbitral. É que, por mais que inúmeros debates tenham procurado focar a dicotomia entre jurisdição e arbitragem sob um viés *excludente*, incumbindo às partes uma escolha absoluta entre alguma das pontas, a concretização do instituto vem demonstrando uma utilização cada vez mais gradual de técnicas de *convivência* e de *conjugação*<sup>19</sup>. Também aqui, então, a modificação se mostra mais sutil do que o argumento teórico costumava supor.

## 2.2. *Negócios Processuais, Cultura Jurídica e Dubiedade Interpretativa*

Ao lado do aspecto anterior, há um segundo ponto que nos parece decisivo para a aparente dissonância entre o discurso dos negócios processuais e a sua utilização. Também aqui, o ponto a ser focado diz respeito às *expectativas* depositadas sobre a utilização da técnica, mas sob outra perspectiva. É que, flagrantemente, a modificação da dinâmica do processo, valorizando-se em seu curso um maior poder de disposição pelas partes, corresponde a uma *mudança cultural* na atividade jurídica. *E não soa crível que qualquer modificação provida desse viés seja capaz de produzir efeitos imediatos.*

Levando-se em conta a construção histórica de nosso sistema, pode-se dizer que seus atores estão amplamente habituados com a possibilidade de celebração de convenções processuais? Esse tipo de prerrogativa se encontra plenamente internalizada na prática dos operadores da disciplina? Possui-se pleno domínio a respeito dos seus limites e, especialmente, das suas potencialidades?

A resposta às indagações parece bastante clara. Como percebido por teóricos como Oscar Chase, a forma de resolução de disputas estabelecida em determinado ambiente constitui uma realidade eminentemente *cultural*— dialogando com as instituições visíveis e

---

<sup>19</sup> “Assuming a binary choice, parties would choose to arbitrate rather than litigate their future disputes if the performance incentives to arbitrating minus the expected arbitration costs, minus the cost of contract specification exceed the performance incentives of litigation minus expected litigation costs. reality, however, the choice between litigation and arbitration is not binary; in many contractual settings parties choose the litigation bundle of procedures for most claims but reserve the right to take particular claims or determinations to arbitration. Alternatively, parties who have chosen an arbitral bundle of procedures for most of their claims regularly reserve a right to litigate certain claims, obtain certain remedies in court, or both”. DRAZOHAL, Christopher R. O’CONNOR, Erin O’Hara. Ob. cit. p. 1956

invisíveis existentes em seu contexto<sup>20</sup>. Mais que isso, porém, a própria esfera jurídica integra esse pano de fundo cultural e nele se desenvolve; edifica ali seu *campo*, provido de linguagens e de práticas reiteradas e retroalimentáveis<sup>21</sup>. E, nesse arranjo, a possibilidade de customização do processo, por meio de negócios processuais, constitui um elemento recém-chegado a uma engrenagem que já se encontra em funcionamento<sup>22</sup>. Não surpreende, então, que sua absorção ao quadro existente seja bastante gradual.

Ratificando essa questão, cabe aqui recordar, uma vez mais com Chase, que nossas práticas processuais são tradicionalmente ensinadas e repetidas de maneira espontânea ou irreflexiva: ao deixar os bancos da faculdade de Direito, o sujeito passa a prontamente operacionalizar a resolução de disputas da exata forma que aprendeu nos bancos escolares. A construção da matéria, por mais que seja preponderantemente retórica e

---

<sup>20</sup> Assim, CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014. Também, TARUFFO, Michelle. *Cultura e Processo*. In. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LXIII. Milano: Giuffrè. 2009. Ainda, MITIDIERO, Daniel. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil*. In. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. n.33. Curitiba: Genesis, 2004. p.485 e ss. JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

<sup>21</sup> O fenômeno é percebido por Bourdieu, levando-o a afirmar que “a instituição de um <espaço judicial> implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de facto dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social. A constituição de uma competência propriamente jurídica, mestria técnica de um saber científico frequentemente antinômico das simples recomendações do senso comum, leva à desqualificação do sentido de equidade dos não-especialistas e à revogação da sua construção espontânea dos factos, da sua <visão do caso>. O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar num <justiciável>, quer dizer, num cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico, etc., nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões do mundo”. BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989. p.225-226.

<sup>22</sup> Remo Caponi relaciona o possível avanço das convenções processuais com a própria superação de um ideário processual pretensamente pautado por uma divisão demasiadamente rigorosa entre seus elementos *públicos* e *privados*. Para tanto, amparando-se nas ideias de Chiovenda, afirma o teórico que “la necessità della scienza del diritto processuale di scegliere il settore dello ius publicum, per non essere frantumata nel campo di tensione provocato dai due poli concettuali contrapposti, non è un’operazione indolore, come possiamo scorgere tra le righe del discorso di Chiovenda: «volendo ricondurre la legge processuale civile in una delle due grandi partizioni del diritto, può dirsi che essa appartiene al diritto pubblico, perché regola più o meno immediatamente un’attività pubblica. Ma si deve riconoscere che essa è autonoma, cioè ha una posizione speciale, che deriva dall’intreccio continuo dell’interesse generale e dell’interesse individuale nel processo civile. Se l’attuazione delle legge in sé è una funzione dello Stato, il quale è sommamente interessato al modo e agli effetti del suo esercizio, alla rispondenza della própria attività al suo scopo, è certo che all’andamento del processo e al suo risultato nel caso concreto sono principalmente interessate le parti, che aspirano attraverso l’attuazione della legge a un bene della vita» (...) È giunto il momento di liberarsi dei riflessi mentali di questa dicotomia per lavorare alla costruzione di un diritto intermedio e interstiziale. Una costruzione di cui si rinvencono tracce nel passato, benché queste siano rimaste sommerse dalla impostazione allora dominante”. CAPONI, Remo. *Ob. cit.*

