

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Isadora de Jesus Pereira

**A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL OFERECIDA PELO ARTIGO 190 DO CPC.
QUAL O LIMITE DO ALCANCE DA VONTADE DAS PARTES NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO?**

Rio de Janeiro

2018

Isadora de Jesus Pereira

**A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL OFERECIDA PELO ARTIGO 190 DO
CPC. QUAL O LIMITE DO ALCANCE DA VONTADE DAS PARTES NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO?**

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Estado do Rio de
Janeiro como requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Celso Anicet Lisboa

Rio de Janeiro

2018

Isadora de Jesus Pereira

**A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL OFERECIDA PELO ARTIGO 190 DO
CPC. QUAL O LIMITE DO ALCANCE DA VONTADE DAS PARTES NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO?**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. _____ - UNIRIO

Prof. _____ - UNIRIO

Prof. Celso Anicet Lisboa – UNIRIO (orientador)

“Não prometo vencer, mas lutar; trabalharei com alma. (...) As leis são belas, meu querido... Pode ir a São Paulo, a Pernambuco, ou ainda mais longe. Há boas universidades por esse mundo fora. Vá para as leis, se tal é a sua vocação.”.

(ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*.)

AGRADECIMENTOS

A caminhada na graduação até o dia de hoje foi longa. Por uma percepção subjetiva, ao mesmo tempo que parece que tenha se dado por muito tempo, as memórias afetivas a reduzem ao piscar dos olhos.

Neste momento é necessário agradecer a todos que contribuíram para que este momento chegasse.

Primeiramente a Deus, pois sem ele nada seria possível. Por agir em minha vida de maneira tão presente, me proporcionando tantas conquistas, tantos ensinamentos e tantas dádivas, obrigada, senhor.

À minha família, minha base de apoio, meu forte, meu farol e meu suporte.

Especialmente à minha mãe, Aparecida, o maior exemplo de pessoa que já passou pela minha vida, que com seu amor incondicional, mesmo a centenas de quilômetros de distância, sempre se fez presente ao meu lado.

Ao meu pai, Fábio, que desde cedo me ensinou o que era ter caráter, ser uma pessoa íntegra, perseverante, sonhadora e que me apresentou ao mundo das leis.

À minha irmã, Isabelle, que se fez presente em todos os momentos de necessidade, me dando todo o apoio que eu sempre precisei.

Ao meu irmão, Yuri, que sempre da sua maneira me deu todo amor que um irmão poderia me dar.

À minha madrinha, Isis, que como uma segunda mãe sempre me incentivou, ensinou e me apoiou.

Aos meus avós, José, Rosa, António, Wanda, todas as minhas conquistas eu dedico a vocês, me esforço para que aí de cima vocês se orgulhem dessa neta.

Ao meu amor, Hiram, que esteve ao meu lado nesta reta final, me acalmando nos dias de crise, sempre me apoiando, sendo o companheiro e o melhor amor que alguém poderia ter.

Ao meu parceiro, Thadeu Durando, que não obstante sua partida tão prematura, me ofereceu uma relação de companheirismo, amizade, amor, suporte, carinho. Me acolheu sempre com o maior abraço do mundo, me fez caber em seus braços e cuidou tanto de mim. Meu parceiro, estou seguindo da forma que combinamos, obrigada por ser um anjo em minha vida.

À Associação Atlética Acadêmica Tiago Felix, a qual tive a honra de fazer parte desde muito cedo na graduação, onde pude fazer pela Unirio e pelo esporte universitário, unindo duas paixões pessoais, e onde encontrei uma segunda família.

A todos os amigos que a UNIRIO me deu que sempre se fizeram presente em minha vida e me acolheram. Especialmente à Isadora, Leonardo, Marina, Juliana, Márcio Turco, Lucas Rangel, Gabriel e Matheus. Especialmente à Roberta Migueis, que me ajudou em todos os momentos, tanto na vida acadêmica quanto pessoal, meu muito obrigada.

