

A celebração de negócios jurídicos processuais nos contratos administrativos

Luiz R. Wambier

Professor no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). *E-mail:* luiz.wambier@wambier.com.br.

Alexandre Sampaio Botta

Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). *E-mail:* alexandresb30@gmail.com.

Resumo: O legislador do CPC/2015, no intuito de conferir maior dinamicidade ao processo civil, estabeleceu, no art. 190, uma cláusula geral que permite que as partes celebrem negócios jurídicos processuais atípicos, ajustando o procedimento às especificidades da causa, desde que estejam em discussão direitos que admitam autocomposição. E há, ainda, no art. 191, a autorização para que juiz e partes, de comum acordo, fixem calendário para a prática dos atos processuais, de modo que as datas nele estabelecidas a todos vinculem. O presente ensaio tem como escopo o estudo da aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais ao regime público dos contratos administrativos. Dedicada especial atenção à compatibilização dos negócios pré-processuais com as regras licitatórias e aos benefícios da utilização da consensualidade na resolução dos conflitos.

Palavras-chaves: Negócios jurídicos processuais atípicos. Fazenda Pública. Contratos administrativos. Licitação. Consensualidade.

Sumário: **1** Introdução – **2** Os negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil – **3** Os contratos administrativos e seu regime jurídico – **4** Negócios jurídicos processuais e a Fazenda Pública – **5** Negócios jurídicos processuais e os contratos administrativos – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

O sistema processual inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 explicitamente admite a celebração dos negócios jurídicos processuais atípicos. Com isso, o autorregramento da vontade dos sujeitos processuais passou a ser prestigiado, autorizando-se as partes de um processo judicial a procederem à adequação do procedimento às especificidades da causa, observados os limites e parâmetros para a validade da convenção.

O presente ensaio dedica-se ao estudo da aplicabilidade do instituto dos negócios jurídicos processuais nos contratos administrativos, bem como nos procedimentos licitatórios que os antecedem, uma vez que as normas administrativas que regem a matéria são fortemente influenciadas pelo regime jurídico de direito público, com prerrogativas e privilégios estatais no negócio jurídico de direito material. Volta-se, também, ao tratamento do procedimento e dos requisitos que devem ser observados na incorporação do instituto processual negocial ao campo dos contratos e licitações públicas.

2 Os negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil

A possibilidade de as partes convencionarem acerca do procedimento não constitui propriamente uma novidade em comparação com o sistema anterior. No entanto, a previsão legal sobre a celebração de negócios jurídicos processuais se restringia a taxativas hipóteses, destinadas a casos bastante específicos. Esses são chamados de negócios jurídicos típicos. Exemplos dessa espécie de negócios são a cláusula de eleição de foro, a cláusula de inversão do ônus da prova, a desistência da ação, a retirada dos autos de documento objeto de arguição de falsidade e a convenção arbitral.¹

Note-se que a convenção de arbitragem, prevista na Lei nº 9.307/1996, é um dos mais importantes exemplos clássicos de negócio jurídico em matéria processual, vez que reforça a autonomia das partes contratantes optarem, desde que preenchidos os requisitos legais, pela via arbitral – portanto, desjudicializada – para a resolução de seus conflitos. Ou seja, por vontade expressa das partes, podem elas convencionar que eventuais lides decorrentes daquela relação jurídica serão decididas por um terceiro que não o juiz. A convenção de arbitragem revela o valor que o direito confere às escolhas privadas acerca do método de solução dos litígios.

A novidade, então, consiste no fato de o legislador ter estatuído, no art. 190 do CPC/2015, uma cláusula geral permissiva da celebração de negócios jurídicos atípicos.² Segundo estabelece o dispositivo, tratando-se de processo em que

¹ Sobre o tema, v. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 579 e seguintes.

² Embora, mesmo na vigência do Código anterior, já houvesse doutrina defendendo a possibilidade de as partes celebrarem negócios processuais fora das hipóteses expressamente previstas em lei, Barbosa Moreira, em texto publicado em 1984, afirmava o seguinte: “A vontade das partes pode ordenar-se a influir no modo de ser do processo, no conteúdo da relação processual, como acontece na eleição de foro, nas convenções sobre distribuição do ônus da prova, sobre suspensão do feito, sobre prorrogação de prazo, sobre adiamento da audiência: fala-se então, segundo a terminologia tedesca, em (...) expressão que traduziremos por *efeitos dispositivos*. Mas também se concebe que as partes queiram apenas criar, para

estejam em discussão direitos que admitam autocomposição, podem as partes, desde que plenamente capazes, celebrar negócio jurídico processual para estipular mudanças no procedimento, ajustando-o às especificidades da causa. Essa celebração pode ser realizada tanto *endoprocessualmente*, isto é, no processo já em curso, quanto *pré-processualmente*, no bojo do próprio contrato, em que se estabelece que, na eventualidade de se instaurar conflito a ser solucionado pela via judicial, as partes o farão nos termos ali descritos.