artificial, torna-se então *natural* aos seus olhos <sup>23</sup>. Por força disso, qualquer elemento ideologicamente provido de sentido ou de suporte diverso passa a ser visto como *estranho*, *alternativo* ou *desnecessário*.

Nada poderia iluminar mais essa questão do que o tratamento hoje conferido aos próprios *meios* (ditos) *alternativos de resolução de disputas*. E isso porque, na realidade, é possível sustentar que referidos mecanismos não apresentam uma verdadeira *alternatividade* – representando em inúmeras hipóteses e em diferentes contextos o caminho mais usual para a pacificação de disputas <sup>24</sup>. O rótulo, porém, advém da visão essencialmente estatalista que hoje marca nossa *cultura jurídica* – fazendo com que quaisquer peças que não se adequem a ela de imediato possam ser vistas como menos importantes no tabuleiro <sup>25</sup>.

Enfim, sintetizando esse ponto, parece-nos certo que somente o tempo, a prática, o ensino e a repetição farão com que as convenções processuais efetivamente se insiram no ideário de nosso operador do processo. Mais que isso, considerando que referida

---

<sup>23</sup> “A prática social de resolução de disputas, procedimentalmente descrita e sucessivamente repetida, é um ritual que influencia e dá base à própria cultura em que se desenvolveu. De fato, o processo judicial e a aceitação de seus resultados pela sociedade projetam a autoridade do juiz e as próprias pessoas que lhe investiram deste poder: “é através de práticas rituais periódicas que os sentimentos sociais preservam sua força e sua vitalidade”. Seja o julgador um príncipe ou um líder, o ritual de julgamento é uma das formas pelas quais seu poder é constituído. A partir de seus impactos e efeitos, a decisão confirma ritualmente a posição diferenciada exercida por seu prolator. Mesmo em sociedades democráticas “há tanto uma elite governante quanto um conjunto de formas simbólicas que confirma o fato de realmente estarem governando”. Os rituais intrínsecos à resolução de conflitos se colocam no bojo desse “conjunto de formas simbólicas”. Como a maioria dos rituais, o processo de pacificação de disputas possui uma tendência conservadora, recorrendo à tradição. Suas práticas repetitivas tendem, como afirmei, a afiançar concepções e arranjos já existentes”. CHASE, Oscar G. Ob. cit. p.169.

<sup>24</sup> Não é por acaso que, atualmente, essa própria nomenclatura é usualmente questionada. Assim, “ADR has become so diverse in its processes and dispute arenas that professionals are endeavoring to coordinate and make sense of these various efforts (...) as ADR developed and expanded, practitioners began to change how they looked at it, even questioning its name. For some practitioners, the courts are really the alternative dispute settlement process, suggesting that “ADR” represents the usual conflict resolution processes. Others have suggested that the “A” in ADR should stand for appropriate, since in ADR the parties choose the process they feel is most appropriate for their needs and interests. Still others say conflict resolution (CR) should replace ADR. Others offer collaborative problem solving (CPR) as the better term”. BARRETT, Jerome T. BARRETT, Joseph P. *A History of Alternative Dispute Resolution The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004. p.256-257.

<sup>25</sup> Problematizando a questão, Ian Macneil destaca que “the fact that little is really new in ADR is obscured by the very phrase, Alternative Dispute Resolution. The word alternative means alternative to dispute resolution processes of the State – the judges, juries, administrative dispute resolvers, and the like of the State legal system. Thus the term ADR presupposes that the primary, fundamental dispute resolution system is that provided by the State, alternative methods being secondary, supplemental, and probably suspect. This statist view of dispute resolution simply turns the world upside down, whether we look to history or to present socioeconomic behavior. Historically the truly *alternative* dispute resolution methods are those of State law. State law is the Johnny-come-lately on the scene, because the State itself is a relatively recent development”. MACNEIL, Ian R. *American Arbitration Law – Reformation, Nationalization, Internationalization*. New York: Oxford University Press, 1992. p.03-04.

customização representa uma alternativa voltada à maximização do próprio interesse, é possível que somente a exploração e o teste, o acerto e o erro, consolidem caminhos e ideias que possam verdadeiramente se prestar a esse papel. E isso certamente não ocorrerá do dia para a noite <sup>26</sup>.