Por fim, aos colegas do Escritório Villemor Amaral, notadamente os meus coordenadores, Pedro Chagas e Fernando Lima, que sempre auxiliaram em minha construção enquanto operadora do direito.

Ao meu colega de baía, Fernando Besteiro, por ter me dado apoio quase que diário na construção do presente trabalho, me incentivando a sempre ir além.

Meu muito obrigado a todos vocês que contribuíram para que este momento chegasse e para construção de quem me tornei.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1 Flexibilização Procedimental.....	11
1.2 O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 - Flexibilização procedimental oferecida pelo artigo 190	16
2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	22
2.1 Atos, fatos e negócios jurídicos	23
2.2 Atos, fatos e negócios jurídicos processuais	30
2.3 Negócio jurídicos processuais típicos	39
2.3.1 Negócios jurídicos processuais típicos	39
2.3.2 Negócios jurídicos processuais atípicos	40
2.4 A validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, sua relação aos regimes do CPC e do CC	44
3 A VONTADE DAS PARTES NO PROCESSO	46
3.1 Princípio do autorregramento da vontade no Processo Civil	46
3.2 O Princípio do autorregramento da vontade das partes no Código de Processo Civil brasileiro de 2015.....	52
4 DIREITOS SUSCETÍVEIS À AUTOCOMPOSIÇÃO NO PROCESSO, LIMITES E ALCANCE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A POSIÇÃO DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS NAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS	56
4.1 Direitos que admitem a autocomposição no processo.....	56
4.2 Limites e alcance das convenções processuais	63
4.3 Posição do órgão jurisdicional	67
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que, diante de todas as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual apresentou um modelo de processo cooperativo, a partir do princípio da adequação, seria inegável que nos corredores jurídicos do país surgissem questionamentos acerca destas inovações.

Tomemos por exemplo estas indagações: (i) será rompido por completo o modelo publicista de processo do qual o Código de 73 e 39 faziam parte? (ii) como será feito o “controle” destas convenções estabelecidas pelas partes pelo juiz? (iii) este modelo cooperativo será resultado da “união” de forças das partes com o magistrado? (iv) qual o alcance da vontade das partes nesse novo modelo de processo? (v) qual instrumento que será utilizado pelas partes para a efetivação de suas vontades do processo?

Com base nestas indagações, surgiu o presente Trabalho de Conclusão de Curso, o qual versa sobre a flexibilização procedimental oferecida pelo novo Código a partir de seu artigo 190. Em outras palavras, será abordada a possibilidade de adequação do procedimento pelas partes, pela faculdade de convenções entre os sujeitos acerca dos procedimentos processuais como um todo, dessa forma fazendo com que as tratativas extrapolem o Direito Material, adentrando no Direito Processual. Neste cenário, será avaliado e estudado quais são os limites do alcance da vontade das partes em matéria processual.

O *animus* deste Trabalho de Conclusão de Curso encontra-se na possibilidade e na viabilidade, oferecida pelo novo Código, para as partes de maneira “autônoma” disporem e convencionarem sobre rito processual, com vistas a alcançarem de forma mais efetiva e célere seus anseios e concretizarem seus direitos.

Em um modelo de processo no qual as partes possuam este poder, não estando condicionadas obrigatoriamente ao procedimento “geral” pré-estabelecido, o

processo em si ganha uma forma individual, singular, que inegavelmente atenderá de forma muito mais eficaz.

Dito isto, o presente tema encontra-se diretamente ligado a este novo viés apresentado pelo CPC/15. Por isso, inquestionável sua pertinência aos dias atuais, sendo necessário que haja amplos debates ao seu redor, para que sua aplicação seja efetivada de maneira mais concreta.

Cumprе ressaltar que, dentro do tema, será debatido o instrumento que viabiliza a aplicação efetiva para concretização deste novo modelo de processo, os negócios jurídicos processuais - seu conceito, análise e aplicação.