A redação do art. 190 contém diversas regras que permitem a compreensão do alcance do instituto. A primeira delas diz respeito à capacidade das partes. Isto é, somente quem tenha capacidade de direito pode, diretamente ou por meio de seus representantes, celebrar negócios no âmbito do processo. Já a segunda se refere ao conteúdo dos negócios jurídicos processuais. Conforme disposição ali contida, as partes podem estipular mudanças no procedimento, ajustando-o às necessidades da causa.

O procedimento é composto pela sequência interconectada de atos, de modo a estabelecer a linha de conduta do processo. Na vigência do Código anterior, os procedimentos eram classificados em ordinário, sumário e sumaríssimo (que, posteriormente, foi entregue à competência dos juzados especiais). Na sistemática atual, tem-se o procedimento comum, voltado às situações gerais, alguns procedimentos especiais e os negócios jurídicos processuais, que dão origem a procedimentos aos quais um dos autores desta breve contribuição optou por chamar de “procedimentos especialíssimos”.³

De modo geral, a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais possibilita singular abertura para que as partes adéquem o procedimento legalmente estabelecido às especificidades do caso concreto ou mesmo convençionem a respeito das próprias posições jurídicas processuais, concedendo-lhes certa margem de liberdade para a autorregulação, dentro desses limites.

uma delas ou para ambas, a obrigação de assumir determinado comportamento, de praticar ou deixar de praticar certo ato processual (não recorrer, desistir de recurso interposto, não executar a sentença, desistir da ação de execução etc.): os autores de língua alemã usam aqui a denominação (...) traduzível por *efeitos obrigatórios*. (...) A eficácia é, em regra, *imediata*, independente de homologação da convenção pelo juiz. Ainda a considerar-se limitado aos ‘atos processuais em sentido estrito’ o âmbito da incidência direta do art. 158 do Código de Processo Civil [correspondente ao art. 200 do CPC/2015, de que falei anteriormente] (‘Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais’), o qual destarte não abrangeria as convenções celebradas em sede extrajudicial, inexistente razão para que estas se submetam, no particular, a regime diverso. Assim, diante de convenção que distribua o *onus probandi* de modo diferente do previsto no art. 333, o que cabe ao órgão judicial é, pura e simplesmente, se for o caso, e desde que o ato não seja nulo, aplicar as regras convencionais, em vez das legais, para decidir a lide” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: *Temas de Direito Processual*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 97-98).

³ Em coautoria com Eduardo Talamini, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 300.

A regra de admissibilidade dos negócios processuais quando os direitos em discussão no processo admitem autocomposição foi objeto de profunda reflexão na comunidade jurídica, o que não significa dizer que o dispositivo legal restringe a aplicação do instituto aos direitos disponíveis. Existem direitos que, embora indisponíveis, possibilitam autocomposição. É o que ocorre, por exemplo, no direito a alimentos: a despeito da impossibilidade de renúncia, permite ajustes relativamente à forma de prestação. Foi essa, aliás, a conclusão a que chegaram os processualistas no III Encontro do FPPC,⁴ em que se aprovou o Enunciado nº 135, com o seguinte teor: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Esse enunciado, assim como outros tantos aprovados sobre negócios processuais, estimula e qualifica o debate quanto ao real alcance e conteúdo do instituto.

O art. 190 também estabelece que as partes podem convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Significa que, na relação jurídica de direito material, cláusulas já podem ser antecipadamente negociadas pelos contratantes antevendo mudança de procedimento ou de posições jurídicas ao longo do processo, em caso de futura judicialização. Tal autorização inclusive abre possibilidade para que, nos contratos de massa, as experiências negativas de judicialização anterior possam ser corrigidas por cláusulas específicas que as atenuem, considerando as peculiaridades desses contratos. Se não ajustados na etapa contratual, os negócios processuais podem ser convencioneados quando já instaurado o processo judicial, durante o curso da relação jurídica processual, no espaço próprio da audiência do art. 357 do CPC.

O Código veicula especial situação em que partes e juiz, de comum acordo, podem fixar calendário para a prática dos atos processuais (art. 191). A vinculação ao calendário proposto, com prazos diferenciados dos estabelecidos em lei, depende da participação do juiz no ajuste. Não se trata, portanto, de convenção processual que dependa somente da vontade das partes, mas de celebração de negócio jurídico processual complexo.⁵

⁴ Trata-se o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis de um grupo de debates, aberto a todos os estudiosos da matéria, que promove encontros anuais para discutir as normas do Código de Processo Civil de 2015. Em cada um desses encontros, há sempre um grande número de processualistas presentes, de modo que as conclusões aprovadas por unanimidade nos grupos temáticos e na reunião plenária são convertidas em enunciados. Embora não tenham valor de lei ou jurisprudência, possuem relevância porque retratam, em cada tema, a interpretação uníssona de diversos e renomados processualistas de todo o país.

