

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfoury Neto (UNICURITIBA)

NOVO CPC: NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS OU ARBITRAGEM?

LE NOUVEAU CPC: PROCÉDURE JURIDIQUE OU ARBITRAGE ?

Marcia Carla Pereira Ribeiro ¹
Guilherme Bonato Campos Caramês ²

Resumo

A partir dos pressupostos da Law and Economics, o presente artigo tem por objetivo investigar quais as possíveis implicações dos chamados negócios jurídicos processuais, previstos no Novo CPC, sobre as estratégias empresariais para resolução daqueles litígios que seriam também passíveis de convenção arbitral. Para tanto, se faz necessário analisar a inovação legislativa dos negócios jurídicos processuais, permitindo então esclarecer qual sua definição e as expectativas que ensejaram sua introdução no ordenamento. A partir de uma análise comparativa entre os institutos, pautada na racionalidade econômica dos agentes empresariais, pretende-se a (re) formulação teórica de estratégias de resolução de litígio.

Palavras-chave: Novo cpc, Negócios jurídicos processuais, Arbitragem, Estratégia empresarial

Abstract/Resumen/Résumé

D'après les hypothèses de L'Analyse Economique du Droit, cet article présente les implications possibles de ce qu'on appelle les opérations juridiques de procédure prévues dans le nouveau CPC sur les stratégies commerciales pour résoudre les litiges qui seraient également soumis à la convention d'arbitrage. Il examine l'innovation législative des affaires juridiques de la procédure, permettant de clarifier sa définition et les attentes qui ont données lieu à leur introduction dans la législation. Les instituts sont comparés, sur la base de la rationalité économique des hommes d'affaires, la proposition est destinée à (re) formulation théorique des stratégies de règlement des litiges.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Nouveau cpc, Procédure juridique, Arbitrage, Stratégies d'entreprise

¹ Professora Titular de Direito Societário, PPGD-PUCPR. Professora Associada de Direito Comercial na PPGD-UFPR. Pós-doutora pela Universidade de Lisboa e FGVSP. Pesquisadora de produtividade da Fundação Araucária- PR, Chamada Pública 21/2012

² Mestrando em Direito das Relações Sociais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Após mais de quatro anos de tramitação legislativa, o Novo Código de Processo Civil brasileiro (Novo CPC) foi promulgado sob a égide, ao menos no plano teórico, da celeridade processual e da melhora na qualidade das decisões judiciais.

Neste sentido, e para dar efetividade às suas expectativas institucionais, o Novo CPC trouxe em seu arcabouço normativo uma série de novidades legislativas que prometem ser capazes de propiciar tais realizações, dentre as quais, destacadamente, se encontram os negócios jurídicos processuais.

Tanto os negócios jurídicos processuais do Novo CPC como a arbitragem da Lei n.º 9.307/96 podem ser convencionados quando o litígio versar sobre direitos que admitam a autocomposição¹, o que permite aferir a existência de uma gama comum de situações nas quais a aplicabilidade de qualquer dos institutos é permitida. A análise comparativa de ambos é imprescindível para a criação de subsídios à formulação das futuras estratégias empresariais no tocante à resolução de conflitos.

O presente artigo, a partir do estudo dos institutos da arbitragem e dos negócios jurídicos processuais do Novo CPC, busca delinear, a partir da perspectiva econômica que orienta o empresário, quais as possíveis estratégias que podem ser formuladas para a resolução de conflitos. A escolha estará atrelada às peculiaridades que envolvam cada caso e devem conduzir à eficiência em favor da atividade econômica.

2. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Num cenário de mercado os danos marginais decorrentes da demora natural na obtenção de uma decisão final sobre o litígio (CARMONA, 2009, p. 340) e/ou da eventual falta de especialização técnica dos sujeitos processuais podem alcançar elevadas montas financeiras. A escolha entre os institutos da arbitragem e dos negócios processuais, com fulcro

¹ As convenções processual e arbitral somente podem ter por objeto direito disponível, ou então, como melhor explicita a doutrina, direito patrimonial que gera efeito disponível. Sobre esta apuração conceitual, vale a transcrição do escólio de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao tratarem do caso dos alimentos: “É certo que o direito a alimentos é indisponível, no sentido de que se pode a ele renunciar. Porém, a quantificação do valor e a forma de prestá-los são aspectos perfeitamente disponíveis, sendo objeto frequente, como se sabe, de transação judicial”. In: MARINONI; ARENHART, 2015, p. 465.

no instrumental teórico fornecido pela Economia, tende a ser fundamental para o aumento da eficiência da empresa no desenvolver de seu objeto social.

Além de dispor acerca dos negócios jurídicos processuais típicos², dentre os quais muitos já previstos no CPC de 1973 (apesar da doutrina majoritária os ter classificado outrora como atos³), o Novo CPC previu também a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais atípicos, com fulcro na cláusula geral de negociação sobre o processo, prescrita no art. 190 do Novo CPC. Inclusive, é desta potencial amplitude acerca da possibilidade das convenções processuais que decorre a importância da análise, pelo magistrado, dos principais elementos verificadores de sua admissibilidade e validade.

Como qualquer negócio jurídico, os negócios jurídicos processuais devem estar de acordo com o plano da validade dos atos jurídicos (*latu sensu*). Desta forma, para que sejam válidos, devem ser celebrados por pessoas capazes, possuir objeto lícito, e observar forma prevista ou não proibida por lei, devendo o desatendimento de qualquer um destes requisitos resultar em sua nulidade, total ou parcial⁴.

Em relação à capacidade para a realização dos negócios jurídicos processuais atípicos, é necessário ainda que as partes gozem da chamada capacidade processual negocial. Mais do que simplesmente a capacidade processual prevista no capítulo I do Livro III do Novo CPC, a capacidade processual negocial exige a paridade de forças entre as partes (GRECO, 2007, p. 11), de forma tal que indícios de vulnerabilidade poderão ensejar a invalidade da convenção⁵.