A partir deste pressuposto geral, que regerá o Trabalho como um todo, o objetivo será demonstrar a mudança do paradigma processual em relação ao Código de 1973, no qual o Direito Processual, rígido, de acordo com o entendimento da época, forneceria controle ao Estado, a partir do Juízo, suposta garantia de segurança jurídica e respeito ao devido processo legal, em um evidente caráter publicista de processo.

Desde já deixa-se claro que o Código de 2015 em momento nenhum deixou de lado os pilares da segurança jurídica e do devido processo legal, apenas, através de um viés moderno mais congruente à nova realidade social, apresenta e disponibiliza às partes meios não tão rígidos para as controvérsias levadas à apreciação do poder jurisdicional.

Dentre os dispositivos normativos do Código de Processo Civil de 2015 que abriram margem para a realização destes negócios jurídicos processuais, destaca-se o dispositivo do artigo 190, que será abordado, estudado e indicado ao longo de todo Trabalho.

Por fim, porém não menos importante, a vontade das partes no processo figurará em destaque, de maneira a demonstrar seu surgimento de maneira mais efetiva na nova lei processual, seu conceito, suas implicações e, finalmente, seu alcance.

1 FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Flexibilização Procedimental

Historicamente, as normas processuais sempre se revestiram por um conjunto de procedimentos relativamente rígidos, os quais não conferiam grande margem para disposição da sequência dos atos e das formas processuais, ocorrendo sempre uma contraposição entre o sistema da legalidade das formas e o sistema da liberdade das formas¹.

A importância da forma estaria em impedir os arbítrios e preferências dos agentes públicos frente aos particulares, assegurando a necessária isonomia de tratamento entre todos os envolvidos na relação jurídica processual.

Porém, no entendimento de Trícia Cabral (2010), a autonomia no âmbito do direito processual, em contraposição ao direito substancial, acabou fazendo com que houvesse um apego excessivo às formas e, assim, tornando o processo refém de suas próprias armadilhas, retirando o foco na finalidade para a qual foi estabelecido, qual seja, servir o direito material e proporcionar uma efetiva e adequada entrega da prestação jurisdicional.

Isso fez com que a própria segurança jurídica, que chancelava um procedimento mais estático, passasse a ser questionada, para dar ensejo a soluções mais céleres e eficazes.

Tais fatos fizeram com que se repensasse o emprego exacerbado da rigidez das formas, para que fosse atingida a tutela jurisdicional adequada. Dessa maneira, abriu-se margem para o surgimento de um procedimento menos previsível, no qual eventualmente sejam considerados alguns vícios processuais em decorrência

¹ GRECO, Leonardo. O processo de execução. 1, ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. V. 1. p. 257

de seu condão não abalar a segurança técnica utilizada e, que ao mesmo tempo, seja capaz de assegurar o comprometimento com uma tutela jurisdicional mais eficaz e prática para as partes.

Toda complexidade dos atos sociais dentro da dinâmica da pós-modernidade faz com que haja conflitos cada vez mais específicos e insólitos, devido à multifacetada gama de ambientes fáticos que se podem encontrar diante do Poder Judiciário.

Diante disso é que a natureza da demanda pode exigir a acolhida de tutelas processuais peculiares, através da prática de atos processuais específicos, cuja forma e tempo não possuem antecedentes normativos dentro da legislação. A gestão do procedimento permite ao juiz sua flexibilização ao rito processual com objetivo de atribuir a solução mais adequada ao litígio material.

Para Fernando Gajardoni Fonseca (*apud* Ponte e Romão,2015), a flexibilização do procedimento possui três facetas: (i) a legal, subdividida em genérica ou alternativa; (ii) voluntária ou (iii) judicial.

Ainda de acordo com Ponte e Romão (2015), a primeira corresponde à prévia autorização legislativa destinada ao magistrado, que lhe oportuniza amoldar o procedimento ao caso concreto. A segunda admite que essa adequação seja realizada pelas partes. Já a terceira corresponde àquela na qual o legislador não abandona a *ordinariedade*, mas conforme deixa de construir procedimentos diferenciados voltados a anteder distintas situações de direito material, possibilita ao magistrado a adaptação do procedimento aos valores concebidos da Carta Maior.