⁵ Nomenclatura utilizada por um dos autores deste ensaio, em coautoria com Ana Tereza Basílio, embora há quem prefira chamá-lo de negócio jurídico plurilateral (cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 427; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 148,

O art. 200 do CPC contém regra que reforça a eficácia imediata do negócio jurídico processual. Segundo a disposição legal, os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, ressalvando, em seu parágrafo único, que a desistência da ação somente produzirá efeitos após homologação judicial.

Tal eficácia, todavia, não isenta o negócio jurídico processual de se submeter ao controle judicial. O parágrafo único do art. 190 dispõe que o juiz, de ofício ou mediante requerimento, controlará a validade das convenções entre as partes, recusando-lhes aplicação quando verificar a ocorrência de nulidade ou se tratar de caso de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma das partes esteja em manifesta situação de vulnerabilidade. O legislador houve por bem estabelecer essa limitação no intuito de evitar situações abusivas em que uma das partes imponha seus interesses de maneira desproporcional em relação aos da outra.

Vale aqui enumerar algumas das possíveis situações de realização desse controle judicial dos negócios processuais. Se as partes, por exemplo, convencionarem que um juízo absolutamente incompetente julgará a causa, ficará evidente a nulidade de que se revestirá decisão eventualmente proferida. O mesmo se diga quando as partes convencionarem que pessoa absolutamente incapaz seja dotada de capacidade processual sem necessidade de representação, porque, nesse caso, norma de ordem pública estará sendo violada. Outro exemplo é o do negócio jurídico processual simulado pelas partes. Nesse caso, parece razoável aplicar aos negócios jurídicos processuais a regra do art. 167 do Código Civil, que impõe a decretação de nulidade para os negócios jurídicos de direito material quando houver simulação.

Apenas a título ilustrativo, vejam-se alguns enunciados editados pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em que se buscou definir um elenco de casos de admissibilidade dos negócios processuais no sentido de orientar a aplicação do instituto. Como dito em nota anterior, embora não tenham os enunciados força de lei ou jurisprudência, possuem relevância na medida em que sintetizam a interpretação unânime de inúmeros processualistas do país, auxiliando na compreensão e aplicação da norma jurídica.

O Enunciado nº 19 elenca algumas hipóteses sobre as quais os estudiosos do processo civil presentes no encontro em que se tratou do assunto consideraram admissível a celebração de negócio processual. São elas:

jun. 2007; WAMBIER, Luiz Rodrigues; BASILIO, Ana Tereza. O negócio processual: inovação do novo CPC. *Revista da EMERJ*, v. 19, p. 140-145, 2016).

Pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.

E há também o Enunciado nº 21, que traz outras situações em que se consideraram admissíveis os negócios processuais: “Acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais”. Em sentido oposto, o Enunciado nº 20 veicula um rol de situações em que não se admitem os negócios bilaterais, quais sejam: “Acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”.

No que diz respeito aos contratos de adesão, não há dúvidas de que convenções abusivas devem se submeter ao controle judicial. Não se veda a previsão de cláusulas que disponham sobre processo ou procedimento em contratos de adesão. A ressalva legal existe para que não se extrapolem os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a prejudicar o exercício do direito de ação ou de defesa por alguma das partes. Também por isso é que o Código excepciona a situação de manifesta vulnerabilidade de uma das partes. Trata-se de conceito indeterminado, que exige profunda análise e ponderação doutrinária e jurisprudencial, diminuindo as incertezas quanto a parâmetros e utilização.

Verifica-se, portanto, que a nova sistemática processual confere amplo espaço para que as partes definam, voluntária e conscientemente, mudanças no procedimento, celebrando convenções processuais que satisfaçam melhor as especificidades da causa. Os negócios processuais deixam de ser apenas aqueles explicitados na lei e passam a admitir ajustes não definidos *a priori*, valorizando a liberdade das partes no campo das relações jurídicas processuais, como já ocorria nas relações de direito material. A novidade, dada a sua generalidade, exigirá do intérprete e do aplicador do direito que analisem as diferentes situações práticas

para bem delimitar os elementos e características do recém-aprovado instituto. Um dos casos concretos a exigir ponderações e reflexões quanto à aplicabilidade dos negócios processuais é o dos contratos administrativos, objeto deste artigo.

3 Os contratos administrativos e seu regime jurídico

A Administração Pública, tendo em vista o amplo espectro de atribuições que lhe são inerentes, tem a necessidade de celebrar contratos com particulares para que estes a auxiliem no cumprimento de suas funções. São exemplos disso os contratos para construção de obras, prestação de serviços – como de limpeza, vigilância, recepção, manutenção preventiva etc. –, realização de compras, alienações, locações, bem como os contratos de concessão, permissão e autorização, celebrados com pessoas jurídicas e físicas para prestação de serviços públicos de titularidade estatal ou exploração de bens públicos. Conforme estabelece o art. 2º da Lei nº 8.666/1993, ressalvadas as hipóteses nela previstas, os contratos administrativos serão necessariamente precedidos de licitação, que consiste em procedimento no qual todos os interessados em celebrar tais contratos podem participar, em igualdade de condições, selecionando-se a proposta que se mostrar mais vantajosa dentre todas.⁶

Os contratos administrativos, por definição, são regidos por normas de direito público. Alguns autores costumam definir “contratos administrativos” como espécie do gênero “contratos da Administração”, sendo outra espécie deste os “contratos privados da Administração”, regidos por normas de direito privado.