Ao lado desse elemento, há ainda outra questão que também tende a minorar a utilização contemporânea das convenções processuais, mas que, futuramente, deverá ser reduzida pela própria aplicação do mecanismo. É que, atualmente, é inequívoco que nossa codificação processual permite a celebração de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos. Porém, é menos claro quais são os exatos *limites* ou *parâmetros* que devem restringir ou nortear essas convenções. Como consequência, se a técnica é voltada exatamente ao aprimoramento da relação entre custos e benefícios do processo, essa *insegurança* exerce um claro importante papel dissuasivo na sua concretização.

Para elucidar essa questão, vale lembrar que, conforme já reconhecido em diferentes momentos pela doutrina brasileira, o Código de Processo Civil de 2015 consagra expressamente em seu texto diferentes *negócios processuais típicos* – tornando claro o seu cabimento no campo processual. Insere-se aqui, por exemplo, a possibilidade de que as partes escolham o *expert* responsável pela produção da prova técnica eventualmente necessária, naquilo que se tem por vezes denominado de “*perícia convencional*”.

Ao lado desse elemento, o diploma também dá um importante passo para a viabilização da matéria ao estabelecer, em seu art. 190, um permissivo geral para a celebração de *negócios processuais atípicos*. É que, em sua exata redação, o dispositivo estabelece que “*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*”. Essa autorização é ainda complementada pelo parágrafo único do mencionado artigo, que estabelece que “*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*

---

<sup>26</sup> Nesse ponto, Hoffman afirma que as convenções processuais estariam submetidas ao próprio ciclo natural de toda *inovação* inserida no contexto dos contratos – razão pela qual a difusão do seu uso seria antecedida por diferentes etapas de validação e de consolidação. Ver, HOFFMAN, David A. Whiter Bespoke Procedure? In. *University of Illinois Law Review*. n.2. Champaign: University of Illinois College of Law, 2014. p.245-249.

*se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.*

Ocorre que, desde a positivação de referido enunciado, não faltaram *dúvidas* e *incertezas* quanto à verdadeira *extensão* a ser dada ao permissivo legislativo – expressando dúvidas que, na realidade, atingem de maneira global o próprio tema das convenções processuais<sup>27</sup>. Em síntese, colocam-se em cena os eventuais *limites* a serem postos diante da ampla possibilidade de convenção, indagando-se se aqueles previstos no próprio art. 190 (isso é, a capacidade das partes, o fato de o direito admitir autocomposição, a inexistência de nulidade ou de abusividade em contrato por adesão e a ausência de vulnerabilidade) seriam o suficiente. Nesse cenário, exemplos *radicais*, como aqueles já referidos no item anterior, costumam ser colocados no palco e servir como pano de fundo para o debate.

Afinal, caso observados os parâmetros literais do dispositivo, seria possível que *qualquer* acordo, por mais que possivelmente colidente com as garantias do processo ou com a própria estruturação do nosso Poder Judiciário, fosse tido como válido e eficaz? Seria possível, por exemplo, que apenas uma das partes abdicasse antecipadamente da possibilidade de recorrer ou de produzir provas? Seria viável uma customização rigorosa dos prazos e das formas dos atos processuais, sem que o Judiciário tivesse aptidão para controlá-la? Como essa questão dialogaria com a proteção da legalidade<sup>28</sup>?

Nessa espécie de debate, costuma entrar em cena o próprio *valor público* que as convenções podem ou não agregar, surgindo uma justificável preocupação com os seus impactos sobre a sociedade e sobre a nossa já exaurida máquina judiciária. Tivemos a possibilidade de enfrentar o tema em outra ocasião, verificando que, de fato, essa é uma questão que não pode ser deixada de lado<sup>29</sup>. Também na doutrina brasileira, Antonio do

---

<sup>27</sup> Sintetizando o problema, Bone pontua que “the debate over party rulemaking is sharply divided. Some scholars favor broad freedom to customize procedure both before and after a dispute arises. Others urge much stricter limits. Both sides agree that relative bargaining power and externalities are important factors, but they disagree about how the costs and benefits should be weighed. Proponents of a broad scope for party rulemaking argue that the efficiency and autonomy benefits outweigh the costs. Those who advocate strict limits place greater weight on the potential unfairness to weaker parties and focus more strongly on risks to adjudicative legitimacy and on other institutional costs”. BONE, Robert G. Ob. cit. p.1333-1334.

<sup>28</sup> Em relação a esse último ponto, veja-se que Remo Caponi sustenta que a aplicação dos negócios processuais passaria pela própria releitura da ideia tradicional de *legalidade* – especialmente por ela ter sido pensada para outro contexto. Nas palavras do autor, “in sintesi, il principio di legalità della disciplina processuale è riaffermato in un contesto culturale profondamente mutato rispetto a quello ottocentesco. Un contesto nel quale l’interprete teorico e l’operatore pratico del diritto si sono definitivamente liberati dai panni striminziti dell’esegeta, per assumere quelli del coproduttore ed intermediatore di senso dele norme processuali, all’interno di un sistema legale che è come un «polmone aperto sull’esperienza»”. CAPONI, Remo. Ob. cit.

<sup>29</sup> Assim, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no projeto de CPC – aproximações preliminares. p.150-155.