Os ajustes necessários ao procedimento não são uma novidade no ambiente jurídico. Costumam se manifestar como fenômenos denominados de conversão, de fungibilidade, ou de adaptação, expressões estas que geralmente são utilizadas como sinônimas pela doutrina. A primeira é no sentido de troca, substituição, enquanto a segunda, no sentido de escolha. Já a terceira, é utilizada no sentido de flexibilização ou de aproveitamento do meio como se fosse o mais correto.

Não obstante estas diferenciações, os casos de fungibilidade são tratados na doutrina como troca, substituição, ou seja, no sentido de conversão formal; ora no sentido de possibilidade de utilização de mais de um meio processual posto à disposição pela lei; e ora para se aproveitar o ato inadequado².

Para Amendoeira Jr.:

Em resumo, existem casos em que há verdadeira fungibilidade de meios, ou seja, possibilidade de utilização de mais de um meio (fungível entre si) para atingir determinado fim (escolha da parte é admitida), e existem outros casos em que se está diante de fungibilidade de meios entendida como troca do meio efetivamente utilizado pela parte para outro que se entende como mais correto ou adequado para aquele caso – conversão, seja ela concreta ou formal, seja ela apenas intelectual (conversão propriamente dita) para fins de aproveitamento deste ato. Essa diferenciação é muito importante em termos de resultado e da necessidade de sanatória por parte do Poder Judiciário. No primeiro caso (escolha), não cabe ao juiz determinar a alteração do meio adotado pela parte porque, como se verá, qualquer meio, colocado à disposição de parte pelo ordenamento jurídico processual, para aquela situação, é igualmente idôneo para que alcance os fins almejados (há verdadeira fungibilidade de meios, meios indiferentes com relação ao resultado pretendido). Já no segundo caso (conversão), a fungibilidade tem significado um pouco diverso, ou seja, não há essa indiferença entre os meios, de modo que não caberia, em tese, à parte, escolher o meio que julga mais adequado para atingir os fins colimados, já que a lei processual determina de forma expressa o meio adequado para aquela situação. Por qualquer motivo (erro na utilização da forma ou qualquer característica específica na relação material etc.), a parte utiliza-se de meio inadequado para tanto que, porém, pode ser convertido ou aproveitado.³

² AMENDOEIRA JUNIOR, 2008, p. 4-5.

³ AMENDOEIRA JUNIOR, 2008, p. 11-12.

(...)

Por fim, também estaria incluída a possibilidade de aplicação do princípio da adaptação do procedimento (sua flexibilização), o que, certamente, não se confunde com fungibilidade (como escolha entre diversos meios sendo todos idôneos por previsão ou omissão legal, ou ainda em função de dúvidas objetivas) e conversão (somente um meio idôneo ao qual o meio efetivamente utilizado é convertido), tratando-se de mera adaptação (adequação ou flexibilização) do meio considerado idôneo e que foi efetivamente utilizado ao caso concreto. Ademais, nunca é demais lembrar que isso não se confunde com a aplicação da teoria da substanciação ou com a irrelevância do nomen iuris adotado pela parte, como visto acima.⁴

Para Fernando Gajardoni, as hipóteses de maleabilidade das formas no Processo Civil Brasileiro justificam-se em razão de dois princípios: a) princípio da adequação: que é “a imposição dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para tutela especial de certas partes ou do direito material”; e b) princípios da adaptabilidade (ou da elasticidade processual), para designar “a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa”. Para o autor a flexibilização do procedimento “é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade”, bem como que ambos os princípios “se operam do ponto de vista subjetivo (das partes) ou do objetivo (direito material)”.⁵

A flexibilização procedimental nada mais é do que um meio para que haja uma efetivação da prestação da tutela jurisdicional, no que tange ao procedimento das partes. Uma forma encontrada para que se alcance da maneira mais célere e eficaz um denominador comum entre as partes, o legislador e o órgão jurisdicional, fazendo com que o procedimento se amolde às alterações das dinâmicas

⁴ AMENDOEIRA JUNIOR, 2008, p. 13

⁵ GAJARDONI, 2008, p. 134-135.

sociais e se encontre o rito mais adequado à efetivação de toda e qualquer tutela jurisdicional.