Sendo negócios jurídicos necessariamente pactuados pelo Poder Público, que visam sobretudo proteger interesses coletivos, os contratos administrativos possuem determinadas características que os diferenciam dos contratos privados, com regime jurídico próprio estabelecido em lei e poderes especiais concedidos à Administração Pública, cuja finalidade é a defesa do interesse público.

A despeito das prerrogativas do Poder Público, o contrato administrativo não deixa de ser consensual, já que o particular pode escolher ou não contratar com a Administração, não sendo obrigado a fazê-lo se não quiser. No entanto, a Lei nº 8.666/1993, que rege os contratos administrativos, acaba por ser mais rigorosa no estabelecimento de cláusulas necessárias à pactuação com os terceiros,

⁶ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, consiste a licitação em “um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014. p. 532). De outra parte, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a expressão contrato administrativo “é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime

restringindo em boa medida a liberdade contratual que se observa nos contratos privados. Além disso, há uma formalidade prévia que deve ser observada na celebração dos contratos administrativos, que é a da exigência de licitação, nos termos da lei.

O art. 55 da Lei nº 8.666/1993 estabelece um rol de cláusulas necessárias que devem compor todo contrato administrativo. São cláusulas indispensáveis, sem as quais o contrato poderá ser declarado nulo. Os incisos do artigo tratam de cláusulas relacionadas às obrigações contratuais no âmbito do direito material, como a definição do objeto, o regime de execução, os prazos de etapas de execução, os direitos e responsabilidades das partes, entre diversas outras. O §2º do mesmo artigo estabelece, por outro lado, regra de direito processual, segundo a qual deverá necessariamente constar dos contratos cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual. Trata-se de orientação específica em matéria de competência.

O art. 58 da Lei de Licitações e Contratos confere à Administração as chamadas *cláusulas exorbitantes*, que lhe asseguram certas prerrogativas especiais em relação aos particulares contratados. São poderes como a modificação unilateral dos contratos, a rescisão unilateral, a fiscalização de sua execução e a aplicação de sanções quando de sua inexecução total ou parcial. Referida lei contém ainda regras sobre duração dos contratos administrativos (art. 57), prestação de garantia nas contratações (art. 56) e alteração contratual (art. 65). Todas essas disposições, que concedem à Administração maiores poderes e prerrogativas na relação contratual com os particulares, justificam-se por preceitos de ordem pública, buscando-se compatibilizar o interesse coletivo com os direitos dos contratados.

Há quem diga que os contratos administrativos podem ser qualificados como contratos de adesão, na medida em que suas cláusulas são unilateralmente impostas pela Administração.⁷ Inclusive, nas contratações precedidas de licitação, deve o edital conter as normas e condições da contratação. O art. 40 da Lei nº 8.666/1993 dispõe sobre os elementos que devem conter os editais de licitação. Conforme prevê o inc. III do §2º, constitui anexo do edital a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor. Essa regra possibilita aos licitantes conhecerem de antemão as cláusulas do contrato que será celebrado caso se consagrem vencedores do certame licitatório, revelando verdadeiramente se tratar o contrato administrativo de espécie de contrato de adesão.

jurídico de direito público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010. p. 251).

⁷ Nesse sentido, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 273; SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Interpretação dos contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 36, nº. 144, out./dez. 1999, p. 211-216.

4 Negócios jurídicos processuais e a Fazenda Pública

A Lei nº 8.666/1993 não trata de direito processual. Ela foi concebida para regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos relativos a obras, serviços – inclusive de publicidade –, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Dentre as normas da lei, diversas delas regulamentam o processo de licitação, pertinente não à esfera judicial, mas, sim, à esfera administrativa. Afirma-se, assim, que a licitação constitui um procedimento administrativo, um encadeamento de atos, da Administração e dos licitantes, que conduz à finalidade última, que é o atendimento das necessidades do Poder Público pela via contratual. Relembre-se que, em diversas hipóteses, a lei não prevê um procedimento de licitação, admitindo sua dispensa ou inexigibilidade, embora seguindo um procedimento administrativo obrigatório.