Veja-se, portanto, que a despeito da construção de regras para identificação de eventual nulidade dos negócios jurídicos processuais atípicos em decorrência de vulnerabilidade de uma das partes contratantes, o Novo CPC não impõe presunções absolutas

² A eleição do foro (art. 63, CPC), o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65, CPC), o calendário processual (art. 191, §§1º e 2º, CPC), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II, CPC), e etc. Todos são negócios processuais típicos. In: DIDIER JR., 2015, p. 377.

³ Para parte da doutrina, não há a possibilidade de realização de negócios jurídicos na esfera processual, mas tão somente de atos jurídicos, uma que o processo se qualifica como sendo uma atividade regulamentada em lei, de forma tal que todos os efeitos dos atos processuais de si resultariam, não havendo possibilidade de autorregulação ou intervenção das partes em relação ao rito. Ainda, há também aqueles que entendem pela impossibilidade dos negócios jurídicos na seara processual em decorrência da necessidade de intermediação do juiz para a produção de efeitos das declarações negociais das partes. Neste sentido, GRECO FILHO, 2009, p. 06; SANTOS, 2009, p. 205-206; CALMON DE PASSOS, 2005, p. 69-70, e DINAMARCO, 2009, p. 484.

⁴ Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: Enunciado 134. (Art. 191, § 4º) Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente. (Grupo: Negócios Processuais)

⁵ O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou enunciado (n.º 18) indicando que “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

decorrentes de eventual condição de um dos contratantes: não ter tido auxílio técnico jurídico, ser consumidor, ser empregado, e etc. Nesses casos, a vulnerabilidade precisa ser constatada *in concreto*, de forma tal que se demonstre se esta condição atingiu a formação do negócio jurídico, desequilibrando-o (DIDIER JR. 2015, p. 386).

Existe um cenário projetado pelo legislador propício a mitigar abusos que venham a prejudicar a parte vulnerável, notadamente os consumidores, haja vista a massificação da sociedade contemporânea e os interesses dos litigantes habituais, também chamados de *repeat players* (nessa seara destacam-se as grandes empresas e instituições financeiras). Todavia, nada impede a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos entre partes aparentemente em situação de desigualdade, ampliando as possibilidades destas convenções sem que se produza uma situação de nulidade.

Já, o objeto do negócio jurídico processual é o ponto mais sensível e indefinido na doutrina relacionada aos negócios jurídicos processuais atípicos.

Neste sentido, e tendo em vista a necessidade de criação de padrões dogmáticos seguros para o exame da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, a doutrina acabou por traçar algumas diretrizes gerais para sua verificação (DIDIER JR. 2015, p. 387). Dentre outras, é possível destacar a aplicação da máxima *in dubio pro libertate* sempre que houver dúvida sobre a licitude do objeto. Ou seja, apenas quando o direito envolvido for indisponível ou estiver sob a tutela de reserva legal, sua negociação processual será considerada ilícita.

A possibilidade de criação de recursos ou a alteração de suas hipóteses de cabimento, por exemplo, não podem ser objeto de convenção entre as partes em razão do princípio da taxatividade dos recursos. Da mesma forma, por ser matéria de ordem pública, é também nulo o negócio processual que prevê a dispensa da intimação do Ministério Público nos casos em que a legislação a exija.

No âmbito da efetividade, uma das principais vantagens desta premissa, qual seja, *in dubio pro libertate*, é a possibilidade de construção de novos deveres e eventuais sanções em relação ao descumprimento do que havia sido estabelecido no negócio processual. A partir do estabelecimento prévio das consequências do descumprimento da convenção processual, confere-se maior segurança aos litigantes, que antecipadamente terão conhecimento não

somente sobre os reflexos de sua conduta na esfera processual, como também da do seu adversário.

Apesar de ainda não completamente definidos os limites dos negócios jurídicos processuais, verifica-se um esforço da doutrina em criar critérios que permitam dar segurança jurídica aos contraentes, reduzindo as incertezas em relação à aplicação das convenções. Neste sentido, como ressalta Leonardo Cunha, “o grande desafio da doutrina, a partir da aprovação do Novo CPC brasileiro, será identificar os limites para os negócios jurídicos processuais. Que há negócios não há mais dúvida. O próprio art. 190 do Novo CPC deixa claro que há a possibilidade de negociação sobre o procedimento e sobre regras processuais” (2015, p. 58).

Desta feita, partindo-se das premissas aqui expostas, notadamente do atual estágio de entendimento doutrinário acerca dos limites dos negócios jurídicos processuais, impende destacar os principais pontos atinentes à arbitragem, a fim de permitir, na sequência, a construção de uma análise comparativa entre ambos.

3. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A VIA ARBITRAL

3.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ARBITRAGEM

A arbitragem surgiu como uma alternativa para a pacificação social, paralela à jurisdição tradicional. Seu referencial é a busca de mecanismos mais ágeis e flexíveis para a resolução de conflitos, em oposição ao formalismo, muitas vezes exacerbado e incompatível com o próprio litígio para o qual se busca solução, por meio do processo civil estatal. A arbitragem se desenvolveu com a proposta de apresentar soluções mais adequadas a determinados tipos de conflito existentes na sociedade, notadamente para aqueles que urgem por uma resposta rápida e de grande especialidade.