Passo Cabral, em aprofundada investigação a respeito das convenções processuais, salienta a necessidade de olhares atentos (entre outros limites gerais e específicos) para a eventual colisão entre o seu conteúdo e o *núcleo essencial* das garantias do processo<sup>30</sup>. No âmbito comparado, a questão também é enfrentada por autores como Bone, indicando a impossibilidade de que as negociações maculem a legitimidade normativo-institucional do processo<sup>31</sup>, e por Resnik, suscitando o risco de que as convenções desvirtuem as funções contemporâneas da jurisdição<sup>32</sup>.

Para as atuais finalidades, porém, o principal ponto a ser extraído dessa série de aspectos é que o intenso debate a respeito dos contornos que os negócios processuais podem assumir ocasiona, sem sombra de dúvidas, *insegurança* nesse particular. Sendo assim, é evidente que a análise de custos e de benefícios ligada à customização do processo é impactada: não sendo certo se o Judiciário irá ou não chancelar o termo, a parte é logicamente desmotivada a firmá-lo – já que seus eventuais benefícios são colocados na berlinda<sup>33</sup>.

Perceba-se, ainda, que essa insegurança sequer pode ser vista como uma exclusividade dos negócios jurídicos processuais *atípicos* - amparados pela cláusula geral

---

<sup>30</sup> “Identificada a garantia processual afetada, deve-se enxergar sua margem de disponibilidade. Para tanto, a tarefa é analisar se a convenção atinge seu âmbito de proteção intangível ou, na expressão consagrada no direito constitucional, seu núcleo essencial (...) nos acordos processuais, também se deve buscar a preservação de um núcleo elementar de garantias. Assim como a simples invocação de direitos fundamentais processuais não pode reduzir a autonomia privada a nada – porque a liberdade também é um direito constitucional – de outro lado o procedimento convencional deve respeitar a ideia de garantias mínimas do devido processo”. CABRAL, Antonio do Passo. Ob. cit. p. 335-336.

<sup>31</sup> Ver, BONE, Robert G. Ob. cit. p.1384 e ss.

<sup>32</sup> Nesse sentido, RESNIK, Judith. Procedure as Contract. In. *Notre Dame Law Review*. v.80. Notre Dame: University of Notre Dame, 2005. p.593 e ss.

<sup>33</sup> Apreciando a importância dessa consolidação, David A. Hoffman indica, abordando as convenções processuais a partir dos ciclos da inovação dos contratos e percebendo a importância que a atuação dos Tribunais pode trazer a esse avanço, que, “if we are in Stage One of the productive innovation cycle for these dispute resolution provisions, it would be important not to seize on evidence of particular examples of such terms—like the burden-shifting clauses described by Scott and Triantis—to imply that such terms are widespread. As theory predicts, in Stage One we would expect to see occasional innovations, as new entrants attempt to use contract terms to gain competitive advantages. But those terms will not be the standard, and most counterparties will not actually be permitted the opportunity to “purchase” them, even if they are otherwise welfare enhancing. Stage Two will commence when sufficient, highly salient, exogenous shocks commence to rattle the status quo. What would such shocks look like? A Supreme Court decision making terms salient—and explicitly approving their enforceability—would be exemplary. Decisions like *AT&T v. Concepcion* (validating class-arbitration waivers) and *Carni-vale Cruise v. Shute* (validating forum selection clauses) could have spurred attorneys to consider clauses that they previously would have left unused. The take-away from this analysis is that until a bespoke procedure clause is challenged, and approved, in a high-profile litigation before a high-profile court, or considered in the Rules Amendment process, it is unlikely that such clauses will become widespread”. HOFFMAN, David A. Ob. cit. p.428.

indicada acima. É que, como visto, nosso atual sistema também prevê convenções de natureza *típica*, estabelecendo de maneira textual a sua admissibilidade. Contudo, igualmente em relação a elas ainda há dubiedades ligadas aos *efeitos* e aos *limites* da sua avaliação em sede jurisdicional.

O exemplo previamente utilizado para ilustrar essa questão foi o da “perícia convencional”. E ele também ele pode servir para a demonstração dessa dubiedade. De fato, o Código de 2015 estabelece que “*as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento*” desde que “*sejam plenamente capazes*” e “*a causa possa ser resolvida por autocomposição*”. Entretanto, igualmente aqui há dúvidas ligadas à imperatividade dessa prova técnica para o curso do processo, podendo ameaçar os benefícios vislumbrados pelas partes em seu uso.

Caso realizada a prova pericial pelo *expert* designado pelas partes, poderia o julgador, caso considerasse necessário, determinar a realização de uma segunda perícia? Nessa hipótese, haveria necessidade de que também esse segundo especialista fosse indicado de maneira convencional? Em caso negativo, o negócio processual não correria o risco de ter o seu sentido esvaziado <sup>34</sup>?

Uma vez mais, consideramos que essa espécie de dilema coloca a aplicabilidade atual da técnica em uma zona de penumbra, o que, naturalmente, desencoraja seu uso. De qualquer sorte, será o próprio uso do mecanismo, somado ao papel uniformizador da jurisprudência, que poderá esvaziar essas interrogações. E será também ele que poderá fazer com que essa peça, paulatinamente, passe a ocupar seu espaço em nossa cultura processual.