Diversas leis que regulam institutos do direito administrativo preveem normas especiais de processo administrativo, que visam adequar para cada finalidade, ou conjunto específico de situações, certas normas de processo e procedimento. Muitos órgãos e entidades que exercem função administrativa definem regimentalmente suas normas de processo administrativo, quando não são elas definidas em lei. Outras vezes, tais normas são instituídas por meio de decretos do chefe do Poder Executivo, como ocorre com o Decreto nº 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Além disso, no âmbito da Administração Pública Federal, tem-se a Lei nº 9.784/1999, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo na Administração direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Referida lei, de caráter geral, aplica-se aos processos administrativos quando não houver norma especial, na seara federal. Os demais entes subnacionais, estados e municípios, podem também aprovar por meio de leis suas normas locais de processo administrativo.

E, segundo dispõe o art. 15 do CPC, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. Portanto, nada impede que as regras que autorizam a celebração de negócios jurídicos processuais sejam aplicadas no âmbito dos processos administrativos, ainda que o legislador não as tenha explicitamente estendido a essa esfera, permitindo a convenção de um negócio jurídico voluntário entre Administração e administrado que incida sobre o processo administrativo e as relações jurídicas nele desenvolvidas.

Além disso, prevalece em nosso sistema de garantias fundamentais, de acordo com o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo que a lei não poderá excluir da apreciação do

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em última análise, qualquer situação conflituosa entre Administração e particulares poderá ser levada ao Judiciário por meio do legítimo exercício do direito de ação, mesmo que finda a etapa administrativa de solução da controvérsia.

Como demonstram os dados estatísticos,⁸ o Poder Público está entre os maiores litigantes do país. São diversas as modalidades de ações que envolvem a Fazenda Pública, a exemplo das que tratam de matéria tributária, responsabilidade civil extracontratual do Estado, direito ou responsabilidade de servidores públicos, atos ou omissões de autoridades públicas, bem como de contratos administrativos, quanto aos direitos, deveres e responsabilidades dos contratantes. Segundo dispõe o art. 79 da Lei nº 8.666/1993, os contratos administrativos podem ser rescindidos, por determinação unilateral, amigavelmente ou pela via judicial, nos termos da lei.

A questão que se apresenta, de maneira geral, concerne à possibilidade de aplicação dos negócios processuais às ações que envolvam a Fazenda Pública. Na doutrina, há quem defenda não haver óbice à celebração de negócios processuais pela Fazenda Pública.⁹ Essa posição – que nos parece correta – fundamenta-se na circunstância de que a indisponibilidade do interesse público não deve ser invocada como impedimento à celebração de negócio processual, sendo possível, inclusive, haver negócios dessa espécie para fortalecer situações jurídicas processuais do ente público. Como já destacou um dos autores deste ensaio em outra oportunidade, a indisponibilidade do direito não implica diretamente na absoluta vedação à negociação.¹⁰ Mesmo que em disputa estejam direitos indisponíveis, existe certa margem para a celebração de convenções ou acordos processuais, a exemplo da eleição de foro, da suspensão do processo, da dilação de prazos e da redistribuição do ônus da prova.¹¹

⁸ Conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

⁹ Ver, por exemplo: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 667.

¹⁰ Em coautoria com Eduardo Talamini. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 18. ed. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 123-124.

¹¹ Sobre o tema, a orientação impressa no Enunciado nº 256 do FPPC é no sentido de que a Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual. Quanto a quem celebra os negócios processuais, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que podem figurar como partes do negócio jurídico processual, as partes do processo, os intervenientes, a exemplo do assistente e do *amicus curiae*, os interessados, a Fazenda Pública, o Ministério Público e o juiz. Os autores incluem, portanto, a Fazenda Pública como legitimada (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018). Na conclusão externada por Silvano José Gomes Flumignan, a Fazenda Pública pode realizar negócios jurídicos para a solução de casos concretos. O autor enumerou alguns negócios atípicos que, em sua opinião, poderiam ser úteis à Fazenda Pública, como: pacto de complementação de valor bloqueado para permitir o pagamento à vista de débito tributário, parcelamento de honorários com suspensão do cumprimento de sentença, convenção de impenhorabilidade

Nada obsta, portanto, a que a Fazenda Pública celebre negócios jurídicos processuais, no curso do processo judicial ou antes de sua instauração, submetendo-se, como todos aqueles que voluntariamente celebrem tais ajustes, às normas e condições estabelecidas na legislação processual.

5 Negócios jurídicos processuais e os contratos administrativos

A leitura sistêmica do Código de Processo Civil e de outras leis correlatas ao tema leva à conclusão de que não há norma que proíba a previsão de cláusulas processuais em contrato administrativo. O mesmo se diga quanto à possibilidade de, na relação jurídica processual já estabelecida, o Poder Público e a parte contrária celebrarem negócios processuais pela manifestação autônoma de vontade, no exercício legítimo de autorregulação de seus interesses. Além de inexistir previsão expressa no ordenamento proibindo essa celebração, há a cláusula geral estabelecida no art. 190 do CPC autorizando a estipulação pelas partes de negócios processuais, extensível, pela interpretação construída pela doutrina, aos casos em que a Fazenda Pública esteja envolvida.