Neste contexto, verifica-se a razão de ser do enquadramento da arbitragem como *meio alternativo de pacificação social*, colocado ao lado da estrutura jurisdicional clássica do Estado⁶, e por meio da qual os interessados, por expressa manifestação de vontade –

⁶ Frisa-se, neste ponto, que em razão da complexidade e intensidade do debate doutrinário acerca do caráter jurisdicional ou não da arbitragem, sua análise transbordaria o escopo deste trabalho. Sobre o tema divergem, por exemplo, DIDIER JR, 2015, p. 173, e MARINONI; ARENHART, 2015, p. 479.

convenção de arbitragem⁷ –, atribuem a um terceiro o poder de decidir sobre certo conflito no qual estão em confronto direitos disponíveis (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 461).

O procedimento da arbitragem não estabelece um rito específico para seu desenvolvimento, devendo-se observar tão somente os princípios estabelecidos no §2º do art. 21 da lei nº 9.307/1996, quais sejam: o do contraditório, o da igualdade das partes, o da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Não havendo afronta a tais princípios, que representam o núcleo da garantia do devido processo legal (art. 5º, LV, da CF) (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 473), o procedimento da arbitragem é de livre escolha das partes, evidenciando a força atribuída por este sistema de pacificação ao princípio da autonomia da vontade. Neste sentido, inclusive, é a prerrogativa das partes em escolher tanto o próprio direito material aplicável à espécie, como também optar pela apreciação por equidade, nos termos do que dispõe o art. 2º da lei 9.307/1996.

Outro ponto relevante quanto à liberdade no rito arbitral diz respeito à possibilidade do árbitro estabelecer, conforme disposição expressa na lei (art. 26, inc. III), um interregno variável para o cumprimento da decisão arbitral condenatória de quantia certa. Permite-se uma maior flexibilidade em relação ao prazo de 15 (quinze) dias previsto no art. 523, §1º, do Novo CPC (475-J do CPC de 1973), o qual, uma vez descumprido, enseja a aplicação de multa no valor equivalente a 10% (dez por cento) do valor da condenação. Também em relação à multa para o caso de descumprimento da decisão não há impedimento para que seu percentual seja definido em valor diverso do previsto na legislação processual, justamente em razão da grande liberdade conferida às partes para o estabelecimento do rito arbitral.

No mesmo sentido, deve-se atentar acerca da possibilidade das partes estabelecerem um procedimento próprio para o cumprimento de sentença, fixando, por exemplo, modalidade executiva diversa daquelas previstas no Novo CPC (Parte Especial, Livro I, Título II), prazos diferenciados para os atos processuais ou consequências inovadoras para o descumprimento da decisão (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 485).

São estes os aspectos mais relevantes sobre o rito arbitral, ao menos para os fins desse artigo.

⁷ São duas as espécies de convenção arbitral: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. In: MARINONI; ARENHART, 2015, p. 471.

Por outro lado, há diversos pontos de coincidência entre o instituto da arbitragem e as perspectivas de aplicação que circundam o art. 190 do Novo CPC, ou seja, dos negócios jurídicos processuais atípicos. Passa-se agora a analisar como as semelhanças e diferenças entre a arbitragem e os negócios jurídicos processuais atípicos podem influenciar na qualidade das decisões judiciais, no tempo para a efetividade da prestação jurisdicional, e nos custos operacionais envolvidos, verificando também a própria previsibilidade quanto às expectativas de aplicação dos institutos. Elementos estes que serão concatenados no item 4, dedicado à reformulação das estratégias empresariais sob a perspectiva econômica.

3.2. INSTITUIÇÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E ARBITRAIS

A partir do que dispõe o §2º do art. 357 do Novo CPC, ficou expressamente autorizado às partes a possibilidade de convencionarem limitações à cognição do Juízo, tanto em relação à matéria de fato como de Direito. Ao contrário da legislação processual até então em vigor, que permitia ao magistrado pleitear a produção da matéria fática de ofício, mesmo que incontroversa, depreende-se do Novo CPC a permissão para que determinados fatos e/ou documentos, cujo sigilo seja imprescindível para as partes, não sejam conhecidos pelo julgador quando houver acordo prévio neste sentido.

Com esta nova prerrogativa que passam a gozar as partes no âmbito do processo civil, verifica-se um estímulo relevante ao retorno dos litigantes à jurisdição estatal, quando se tratar de mercados nos quais o sigilo de determinadas informações é crucial para o desenvolvimento da atividade econômica.

Sob a perspectiva dos agentes econômicos inseridos nesta realidade, abre-se um contraponto interessante, do ponto de vista empresarial, para a utilização dos negócios jurídicos processuais em paralelo com a perspectiva arbitral. Nos setores nos quais o segredo é um dos principais ativos⁸, a possibilidade de se excluir determinados fatos da apreciação judicial é o ponto fulcral para se viabilizar a utilização da jurisdição estatal.

A previsão legal do Novo CPC abrange a possibilidade de delimitação consensual das questões de Direito. Necessário se faz ponderar a perspectiva doutrinária acerca de um dos significados deste dispositivo: aplicação de direito estrangeiro e consuetudinário.

⁸ “(...) objeto principal de um contrato de transferência de tecnologia é a transmissão, de uma contratante à outra, de conhecimentos secretos ou de difícil acesso relativos a um produto ou processo industrial.” In: SILVEIRA, 1977, p. 87.

Para Fredie Didier (2015, p. 382) e Leonardo Greco (2007, p. 21), mesmo sem levar em consideração a específica disposição albergada pelo §2º do art. 357 do Novo CPC, seria de antemão autorizado às partes acordar inclusive sobre qual Direito deve ser aplicado ao litígio. Com base no art. 190 do Novo CPC, regido pela máxima “*in dubio pro libertate*”, e na aplicação analógica do art. 2º da Lei da Arbitragem, perfeitamente cabível seria a convenção processual para se estabelecer as regras de Direito aplicável ao caso, podendo esta abranger os usos e costumes e as regras internacionais de comércio.