---

<sup>34</sup> A questão é lembrada por Eduardo Talamini, defendendo que “a necessidade de preservação da vontade das partes é também dado essencial a se considerar quando se examina a possibilidade de destituição do perito consensual. Se a nomeação é feita pelo juiz, o perito pode ser substituído quando se evidenciar sua falta de conhecimento técnico ou científico ou quando injustificadamente não houver a entrega do laudo no prazo judicialmente fixado. Se o perito é consensual, é dado ao juiz tal poder? Não há como excluí-lo peremptoriamente. Permanece cabendo ao juiz o poder e o dever de zelar pelo correto andamento do processo. Por exemplo, mesmo quando o perito é consensual, cabe ao juiz fixar o prazo para a entrega do laudo (art. 471, § 2.º, parte final) – ressalva feita à possibilidade de calendário processual que abranja esse evento (art. 191 – hipótese em que, de todo modo, o juiz também participa da definição dos prazos). Não faria sentido o juiz ter o poder de fixar o prazo para a conclusão da perícia, se não pudesse aplicar as consequências pelo descumprimento de tal prazo. Também não parece razoável supor que um perito completamente inapto poderia permanecer investido no cargo apenas porque foi escolhido pelas partes. Então, em situações limites, poderá haver a destituição do perito consensual”. TALAMINI, Eduardo. *Perito Consensual*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235546,51045-Perito+consensual>>. Acesso em 15 de setembro de 2018.

### 2.3. A Cifra Oculta dos Negócios Prévios; Nem todo Negócio se torna Conhecido

Enfim, a terceira ressalva aqui trazida quanto ao possível insucesso dos negócios processuais possui um viés ainda mais severo - gerando sérias dúvidas sobre a própria viabilidade de que uma análise dessa natureza seja realizada. É que, de uma maneira geral, as convenções processuais podem ser caracterizadas como *anteriores* à disputa (*ex ante*) ou *posteriores* à disputa (*ex post*). Ambas são hoje admissíveis em nosso Direito. Contudo, as primeiras *podem jamais se tornar visíveis ao processo*. Em relação a elas, então, a própria possibilidade de investigação quantitativa é bastante limitada.

Para conferir maior clareza a esse aspecto, é possível estabelecer como premissa que, de uma maneira geral, costuma-se admitir a celebração de negócios processuais tanto *antes* da existência de qualquer conflito quanto *após* a sua verificação. Em um paralelo com a fixação de juízo arbitral, também aqui são assim aceitas convenções *prévias* (e por isso potencialmente mais amplas) e *subsequentes* (e por isso formuladas já com determinado conflito na alça de mira). Consideramos que essa segmentação é determinante, podendo dar a tônica da própria concertação de interesses que viabiliza a celebração dos negócios processuais<sup>35</sup>.

De fato, por mais que o elemento não possa ser aqui aprofundado, pode-se encontrar em doutrina a defesa bem fundamentada de que o palco *anterior* ao litígio constitui aquele mais propício para a celebração de negócios processuais<sup>36</sup>. Há diferentes motivos que justificam essa assertiva. De um modo geral, porém, podemos extrair dois principais aspectos inseridos nessa quadra: primeiramente, o fato de, em momento *anterior* à existência do litígio, a coordenação de vontades ser tendencialmente mais provável; além disso, o fato

---

<sup>35</sup> Identificando o impacto desse vetor temporal na consolidação dos negócios, Kapeliuk e Klement destacam que “the same modified rules have diferente implications when they are agreed upon *ex ante*—before the dispute—than when they are agreed upon *ex post*—after it arises. Since commitments to modify procedure are made by private choice and since the parties’ interests before the dispute are different than their interests after it arises, the same commitment must have different implications for the parties if it is made before the dispute than if it was made after it arises. Moreover, the range of potential future contingencies that the parties contemplate is fundamentally different, depending on the timing of the modification”. KAPELIUK, Daphna. KLEMENT, Alon. Changing the Litigation Game: An Ex Ante Perspective on Contractualized Procedures. In. *Texas Law Review*. v.91. Austin: University of Texas School of Law, 2013. p.1482.

<sup>36</sup> *Idem. passim.*

de a celebração de convenções *ex ante* poder servir como elemento de barganha negocial, facilitando a transação.

No que toca ao aspecto inicial, a questão parece encontrar forte embasamento na própria essência que conduz à celebração dos negócios jurídicos processuais. É que, como visto, a parte que se inclina a esse caminho o faz como imperativo do seu próprio interesse; procura, por meio dele, equalizar a relação entre os custos e os benefícios do processo em um sentido que lhe seja mais favorável. Dessa forma, na base do negócio se encontram dois sujeitos que, por mais que perseguindo o seu próprio benefício, verificam que esses propósitos coincidem em algum ponto ou questão.