Os requisitos normativos veiculados no art. 190 do CPC são, em regra, absolutamente compatíveis com os contratos administrativos. O dispositivo legal estabelece que as partes devem ser plenamente capazes para que possam estipular mudanças no procedimento, exigência cujo cumprimento se estende à Fazenda Pública. Diz ainda que o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição. Em geral, os contratos administrativos tratam de direitos dessa natureza, que envolvem execução de obras, serviços, compras, alienações, concessões e outros. São obrigações com prestações pecuniárias, formadoras de vínculo entre devedor e credor. Muito embora haja prerrogativas a reforçar a posição do Poder Público, não se pode negar que, usualmente, os contratos administrativos lidam com direitos que possibilitam a autocomposição. Note-se que o art. 32 da Lei nº 13.140/2015 – que dispõe sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da

de determinado bem, limite de multa periódica e liberação de bem penhorado com depósito parcial do valor devido (FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a Fazenda Pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 280, ano 43, jun. 2018). Elaine Harzheim Macedo e Ricardo Schneider Rodrigues afirmam ser viável a autocomposição envolvendo a Fazenda Pública tanto sobre direitos materiais quanto em relação aos seus direitos processuais. Conforme os autores, em relação à primeira hipótese, há vários exemplos que mitigam o dogma da indisponibilidade dos interesses públicos, autorizando o administrador a realizar a transação sobre o próprio direito, como nos acordos em contratos administrativos, acordos em procedimentos sancionatórios do CADE e transação nos procedimentos dos juizados especiais. No aspecto processual, por sua vez, são comuns negócios processuais realizados pela Fazenda, como, em comum acordo, requerer a dilação do prazo processual, a inversão da ordem de oitiva de testemunhas ou a suspensão do processo (MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. *Revista de Processo*, v. 273, ano 42, nov. 2017).

Administração Pública –, §5º, prevê que, na competência das câmaras de que trata o dispositivo (câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito das advocacias públicas), estão compreendidas a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela Administração com particulares.

O art. 190 do CPC expressamente dispõe ser lícito às partes a celebração do negócio antes ou durante o processo. Considerando que o contrato administrativo guarda certa correspondência com o contrato privado, regulando-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público e, supletivamente, pelos princípios da teoria geral dos contratos e pelas disposições de direito privado (art. 54 da Lei nº 8.666/1993), nada impede que em suas cláusulas sejam estipuladas regras em matéria processual. Nesse caso, em que a celebração do negócio é anterior à instauração do processo, é necessário que sua previsão conste do edital da licitação para que os licitantes tenham conhecimento sobre as regras do acordo.

Também não há óbice a que a convenção seja ajustada depois de o processo entrar em curso. O fato de a lide ter como objeto um contrato administrativo, não subtrai das partes a liberdade de negociação depois de instaurada a relação processual no Judiciário. Do mesmo modo, a fixação de calendário para a prática dos atos processuais, nos termos do art. 191 do CPC, não é incompatível com o regime público dos contratos administrativos.

Nos casos estabelecidos em lei, os contratos administrativos devem ser precedidos de licitação que, como já dito, constitua procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública chame os interessados que queiram com ela contratar a formularem propostas, que serão avaliadas e selecionadas de acordo com as condições fixadas no instrumento convocatório. As finalidades e os princípios da licitação constam do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, cujo texto estabelece que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nesse ponto, nos casos de necessidade de procedimento licitatório que preceda a contratação, parece razoável supor que a previsão de eventual negócio jurídico processual deva constar do edital de licitação ou da carta-convite, para prévio conhecimento dos licitantes, como indicação obrigatória. O motivo é evidente. Se a licitação deve observar o princípio da isonomia, e o edital é a lei interna que rege a contratação vinculando a Administração e os particulares, todos os

potenciais contratantes precisam conhecer as regras do negócio processual que a Administração planejou para ofertarem com segurança suas propostas, sem que sejam posteriormente surpreendidos com cláusulas no contrato que não estavam previstas no edital.

Além disso, a transparência do negócio jurídico processual na fase editalícia pode ser determinante na análise pelos licitantes sobre os riscos e compensações de participar ou não do procedimento para contratar com o Poder Público. Pense-se, por exemplo, na hipótese de constar regra dispondo que as partes devem abrir mão de recorrer das sentenças de primeira instância nos litígios envolvendo o contrato a ser celebrado. Pode não ser interessante, do ponto de vista estratégico, que dada empresa participe da licitação por não perceber vantagem para si em relação à regra imposta. De outro lado, para outra empresa, uma regra do mesmo tipo pode se tornar um fator determinante na decisão de participar do certame se ela vislumbrar no negócio processual uma vantagem competitiva com respeito às suas pretensões de contratação.