Por evidente, para as empresas que desenvolvem suas atividades em um cenário transnacional, seja por meio de parcerias com sociedades estrangeiras, seja pela comercialização direta com consumidores residentes no exterior, é interessante, do ponto de vista teórico, que a jurisdição estatal aplique em seus julgamentos regras internacionais de comércio, desde que assim previamente acordado.

Todavia, apesar de formalmente viabilizar para estes casos uma alternativa ao modelo arbitral para resolução de litígios internacionais, tem-se que a prerrogativa dada às partes para escolher o Direito aplicável não tem condições de ser operacionalizada. Afinal, além da barreira linguística (não é exigido conhecimento de uma língua estrangeira para o ingresso nos quadros da magistratura brasileira), há ainda um óbice relativo à falta de especialização técnica por parte do Judiciário para lidar com questões mercantis internacionais. E não poderia ser diferente. Tendo a arbitragem se desenvolvido eminentemente como um meio de resolução de litígios internacionais, justamente para historicamente preencher a ineficiência das jurisdições estatais nesta seara, inevitável a formação de uma estrutura institucional sólida⁹ a suportar esta dicotomia.

Apesar da possibilidade formal de escolha do Direito aplicável, segundo a doutrina de Fredie Didier e Leonardo Greco, tem-se que provavelmente esta prerrogativa será expurgada pelos tribunais, haja vista a própria impossibilidade institucional de prestação de tutela jurisdicional adequada para esta espécie de litígio.

⁹ “A instituição pode ser entendida como um conjunto de regras que 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. (...) pela mobilidade, caráter não territorial, informalismo e influência dos usos e costumes, a existência de instituições informais toma relevância na disciplina das relações empresariais, inclusive naquela relacionada aos contratos. (...). Mais difícil é o processo de transformação das instituições informais, porque estas tendem a ser mais resistentes à mudança, no embate que normalmente se estabelece entre a segurança e a necessidade de reformulação”. In: RIBEIRO; GALESKI JR, 2015, p. 205-206.

Talvez, a partir de um esforço criativo considerável no qual se leve em consideração a existência de um juiz especializado academicamente em Direito Internacional Privado, seria possível criar uma hipótese no qual as partes, sabedoras desta informação previamente, elejam o foro no qual o referido magistrado desenvolva seu ofício. O exemplo, nitidamente pitoresco, além de ressaltar a remota probabilidade de adesão à doutrina de livre escolha do Direito aplicável pelas partes, é relevante também para reforçar outro aspecto importante do ponto de vista empresarial: a questão da especialização do julgador, essencial para a qualidade da decisão.

Na arbitragem, em decorrência da possibilidade de eleição do árbitro pelas partes, usualmente privilegia-se a escolha de um profissional especializado na matéria objeto de discussão, justamente para que a decisão final seja tecnicamente superior. Esta prerrogativa, todavia, não se estende aos negócios jurídicos processuais, para os quais somente está autorizada a eleição do foro, e não do julgador propriamente dito, mantendo-se, portanto, a sistemática do CPC de 1973.

Neste sentido, a eleição de foro, como se observa da própria praxe jurídica, não se presta para definir um Juízo no qual se busque uma melhora qualitativa da decisão, mas sim para tão somente reduzir os custos relacionados a deslocamento e contratação de equipes jurídicas.

A partir do Novo CPC, especificamente do art. 471, há a possibilidade de escolha pelas partes do perito judicial. Portanto, por não ter mais que ser obrigatoriamente indicado pelo magistrado, conforme determinava o art. 421 do Código Buzaid, amplia-se o potencial grau de especialização do responsável pela perícia técnica, importante meio de prova acerca dos fatos que se pretende elucidar.

Neste sentido, há críticas nas quais se questiona se a nova previsão insculpida no Novo CPC efetivamente será capaz de gerar mudanças no comportamento das partes, uma vez que já existia na legislação processual a possibilidade de apresentação conjunta de laudo prévio pelos litigantes, com força de laudo pericial (interpretação decorrente do art. 427 do CPC de 73). Todavia, tem-se que tal situação muitas vezes sequer era cogitada em razão da animosidade que costuma anteceder a relação processual.

Diante das vantagens decorrentes da negociação processual, capazes de vencer a animosidade inicial para permitir a construção de uma convenção processual, cria-se um

cenário de estímulo para as partes realizarem tratativas, de forma tal a propiciar a utilização desta permissão legal para a eleição do perito judicial.

Com o fortalecimento da questão relativa à escolha do perito judicial nas convenções processuais, tal como é permitido na arbitragem, supera-se não apenas a potencial incapacidade técnica do perito indicado pelo Juízo (em termos de praxe jurídica, trata-se de um entrave corriqueiro), como também permite uma redução nos custos de realização desta perícia. Permite a abrangência a um número maior de profissionais aptos a realizar uma perícia (não apenas aqueles que gozam da confiança do magistrado), com isso os preços para a realização do laudo tendem a se tornar mais baixos¹⁰. Há, portanto, pela possibilidade de eleição do perito, um ganho tanto em termos qualitativos como em relação aos custos do processo.

Apesar do julgador não estar vinculado ao laudo pericial, é sabido que, pela própria incapacidade técnica ou falta de especialização necessária sobre a questão fática posta em Juízo- o que é agravado pelo elevado volume de trabalho- é corriqueiro o magistrado simplesmente acolher a conclusão do referido laudo, o que evidencia ainda mais a importância, em termos de qualidade da decisão judicial, da eleição do profissional pelas partes.

Verifica-se que, mesmo com as prerrogativas instituídas pelo Novo CPC no sentido de oportunizar aos litigantes uma ampla autonomia negocial para fins de convenção do rito procedimental, algumas peculiaridades específicas da arbitragem não foram estendidas à jurisdição estatal. Decorrem da lei (como é o caso da impossibilidade de eleição do julgador), ou de questão fática (impossibilidade técnica e institucional de prestar adequada tutela quando as partes pretenderem aplicar Direito alienígena). Por ora, partindo-se da premissa de que os agentes econômicos buscam concomitantemente a redução de custos e o aumento na qualidade da decisão que levam ao litígio, verifica-se que, para aqueles litigantes que pretendam a aplicação de Direito estrangeiro, a opção pelos negócios jurídicos processuais não é viável.