Partindo dessa premissa, é bastante plausível que essa coordenação de interesses seja mais corriqueira *previamente* à existência do litígio<sup>37</sup>. E isso porque, após a sua verificação, o próprio comportamento estratégico pode ser alterado: se em momento anterior à efetivação da disputa seria improvável se identificar qual parte sofreria o prejuízo da demora processual, após a sua existência isso se torna evidente; se antes do litígio supõe-se que os custos do processo podem ser um problema para ambas as partes, a existência da lide é capaz de gerar interesses contrapostos quanto a esse aspecto. Em resumo, a construção procedimental que antecede a existência de qualquer conflito pode se dar sob um *véu da*

---

<sup>37</sup> “At the pre-dispute stage the parties hold incomplete information about their future position in the post-dispute stage. They do not necessarily know who will assume the role of plaintiff and who will be the defendant should a dispute arise. This state of common uncertainty enables the parties to modify procedures, to avoid abuse of process, and to save costs, as long as their agreement does not adversely affect their incentives to perform their contractual obligations and comply with substantive law. Additionally, since prior to the dispute the parties are eager to cooperate, they could modify procedural rules in exchange for payments transferred between them”. *Idem.* p.1483-1484. Discordando parcialmente dessa visão, Bone salienta que a distinção entre as possibilidades de acordo *ex ante* e *ex post*, sob a perspectiva da coordenação de interesses, não seria tão ampla quanto se poderia supor. Nas palavras do autor, “the informational differences between *ex ante* and *ex post* are not as stark as some commentators assume. The *ex ante* world is not a Rawlsian veil of ignorance, and the *ex post* world is not a state of complete information. Parties in the *ex ante* position are often able to predict salient characteristics of future litigation. Consider a contract between a seller and consumer for the sale of goods. The seller knows with reasonable confidence that he is likely to be the defendant and the consumer is likely to be the plaintiff in any future litigation over the quality of the goods. The same is true for contracts between firms. For example, contracts between building owners and building contractors frequently give rise to lawsuits in which the owner sues the contractor for building defects or the contractor sues the owner for nonpayment. Moreover, uncertainty exists in the *ex post* world as well as the *ex ante*. For example, parties early in a lawsuit are likely to be uncertain about the fruits of discovery or the prospect of success on a later summary judgment motion. They must make litigation decisions by taking expectations over all the future possibilities, and these expectations permit some canceling of benefits and burdens. Given uncertainty about summary judgment, for example, parties might be able to agree to a modified summary judgment rule or even no summary judgment at all. Doing so could make both parties better off in expectation by reducing litigation costs and securing a speedier trial”. BONE, Robert G. *Ob. cit.* p.1341.

*ignorância* ligado às peculiaridades e às posições da disputa<sup>38</sup>; por outro lado, a existência do litígio desvela esses aspectos, o que pode minorar a chance de coordenação.

Além disso, também se salientou acima que a estipulação *ex ante* de convenções processuais pode se mostrar bastante efetiva por um outro motivo. É que, como posto, pactuar a respeito do processo no *momento de estipulação* de determinada relação material pode servir como um *ponto de barganha* para a sua própria concretização. Em outros termos, assim como as partes podem dispor comercialmente a respeito de condições de pagamento ou de prazos, também se torna possível que coloquem na mesa a própria composição de eventual processo futuro – podendo estabelecer, aí, concessões voltadas a viabilizar o negócio<sup>39</sup>.

Encarando o problema a partir dessa segunda perspectiva, nota-se, por exemplo, que a assunção antecipada por uma das partes da responsabilidade pelas custas integrais de qualquer prova pericial em disputa futura pode servir como gatilho para encorajar uma relação continuada complexa; que a renúncia prévia a eventual efeito suspensivo em qualquer embargos do devedor futuro pode se mostrar um elemento facilitador para a concessão do crédito; enfim, que a parte pode exercer uma importante barganha negocial ao *abdicar* antecipadamente de uma prerrogativa processual ou assumir *ex ante* um *ônus* que não necessariamente lhe incumbiria.

Por mais que esses elementos não possam ser aqui aprofundados, é imprescindível reconhecer a partir deles que, uma vez admitida a possibilidade de

---

<sup>38</sup> Fala-se em “certo” véu da ignorância porque, certamente, referida aplicação não se dará para todo negócio prévio, vez que em diferentes ocasiões os polos de eventual conflito (especialmente se já descrito com minúcia), serão previsíveis. Quanto ao véu da ignorância, vale lembrar se tratar de construção realizada por John Rawls para fundamentar uma posição original na qual pessoas – pensando de modo menos egoístico – pudessem construir uma efetiva teoria da justiça. Explicando a questão, pontuou o teórico que “the idea of the original position is to set up a fair procedure so that any principles agreed to will be just. The aim is to use the notion of pure procedural justice as a basis of theory. Somehow we must nullify the effects of specific contingencies which put men at odds and tempt them to exploit social and natural circumstances to their own advantage. Now in order to do this I assume that the parties are situated behind a veil of ignorance. They do not know how the various alternatives will affect their own particular case and they are obliged to evaluate principles solely on the basis of general considerations”. Assim, RAWLS, John. *A Theory of Justice*. revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p.118. Para uma crítica a aproximação entre a figura e as convenções *ex ante*, ver nota 37, *supra*.