A obrigação de que as cláusulas que estabeleçam os negócios processuais façam parte dos editais e minutas de contratos também é relevante para a formação dos preços a serem ofertados pelas licitantes. A depender do teor das regras estabelecidas, a partir de uma gestão de riscos, a empresa pode internalizar em sua proposta de preço uma redução de custos judiciais que ela visualiza no negócio processual. Por exemplo, a depender do acerto sobre prazos, produção de provas e remessa necessária, os custos de condução dos processos judiciais para os particulares podem ser significativamente menores, influenciando a formação dos preços dos licitantes e, indiretamente, a proposta mais vantajosa para o ente contratante.

Os contratos administrativos possuem características que os aproximam dos contratos de adesão. Suas cláusulas devem ser aceitas e recebidas pelos particulares, cabendo a elaboração das regras de contratação à Administração. A ideia de adesão também se aplica às cláusulas do edital e do contrato que versam sobre negócios jurídicos processuais, do mesmo modo que ocorre com as cláusulas de direito material. Nesse aspecto, cabe observar como a doutrina e a jurisprudência têm evoluído na interpretação da regra que estabelece que o juiz controlará a validade da convenção recusando-lhe aplicação no caso de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único, do CPC).¹²

¹² PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. REVELIA DECRETADA PELA ORIGEM. CALENDÁRIO PROCESSUAL FIRMADO PELAS PARTES PELO QUAL A CONTESTAÇÃO DEVERIA SER ENTREGUE EM 20/12/2016. PROTOCOLO DA PEÇA APENAS EM 23/01/2017, APÓS O RECESSO FORENSE. POSIÇÃO DA

Note-se que o direito brasileiro vem assimilando vários institutos que cada vez mais o orientam para a concepção de consensualidade entre as partes, visando construir uma maior adequabilidade e satisfatoriedade na solução dos conflitos em sociedade. Pode-se dizer que o negócio jurídico processual é uma dessas ferramentas previstas com o objetivo de estimular o consensualismo nas relações concretas. E o Poder Público, tendo em vista sua constante participação nos conflitos econômicos e sociais, não pode ficar alheio a essas inovações.¹³

Há pouco tempo, a mediação, a conciliação e a arbitragem eram consideradas “meios alternativos” de solução de conflitos, no sentido de que seriam caminhos secundários, a que se recorreria subsidiariamente à solução tradicional judiciária. Com o passar do tempo, passou-se a entender que essa alternativa existe entre todos os mecanismos de solução de controvérsias, incluindo o judicial, cabendo às partes identificar o mais adequado ao caso – e, ao Estado, incentivar as soluções consensuais. Por isso, não se fala mais em “meios alternativos”, mas em “meios adequados”.¹⁴

No campo específico da Administração Pública, passou-se a permitir a escolha e utilização dos métodos desjudicializados de resolução de conflitos, tanto autocompositivos quanto heterocompositivos.¹⁵ A Lei nº 13.129/2015, por exemplo,

MAIORIA DESTA EG. CÂMARA NO SENTIDO DE RECONHECER SUA TEMPESTIVIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL QUE DEVE SER LIMITADO PELAS CHAMADAS EXTERNALIDADES QUE IMPÕEM CUSTOS A TERCEIROS. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA E ENUNCIADO nº 36 DA ENFAM SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SUSPENSÃO DOS PRAZOS ENTRE O DIA 20 DE DEZEMBRO E 20 DE JANEIRO, NA FORMA DO ARTIGO 220 DA LEI ADJETIVA, QUE, POR INTEGRAR O PRÓPRIO FUNCIONAMENTO DOS TRIBUNAIS, NÃO PODE SER AFASTADO POR CONVENÇÃO DOS LITIGANTES. REVELIA AFASTADA. NECESSIDADE DE INSTRUIR O FEITO E ANALISAR AS OBJEÇÕES E EXCEÇÕES FORMULADAS PELO RÉU. RESSALVA DO VOTO DO RELATOR QUANTO À REVELIA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA POR UNANIMIDADE. AFASTAMENTO DA REVELIA POR MAIORIA. (TJRJ, Apelação Cível nº 0011211-63.2016.8.19.0003, Rel. Des. Custódio de Barros Tostes, Primeira Câmara Cível, j. 17.10.2017, p. 20.10.2017). Sobre o tema, ver também: TJDF, AGI 2016.00.2.047403-2, Ac 984.997, Sétima Turma Cível, Rel. Des. Fábio Eduardo Marques, j. 30.11.2016, p. 06.12.2016; TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0056916-25.2018.8.19.0000, Rel. Des. Mauro Pereira Martins, 13ª Câmara Cível, j. 30.01.2019, p. 01.02.2019; TJSP, Agravo de Instrumento 2190649-92.2017.8.26.0000; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 19/02/2018; Data de Registro: 21/02/2018.

¹³ Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha afirma que é possível perceber uma ampliação gradativa, ao longo dos anos, de manifestações de consensualidade administrativa no direito brasileiro, em diversos de seus ramos, mencionando como exemplos a desapropriação amigável, a colaboração premiada, a transação penal e a suspensão condicional do processo, a autocomposição nos processos que tramitam nos juizados especiais federais e nos juizados especiais da Fazenda Pública, os acordos de leniência, além do próprio incremento das parcerias público-privadas (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 639-641).