Quando aplicado o Direito pátrio, verifica-se que apesar de não ser possível, na sistemática dos negócios jurídicos processuais, a eleição do julgador, tem-se que a permissão

¹⁰ Na praxe jurídica, existem processos judiciais nos quais o valor das perícias ultrapassa a casa das centenas de milhares de reais, muitas vezes acima do valor de mercado que se cobraria para a elaboração de um laudo equivalente.

de escolha do perito judicial passa a garantir, ao menos em relação à matéria fática (uma vez que a matéria de Direito necessariamente depende da especialização do magistrado). Possibilita-se a apresentação de um laudo de melhor qualidade técnica a um custo potencialmente menor do que aquele usualmente praticado pelo restrito grupo de peritos do juízo.

3.3. DOS REQUISITOS DE VALIDADE

Ponto fundamental para o empresário é a análise quanto à previsibilidade da efetivação das convenções e tratativas das quais participa. A incerteza nas relações contratuais, tanto de ordem material quanto processual, tende a aumentar os riscos inerentes à própria atividade mercantil, o que consequentemente acaba por elevar os custos envolvidos para a concretização das operações.

Quando as partes convencionam o rito procedimental, seja ele por meio da jurisdição estatal, seja através da arbitragem, é imprescindível que as consequências para as quais havia expectativa não venham a ser alteradas de forma substancial. Se assim o fosse de forma sistemática, a falta de segurança jurídica acabaria por levar as partes ou a desistir de transacionar, ou a assumir os elevados custos deste quadro de incerteza, o que, inevitavelmente, implicaria prejuízo à atividade econômica.

Tendo-se em vista que as nulidades do negócio jurídico processual e da convenção de arbitragem ou a possibilidade de rescisão das sentenças judicial ou arbitral são os principais elementos capazes de permitir uma ruptura radical com estas expectativas, é imprescindível destacar estes pontos.

Verifica-se que tanto em relação aos negócios jurídicos processuais atípicos como em relação à convenção arbitral, o principal elemento relativo à validade destas convenções está vinculado à validade dos contratos jurídicos em geral, somada às possibilidades de ação rescisória previstas na legislação. Não obstante ambas as espécies de convenção processual se submeterem às mesmas regras gerais previstas para os negócios jurídicos, tem-se que, tal como já destacado, os negócios jurídicos processuais tendem a sofrer uma incidência maior de previsões capazes de anular o acordo entabulado entre as partes, sobretudo em relação ao seu objeto. Conforme já destacado, por haver divergências doutrinárias sobre a expansibilidade do objeto que pode ser convencionado pelas partes, há ainda um significativo cenário de

insegurança jurídica, gerando riscos que talvez sejam demasiadamente elevados para serem assumidos pelos litigantes.

Por outro lado, é importante frisar também que a possibilidade de rescisão de uma sentença arbitral é maior do que de uma sentença judicial. Além do que dispõe o Novo CPC para fins de permitir a mitigação da coisa julgada, há ainda as hipóteses específicas previstas na Lei da Arbitragem que autorizam rescindir a sentença arbitral, elencadas no art. 32 da referida lei.

Todavia, o rol ampliativo previsto na Lei da Arbitragem não é suficiente para equilibrar o risco decorrente da incerteza quanto à definição do objeto dos negócios jurídicos processuais, razão pela qual, pela perspectiva do agente econômico, permanece o desestímulo à celebração do rito procedimental sob a jurisdição estatal, ao menos em um primeiro momento.

3.4. DO RITO PROCEDIMENTAL

Antes da flexibilização procedimental trazida pelo Novo CPC, e tendo em vista o longo tempo de espera usualmente verificado para o julgamento das ações judiciais propostas perante o Judiciário, as partes, sobretudo no âmbito empresarial, tendem a aderir ao rito arbitral como única forma de resolução de litígios em tempo razoável. Muitas vezes, era este o único meio para evitar o próprio perecimento do direito.

Uma das principais vantagens da escolha do procedimento arbitral, antes do Novo CPC, se dava em razão da notória economia de tempo decorrente da flexibilidade em relação ao rito processual. Tendo em vista a ausência do duplo grau de jurisdição, a sobrecarga do judiciário, e a economia do tempo perdido do processo em cartório, somente era possível ter celeridade processual caso se optasse pela arbitragem.

Todavia, com a previsão dos art. 190 do Novo CPC, as referidas qualidades inerentes à arbitragem passaram a ser extensíveis à Jurisdição estatal. E, em razão dos princípios regentes da liberdade convencional nos negócios jurídicos processuais atípicos e na arbitragem serem os mesmos (contraditório e ampla defesa, imparcialidade do juízo e de seu livre convencimento e igualdade material das partes¹¹), inarredável a constatação de uma

¹¹Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 'Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica'.

identidade entre os dois modelos de flexibilização do rito procedimental. Com a possibilidade de afastamento do duplo grau de jurisdição, da modificação de prazos, e da criação de novas punições decorrentes do inadimplemento das obrigações processuais pactuadas, é possível que a prestação de tutela jurisdicional pelo Estado tenha, senão a mesma celeridade do rito arbitral, algo a ela semelhante.