<sup>39</sup> Não nos olvidamos de que, nessa segunda hipótese, evidentemente haveria novos debates ligados à possibilidade de controle judicial da convenção e, especialmente, aos limites que esse tipo de transação poderia assumir no campo do processo – dados os valores públicos inerentes à atividade jurisdicional. Ganham força, então, as considerações realizadas no item anterior quanto à natureza gradual e paulatina que será, necessariamente, assumida pela temática.

convenções processuais *prévias*, sua existência representará uma importante face da matéria. A constatação é essencial ao presente trabalho, pois nos permite concluir que qualquer aferição da incidência ou da periodicidade dos negócios processuais será sempre insuficiente. Afinal, *a recorrência de convenções processuais ex ante não pode ser adequadamente medida*, já que em inúmeras circunstâncias a relação sequer chegará ao conhecimento jurisdicional. Percebe-se então o equívoco de qualquer análise que queira balizar o sucesso das convenções com base nas *disputas judicializadas*, já que, por meio desse *approach*, deixa-se de lado todo o (incontrolável) universo de contratos que não chegaram a esse momento patológico.

Realmente, conforme bem sublinhado por Kapeliuk e Klement, a existência de eventual convenção processual em um contrato é apenas *uma* das muitas facetas da relação que pode, ou não, ser publicamente suscitada em algum momento - recebendo luzes e atenção <sup>40</sup>. Além dela, é plenamente possível que a relação *jamaís* gere qualquer disputa em juízo, seja ou não por influência de convenção processual contida em seus termos. Nesse caso, torna-se crível que ninguém, além das partes, nem mesmo tome ciência de que o eventual processo futuro foi customizado. De igual modo, é também factível que o contrato enseje disputas, mas que, para elas, a eventual convenção *ex ante* seja irrelevante (por se aplicar, por exemplo, a apenas alguma pretensão diversa daquela posteriormente adotada). Trata-se de consequência da própria *sutiliza* que os negócios são capazes de assumir, já realçada no presente ensaio.

Enfim, essa série de hipóteses demonstra que qualquer análise quantitativa das convenções processuais irá esbarrar em uma considerável cifra oculta. Coloca-se então em risco, como não poderia deixar de ser, a própria viabilidade de que indague a respeito da utilização social das convenções processuais <sup>41</sup>. Em uma frase, a autorização para que tais

---

<sup>40</sup> “There are various reasons for this difficulty. First, courts observe ex post only one possibility which has materialized out of many potential contingencies. They are called to decide a specific dispute which has turned into a specific litigation following a specific course of action by the litigants. Courts do not see all other possibilities which did not come true either by chance or because of a deliberate decision by the parties. All contingencies where the parties have satisfied their contractual obligations, or have decided not to embark on litigation even if those obligations were not satisfied, are not considered ex post. Ex post, courts can only speculate, absent any concrete evidence, what these other possibilities would have been. Hence, analyzing their consequential costs and benefits is problematic”. KAPELIUK, Daphna. KLEMENT, Alon. Ob. cit. p.1490.

<sup>41</sup> Perceba-se que essa ausência de real conhecimento empírico a respeito da recorrência dos negócios processuais é reconhecida explicitamente mesmo em estudos que indicam uma eventual escassez empírica em sua limitação. Nesse sentido, antes de expor os dados concretos já existentes, Weidemaier pontua que “most contracts are private documents. Researchers interested in contract terms therefore tend to rely on

negociações ocorram de maneira prévia inviabiliza um real controle sobre esse dado. Por essa razão, falar no eventual *fracasso* do instituto corresponde a um tiro no escuro: o alvo pode até ser atingido, mas não de forma embasada - e sim de maneira aleatória.

#### 4. Considerações Finais

Conforme exposto nos momentos iniciais do presente ensaio, não há dúvidas de que o avanço recente da temática das convenções processuais, em sede acadêmica e doutrinária, é notório. Não obstante, procuramos acima demonstrar que, se não há igual percepção no campo prático, diferentes elementos devem ser postos na mesa para justificar essa aparente dissonância. Mais que isso, a ausência de dados empíricos e a dificuldade quanto ao seu levantamento tornam especulativa a própria defesa desse potencial hiato.

Nesse sentido, demonstramos que um problema inicial, capaz de desorientar a análise concreta do instituto, decorre das próprias expectativas postas ao seu redor. É que, como posto, os negócios processuais *não são* um mecanismo ótimo para todo processo e *nem sempre* assumem contornos tão extremos quanto se costuma supor. Diante disso, querer cotejá-los com o número total de disputas judicializadas pode realmente conduzir a uma percepção de fracasso. O problema, porém, residirá na própria fixação desse campo.

Na sequência, sustentamos que outro aspecto a ser lembrado é que, atualmente, a possibilidade de acordos ligados ao procedimento ainda é um dado *incipiente* em nossa cultura jurídica – formada e reiterada a partir de balizas diversas. Como consequência, seria ilusório esperar que seus resultados fossem imediatos e instantâneos, dependendo de uma construção paulatina que, hoje, encontra ainda um fator de dissuasão na insegurança quanto aos limites e às potencialidades do mecanismo.