¹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 2. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 122.

¹⁵ Mas há também normas que proíbem que soluções consensuais sejam adotadas. É o caso da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Estabelece o seu art. 17, §1º, que é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações judiciais de improbidade. Embora tivesse havido a tentativa de revogar tal restrição pela Medida Provisória nº 703/2015, perdeu ela sua vigência de modo que a proibição remanesce.

alterou a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) para admitir que a Administração Pública direta e indireta faça uso dessa via para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Limita, contudo, a arbitragem que envolva a Administração Pública àquela de direito, excluída a arbitragem por equidade, respeitado o princípio da publicidade. Observa-se, atualmente, a ocorrência de diversos conflitos envolvendo contratos administrativos sendo solucionados por meio de arbitragem, com prévia e voluntária escolha do método pela Administração.

Outro exemplo é a já mencionada Lei nº 13.140/2015, que trouxe diversas regras sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Conforme estabelece seu art. 32, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público, e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Além disso, prevê o art. 35 a possibilidade da utilização da transação por adesão nas condições nele veiculadas. O art. 174 do Código de Processo Civil contém regra no mesmo sentido, enfatizando que os entes públicos criarão câmaras de mediação e conciliação para solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Percebe-se, portanto, que a legislação mais recente valoriza e fortalece os métodos autocompositivos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública. Certamente, o estímulo às soluções pelo consenso constitui uma das mais eficientes maneiras de se evitarem os altos custos da judicialização para o Poder Público e para a sociedade em seu todo. E há, ainda, que se destacar a efetividade da garantia do acesso à justiça, que, mais do que o direito de submeter o conflito ao Poder Judiciário, consiste no direito a uma ordem jurídica justa, concretizável pela solução mais adequada, que não necessariamente passará pela via judicial.

6 Conclusão

Há perfeita compatibilidade entre os negócios jurídicos processuais e os contratos administrativos firmados entre a Administração e os particulares. É necessário, todavia, que os editais de licitação contenham previsão acerca dos negócios processuais que constarão do contrato a ser celebrado com o licitante vencedor, preservando-se o princípio da isonomia e o dever de obtenção da proposta mais vantajosa à Administração no certame.

Os negócios jurídicos processuais se inserem em um contexto mais abrangente de normas, institutos e conceitos, incorporados ao direito com o escopo de

estimular a construção de respostas consensuais, e não necessariamente adversariais, aos conflitos envolvendo o Poder Público, nas esferas judicial e administrativa. Conferem ao processo judicial certo grau de consensualidade, ao menos em relação a ajustes no procedimento ou às posições jurídicas processuais (ônus, poderes, faculdades e deveres).

O contrato administrativo, por sua densidade e relevância na consecução das políticas públicas estatais, bem como por sua complexa formação e formas de execução que terminam elevando os riscos de judicialização, possui grande aptidão à incorporação da consensualidade para contornar conflitos, incluindo-se na multiplicidade de institutos previstos para tal objetivo os negócios jurídicos processuais.

Recebido em: 09.10.2019.

Aprovado em: 25.10.2019.

The celebration of processual juristic acts in the administrative contracts

Abstract: The CPC/2015 legislator, in order to give greater dynamism to the civil process, established, in the article 190, a general clause that allows the parties to celebrate atypical processual juristic acts, adjusting the procedure to the specifics of the cause, as long that are being discussed rights that admits self-composition. Still, there is in the article 191, the authorization for the judge and the parties, under mutual agreement, to fixate a timetable for the practice of procedural acts, so that the dates established are binding on all. The present article has as its scope the study of the applicability of processual juristic acts to the public scheme of administrative contracts. Special attention is paid to the compability of pre-procedural juristic acts with the bidding procedures and the benefits of using consensus in conflict resolution.

Keywords: Atypical Processual Juristic Act. Public Treasury. Administrative contract. Bidding procedures. Consensus.

Summary: **1** Introduction – **2** The processual juristic act in the Civil Procedure Code – **3** The administrative contracts and their legal regime – **4** Processual juristic acts and the Public Treasury – **5** Processual juristic acts and the administrative contracts – **6** Conclusion – References

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *In: Temas de Direito Processual*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 97-98.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 148, jun. 2007.

- DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 427.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2010.
- FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a Fazenda Pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 280, ano 43, jun. 2018.
- MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. *Revista de Processo*, v. 273, ano 42, nov. 2017.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; BASILIO, Ana Tereza. O negócio processual: inovação do novo CPC. *Revista da EMERJ*, v. 19, p. 140-145, 2016.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, volumes 1 e 2.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

WAMBIER, Luiz R.; BOTTA, Alexandre Sampaio. A celebração de negócios jurídicos processuais nos contratos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 217-233, out./dez. 2019.