Neste sentido, é importante perquirir qual o papel do art. 191 do Novo CPC, que autoriza as partes a elaborarem seu próprio calendário processual, no contexto da flexibilidade e celeridade do rito procedimental orientado pelo art. 190. Preliminarmente, é importante destacar que a calendarização não mais encontra óbice na previsão original do art. 12 do Novo CPC, ou seja, na obrigatoriedade de que os julgamentos fossem realizados de acordo com a ordem cronológica de ingresso dos processos para prolação de atos decisórios. A alteração trazida pela lei n.º 13.256/2016 (que afastou esta compulsoriedade) permite, portanto, a aplicação do instituto da calendarização, ao menos no plano teórico.

Contudo, a calendarização processual, apesar de potencialmente ampliar a celeridade processual, tende a ter seus resultados comprometidos na realidade jurisdicional, justamente por força da necessária concordância do magistrado para fins de calendarização dos atos decisórios.¹² Afinal, seja pela impossibilidade de punição do magistrado em caso de descumprimento, seja pelo aumento no controle de sua própria atuação, há evidentes desincentivos para que o julgador busque esta calendarização.

Outro ponto relevante para a escolha de uma ou de outra modalidade de convenção do rito procedimental é a análise quanto às medidas de urgência. Apesar de certa controvérsia acerca da possibilidade ou não dos árbitros concederem estas modalidades de tutela emergencial¹³, o Superior Tribunal de Justiça¹⁴ tem reiteradamente se posicionado no sentido de que tal prerrogativa não é restrita aos Juízes de Direito, sendo extensíveis também aos árbitros.

¹² “(...) naquele (negócios jurídicos processuais sobre prazos) é necessário que, além de estarem concordes as partes, o esteja também o órgão jurisdicional.” In: WAMBIER, 2015, p. 354.

¹³ “Em resumo: a tarefa do árbitro e a tarefa do juiz, em um sentido, podem ser iguais, já que ambas visam à pacificação social, mas quando se confere tal tarefa ao árbitro, não se transfere a ele o poder do Estado. Precisamente por esta razão – pelo fato de que o árbitro não pode exercer o poder do Estado (*imperium*) – é que não se pode admitir que possa ele outorgar providências de urgência”. In: MARINONI; ARENHART, 2015, p. 487-488.

¹⁴ STJ. 2ª Seção. CComp 111.230/DF, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 03.04.2014; STJ, 2ª Seção, AgRg no CComp 116.395/RO, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 17.06.2013; STJ, 3ª Turma, Resp 1.297.974/RJ, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 19.06.2012.

Neste sentido, e tendo em vista que para as partes é interessante do ponto de vista qualitativo a atribuição desta competência aos árbitros, uma vez que escolhidos por comum acordo e potencialmente mais especializado tecnicamente em relação à matéria litigiosa, tem-se que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça está em consonância com os interesses daqueles que se submetem ao rito arbitral. Sobretudo quando as medidas de urgência forem pleiteadas ao longo do feito, oportunidade na qual o árbitro está ainda mais apto ao julgamento do pedido do que o Juiz de Direito que até então desconhecia por completo a existência daquele litígio.

Sopesando-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os benefícios da concessão de medidas de urgência pelo árbitro e os eventuais prejuízos decorrentes da adoção de posicionamento contrário ao da Corte Superior, tem-se que o risco de adoção da arbitragem em detrimento de uma convenção processual na forma do art. 190 do Novo CPC, no que tange a este ponto, não é significativo, de um ponto de vista geral, pois potencialmente muito semelhante ao rito processual sob Jurisdição estatal.

4. A (RE) FORMULAÇÃO TEÓRICA DE ESTRATÉGIAS EMPRESARIAIS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

De acordo com Cooter e Ulen (2010, p. 231), os custos de transação são os custos para o intercâmbio e se dividem em três espécies: custos de busca; custo de arranjo ou acordo; e custos de execução. Dentro deste cenário, as convenções processuais e de arbitragem se caracterizam como mecanismos que visam reduzir os custos atinentes à exequibilidade dos direitos de que gozam as partes lesadas quando realizam suas transações de mercado.

Neste sentido, a decisão mais eficiente em relação à escolha por um ou outro modelo de convenção processual, do ponto de vista da racionalidade econômica, é aquela que reduz os custos envolvidos para a efetivação das obrigações contratadas e não adimplidas pela parte adversa. Para se chegar a esta resposta, é imprescindível verificar quais as expectativas, ou seja, qual a previsibilidade¹⁵ de cada modelo frente aos critérios de (a) qualidade de decisão, (b) tempo para resolução da demanda, e (c) os custos de operacionalização, e também como se dá a relação destes com eventuais mudanças nas variáveis fáticas do caso concreto.

¹⁵ “Ao adotar regras claras de procedimento quando a lei processual aplicável à espécie é, por outro lado, dúbia, normalmente as partes conseguem reduzir seus respectivos custos para litigar.” Tradução livre de: “More generally, adopting clear procedural terms when the procedural Law that would otherwise be applicable is unclear may allow parties to reduce their litigation costs.” In: DAVIS; HERSHKOFF, 2015, p. 146.

Quanto maior a qualidade da decisão, no sentido de que efetivamente aquele que inadimpliu arque com o prejuízo gerado, e menor for o tempo para uma resposta satisfativa do direito pleiteado, também se chega ao menor custo operacional possível. Num cenário de total previsibilidade, passa a ser crível a desconsideração da parcela do custo de transação relativa à execução, permitindo ao agente econômico reduzir o preço final dos seus produtos, momento no qual passa a ser mais competitivo.

A partir do quadro comparativo entre as vantagens e desvantagens dos negócios jurídicos processuais em relação à arbitragem, que se passa a desenhar, e para o qual se parte do pressuposto de que a decisão mais eficiente do empresário é aquela que melhor equaciona a influência dos referidos critérios, é possível trilhar algumas diretrizes capazes de orientar a conduta do agente econômico dentro de sua realidade.