---

a limited number of publicly available contracts repositories, including material contracts included with Securities and Exchange Commission (SEC) and franchise agreements filed with state regulators”, mas que, “despite these limits, the evidence suggests that even sophisticated commercial actors rarely customize the adjudication process in any detail”. WEIDEMAIER, W. Mark C. Customized Procedure in Theory and Reality. In. *Washington & Lee Law Review*. Lexington: Washington & Lee University School of Law. v. 72. 2015. p.1888-1889. Em sentido similar, mas questionando se a *falta de evidências* não pode ser concebida como uma *evidência da ausência*, Hoffman pontua que “bespoke procedural bargaining might not turn up in case law for several reasons. Perhaps parties are such effective tailors that litigation never materializes; or the kinds of rulings that would address procedural terms rarely end up written into opinions available on Westlaw”. HOFFMAN, David. A. Ob. cit. p. 420.

Por último, agregou-se a esse elemento outro fator determinante para o estudo da matéria. Trata-se do fato de, de uma forma geral, os negócios processuais celebrados de maneira *ex ante* poderem *jamaiz* assumir feição pública. A questão decorre da própria probabilidade de que suas relações subjacentes não ensejassem disputas, ou de que, mesmo caso o fizessem, originassem litígios para os quais a convenção fosse irrelevante. Sendo assim, falar que a técnica fracassou é algo que dificilmente pode assumir contornos embasados, e não intuitivos – já que essa cifra oculta é indissociável da sua aplicação.

Cada uma dessas três notas possui pressupostos e alicerces diversos. Porém, em nossa visão, todas elas fluem para uma mesma conclusão: é necessário que a crítica ao uso e à recorrência das convenções processuais seja provida de diferentes ressalvas. No atual momento, ainda é preciso compreender com maior clareza o instituto e os papéis que ele é capaz de assumir em nossa realidade; é preciso ajustar as expectativas e as leituras a ele relacionadas para que seu uso seja o mais adequado e efetivo possível.

## REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no novo CPC: aproximações preliminares. In. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BARRETT, Jerome T. BARRETT, Joseph P. *A History of Alternative Dispute Resolution The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.
- BONE, Robert G. Party Rulemaking: Making Procedural Rules Through Party Choice. In. *Texas Law Review*. v.90. Austin: University of Texas School of Law, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.

- BUSH, Robert Baruch. One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance. In. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 19. Columbus: The Ohio State University, 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CADIET, Loic, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010.
- CADIET, Loic. Les conventions relatives su procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.
- CAPONI, Remo. Autonomia private e processo civile: gli accordi processuali. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.
- CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.
- DAVIS, Kevin E. HERSHKOFF, Hellen. *Contracting for Procedure Redux*. Disponível em < <https://blog.harvardlawreview.org/contracting-for-procedure-redux/>>. Acesso em 12 de julho de 2019.
- DAVIS, Kevin E. HERSHKOFF, Hellen. Contracting for Procedure. In. *William & Mary Law Review*. v. 53. Williamsburg: William & Mary Law School, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In. *Revista Brasileira da Advocacia*. v.1. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- DRAZOHAL, Christopher R. O'CONNOR, Erin O'Hara. Unbundling Procedure: Carve-Outs From Arbitration Clauses. In. *Florida Law Review*. v.66. Gainesville: University of Florida Levin College of Law, 2014.
- FABBI, Alessandro. 'Privatizing' Civil Justice through Procedural Agreements: a Comparative Law Analysis. Disponível em <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/AlessandroFabbi2.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/AlessandroFabbi2.pdf)>. Acesso em 14 de julho de 2019.
- HOFFMAN, David A. Whiter Bespoke Procedure? In. *University of Illinois Law Review*. n.2. Champaign: University of Illinois College of Law, 2014.
- JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

- KAPELIUK, Daphna. KLEMENT, Alon. Changing the Litigation Game: An Ex Ante Perspective on Contractualized Procedures. In. *Texas Law Review*. v.91. Austin: University of Texas School of Law, 2013.
- MACNEIL, Ian R. *American Arbitration Law – Reformation, Nationalization, Internationalization*. New York: Oxford University Press, 1992.
- MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. In. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. n.33. Curitiba: Genesis, 2004.
- MOFFITT, Michael. Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable. In. *George Washington Law Review*. v.75. Washington: George Washington University, 2007.
- OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RESNIK, Judith. Procedure as Contract. In. *Notre Dame Law Review*. v.80. Notre Dame: University of Notre Dame, 2005.
- TALAMINI, Eduardo. *Perito Consensual*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235546,51045-Perito+consensual>>. Acesso em 15 de setembro de 2018.
- TARUFFO, Michelle. Cultura e Processo. In. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LXIII. Milano: Giuffrè. 2009.
- WEIDEMAIER, W. Mark C. Customized Procedure in Theory and Reality. In. *Washington & Lee Law Review*. Lexington: Washington & Lee University School of Law. v. 72. 2015.