4.1. DO QUADRO COMPARATIVO

Preliminarmente, quanto à premissa informadora dos critérios para a análise comparativa entre os dois modelos, ou seja, a previsibilidade, importante notar que, ao contrário da arbitragem, os dispositivos relacionados aos negócios jurídicos processuais ainda possuem relevantes nódulos acerca de sua interpretação. Em razão das dúvidas que, sobretudo, cercam a expansibilidade do objeto que pode ser convencionado pela aplicação do art. 190 do Novo CPC¹⁶, verifica-se uma maior possibilidade, inclusive, de anulação integral do negócio jurídico processual.

Neste ponto, quando comparado à arbitragem, tem-se um maior custo de exequibilidade, justamente em face do provisionamento dos riscos inerentes à possibilidade de uma anulação ou quebra de expectativa quanto àquilo que se pretendia convencionar.

Em relação ao critério da qualidade da decisão judicial, prevalece a quase total inviabilidade da escolha pelos negócios jurídicos processuais quando a matéria versada se tratar de regras de Direito estrangeiro relacionadas ao comércio internacional. Da mesma forma, pela impossibilidade de eleição do julgador, tal como ocorre na arbitragem, tem-se que

¹⁶ Mais um exemplo, ainda não citado neste trabalho, é a dúvida atinente à necessidade das partes serem necessariamente representadas por advogado. Apesar de isto não estar previsto no Novo CPC para os negócios jurídicos processuais, cabendo interpretação neste sentido, é improvável que a figura do advogado venha a ser dispensada por meio de convenções processuais entre as partes, seja por pressão da entidade representativa – OAB –, seja por uma interpretação expansiva do art. 133 da Constituição Federal, que eleger o advogado como essencial à administração da Justiça.

a perda de qualidade na decisão proferida em uma demanda que versar sobre matéria muito específica é praticamente certa, mesmo com a previsão trazida pelo Novo CPC acerca da possibilidade de eleição do perito, uma vez que a melhora qualitativa decorrente desta previsão se restringiria à matéria fática, e não a questões jurídicas.

Todavia, uma importante vantagem trazida pelo Novo CPC foi a flexibilização do procedimento, decorrente da permissão concedida às partes para modificar prazos, criar novas punições decorrentes do inadimplemento das obrigações processuais pactuadas e, sobretudo, afastar do duplo grau de jurisdição. Os negócios jurídicos processuais, sem dúvida, tendem a se tornar um instrumento apto a reduzir efetivamente o tempo de trâmite de um processo judicial, reduzindo, por conseguinte, os custos de execução.

Apesar da melhora significativa em relação ao rito ordinário, no que se refere à celeridade processual, e da semelhança com a arbitragem pela ampla liberdade para convenção, o modelo concebido pelo Novo CPC dificilmente se equipará à celeridade proporcionada pela Lei n.º 9.307/96. Apesar da previsão de calendarização do procedimento, prevista no art. 191 do Novo CPC, tem-se que em razão da celebração do acordo depender, em larga medida, da concordância direta do próprio Juízo, há uma forte tendência de o instituto não gozar de concreta efetividade, justamente pela falta de incentivos para que o magistrado adote esta postura colaborativa.

Em que pese a identidade entre a flexibilidade de procedimento entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem, verifica-se que as limitações para a calendarização prevista no art. 191 do Novo CPC acaba por impedir uma efetiva equiparação, quanto ao tempo do processo, entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem, permanecendo este como via mais célere. Em relação ao critério de celeridade, pelo que se depreende das análises doutrinárias e também pelo próprio contexto de abarrotamento do Judiciário, a arbitragem tende a manter-se mais eficiente do que a jurisdição estatal, mesmo através da utilização dos negócios jurídicos processuais, que, frisa-se, tem potencial para se tornar um importante mecanismo de redução no tempo do processo quando comparado ao modelo tradicional.

Quanto à necessidade de eventual medida de urgência, o que incorpora um cálculo relativo ao tempo de efetiva resposta jurisdicional e qualidade desta resposta liminar, verifica-se que em virtude de entendimento jurisprudencial consolidado no Superior Tribunal de Justiça, é possível ao árbitro conceder medidas de urgência, razão pela qual em questão de tempo, não há diferença substancial tanto sob o rito da arbitragem quanto pelo dos negócios

jurídicos processuais. Todavia, quanto à qualidade do provimento, por ser o árbitro escolhido pelas partes potencialmente mais especializado em relação à matéria tratada no litígio do que o Juiz de Direito competente, e também por já estar inserido naquele contexto contingenciado, novamente tende a arbitragem a ser mais eficiente.

Portanto, a partir da análise comparativa, verifica-se que a arbitragem goza não apenas de maior previsibilidade quanto a sua execução, até mesmo em razão das incertezas que ainda se sobressaem em relação aos negócios jurídicos processuais, como também apresenta uma vantagem considerável no que diz respeito aos critérios de qualidade e tempo de resposta jurisdicional.

4.2. DAS DIRETRIZES PARA GESTÃO DE LITÍGIOS

A principal desvantagem da arbitragem reside nos seus custos operacionais¹⁷, que podem chegar a valores superiores à casa das centenas de milhares de reais, a depender da especialização da matéria, da necessidade de celeridade do julgamento e do valor da causa. No processo jurisdicional estatal os custos judiciais são muito reduzidos, dificilmente ultrapassando 5% do valor da causa e sempre com um limitador máximo, variando conforme o estado da federação e também a espécie de Justiça (Federal, do Trabalho, e etc.).

É possível imaginar-se que a arbitragem deve ser a escolha mais racional do empresário sempre que o valor envolvido na operação comercial que a antecede for elevado, a fim de que os custos operacionais se diluam em relação ao montante global dos custos de transação e da operação propriamente dita. Sobretudo quando a matéria litigiosa demandar alto nível de especialização, situação em que os instrumentos da arbitragem tendem a criar um diferencial ainda maior em relação aos custos de exequibilidade, já que capazes de mitigar o risco de uma decisão que venha a privilegiar a parte que, em verdade, acabou por ensejar a ruptura da relação jurídica.

Neste cenário, verifica-se também que, em razão do volume de recursos financeiros envolvidos, a demora na resposta jurisdicional acaba também por acarretar em elevados prejuízos em face do custo de oportunidade suportado pelo litigante que tinha razão. Até o momento em que é dada efetividade ao seu direito, deixou o empresário de realizar outros investimentos que lhe poderiam ter gerado retorno.

¹⁷ Disponível em: <http://ccbc.org.br/Materia/1068/tabela-de-despesas-e-calculadora>. e <http://ccbc.org.br/Materia/1095/estat%C3%ADstica>. Acesso em 04/08/2015.

Todavia, quando o custo operacional se mantiver elevado e não for possível sua diluição nos demais custo de transação e também nos custos da operação como um todo, tornando inviável a adoção da arbitragem, os negócios jurídicos processuais, previstos pelo art. 190 do Novo CPC, surgem como uma alternativa interessante para a gestão empresarial de litígios. Notadamente em razão do ganho em termos de celeridade decorrente da possibilidade de afastamento do duplo grau de jurisdição.

Portanto, apesar de haver casos em que não será possível, de antemão, aferir qual modelo será mais eficiente, principalmente quando os valores envolvidos na operação comercial não forem, *prima facie*, suficientes para diluir os custos operacionais envolvidos, tem-se que a via arbitral continua com seu nicho de aplicação bem definido, ou seja, dos casos de maior porte e que envolvam comércio internacional.

Neste sentido, a previsão do art. 190 do Novo CPC visa suprir outro tipo de demanda, eminentemente focada no baixo custo operacional para a exequibilidade das obrigações inadimplidas, mas que, por outro lado, não admite o atual padrão de qualidade das decisões judiciais e o tempo de demora da resposta jurisdicional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo por pano de fundo as inovações processuais trazidas pelo Novo CPC em relação ao CPC de 1973, inseridas em um contexto que visa privilegiar um modelo deliberativo procedimental, o presente trabalho pretendeu analisar e esclarecer qual a influência dos negócios jurídicos processuais, previstos no art. 190 do Novo CPC, sobre a gestão de litígios daqueles que exercem atividade empresarial. Em razão da existência de um campo comum de aplicação da arbitragem e dos negócios jurídicos de ordem processual, buscou-se comparar, sob a perspectiva da racionalidade econômica, a consequência da aplicação de ambas as modalidades de convenção processual.

Com égide na teoria dos custos de transação, a partir da qual os dois modelos comparados se configuram como instrumentos disponíveis para a redução dos custos relativos à execução dos direitos derivados do negócio jurídico comercial entabulado entre as partes, o artigo verificou quais as expectativas de cada sistema frente aos critérios de (a) qualidade de decisão, (b) tempo para resolução da demanda, e (c) os custos de operacionalização.

Feita a análise comparativa, se identificou que a arbitragem, por apresentar menor eficiência apenas no que tange ao critério de custos de operacionalização, será utilizada quando os custos do negócio jurídico comercial e os demais custos de transação forem suficientes para diluir o referido custo para instalação e desenvolvimento do rito arbitral. Da mesma forma, quando se tratar de relações jurídicas internacionais, em que se pretenda a regulação por meio da aplicação de Direito estrangeiro, as partes vão provavelmente optar pela arbitragem, uma vez que a jurisdição estatal não está apta, até mesmo por questões estruturais, a prestar tutela jurisdicional baseada em ordenamento distinto do brasileiro.

Verificou-se que os negócios jurídicos processuais representam, sobretudo pela flexibilidade procedimental, um mecanismo mais eficiente para a resolução de controvérsias do que aquele provido pelo processo civil tradicional, já que potencialmente hábil a garantir celeridade ao rito e melhor qualidade à decisão judicial, a despeito da manutenção dos custos operacionais a níveis relativamente baixos.

Portanto, apesar de inicialmente se acreditar em um cenário de incerteza quanto à sobreposição dos negócios jurídicos processuais e da arbitragem, verifica-se, em verdade, que ambos são instrumentos complementares para a gestão de litígios. Neste sentido, com a perspectiva de atendimento de uma demanda até então negligenciada ao rito procedimental ordinário, a previsão insculpida no art. 190 do Novo CPC torna-se interessante ao ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, a todos aqueles que clamam por uma melhor tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7ª ed. São Paulo: Editora Renovar, 2008.

ATAÍDE JUNIOR. *Processo Civil Pragmático*. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2013.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. Journal of Law and Economics. 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 01. Coord. Fredie Didier, p. 27-59. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. *Contracting for procedure*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 01. Coord. Fredie Didier, p. 131-178. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e Processo de Conhecimento*. Vol. 01. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. V.02. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAROUPA, Nuno. *Combinar a Economia e o Direito. A análise econômica do direito*. 2009. Disponível em: http://www.academia.edu/2824965/Combinar_a_economia_eo_direito_a_an%C3%A1lise_econ%C3%B4mica_do_direito. Acesso em: 21/03/2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20ª ed. V. 02; São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual. V. 01. Disponível em www.redp.com.br, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos especiais* – Vol. 03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Law and Philosophy Library, vol. 84. New York: Springer, 2009.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston: Little Brown, 1973.

_____. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. 2ª edição. New York: Oxford University Press Inc., 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. 2ª Ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVEIRA, Newton. *Contratos de Transferência de Tecnologia*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 16, n. 26, 1977.

SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil*. Revista de Direito Privado, vol. 22, abr./2005.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim... [et al.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. Coord. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. São Paul: Revista dos Tribunais, 2015.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações*. São Paulo: Campus. 2005.