Para tanto, é preciso que seja abandonada a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente à determinada forma previamente estabelecida, retirando do juiz os poderes de flexibilizar os rigores da lei. Sendo este formalismo exagerado incompatível com esta visão social do processo.

Além disso, o legislador não é capaz de prever, de forma completa, quais serão as demandas encaminhadas pelos cidadãos ao Judiciário. Não é possível a produção de leis que contenham, com perfeição, os procedimentos adequados para todas as situações cotidianas. É justamente neste ponto que a flexibilização procedimental surge como ferramenta para redução de eventuais incompatibilidades entre o procedimento e as especificidades do caso concreto.

As regras para flexibilização procedimental não estiveram tão explícitas no direito processual brasileiro até o advento do Código de Processo Civil de 2015, porém mesmo sem previsão legal já poderiam ser consideradas como implícitas em nosso ordenamento.

Conforme será abordado a diante neste trabalho, é notório que o novo CPC ofereceu de forma extremamente potencializada os meios para sustentar as possibilidades de ajustes no procedimento, independente dos reflexos práticos nos corredores jurídicos brasileiros, fato é que o legislador demonstrou através do novo código de processo sua atenção às demandas de um processo mais social.

Neste diapasão, consoante o entendimento de Trícia Cabral (2010), é que a nova previsão legislativa é muito mais abrangente, além de trazer parâmetros para sua execução na prática, ainda inclui a possibilidade de ajuste do ato processual em si, o que demanda e demandará diversas reflexões e estudos a fim de viabilizar sua aplicabilidade em consonância à sua logística operacional.

Desta feita, o juiz figura como detentor de um papel de extrema primazia na correta aplicação destes dispositivos, para o sucesso ou não deste instituto de maneira mais abrangente no direito brasileiro, uma vez que a atitude contida do

magistrado⁶ tanto quanto seus excessos⁷ determinarão os rumos desta nova experiência legislativa.

1.2 O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 - Flexibilização procedimental oferecida pelo artigo 190

Em contraponto, assim como abordado anteriormente, pode-se dizer que a construção do processo nos sistemas judiciais calcou-se na busca pela isonomia entre os envolvidos, o que aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro consagrou conceitos como o do acesso à justiça e o devido processo legal.

O acesso à justiça é o meio que fornece o direito subjetivo de encaminhar as controvérsias do indivíduo à apreciação do Poder Judiciário, sendo a obrigação do meio estatal de fornecer meios para facilitar esse acesso, fazendo com que o Judiciário se torne protagonista na efetivação dos direitos, uma vez que sua função deve extrapolar a pura e simples aplicação da norma jurídica para alcançar a sua materialização.

⁶ “Nesta mesma linha de raciocínio, se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, teremos um instrumento absolutamente ineficaz. É preciso tomar consciência de que instrumentalidade não se compatibiliza com neutralidade ou indiferença quanto às necessidades verificadas no plano material. Não basta a previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar ao titular de uma situação substancial carente de proteção o acesso à tutela jurisdicional efetiva. Não se pode olvidar que o processo, nas suas várias espécies, é sempre voltado a uma situação de direito substancial. Como já se advertiu com muita propriedade, o processo não pode ser colocado no vácuo, sendo imprescindível o reconhecimento, pelos juristas, de que as técnicas processuais servem a funções sociais.”(BEDAQUE, 1995, p. 65-66).

⁷ “Na direção do processo, deve o juiz buscar flexibilizar a técnica, nos limites da legalidade, com o objetivo de torná-lo efetivo. É essencial que o sistema processual dote o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo. Isso advém do interesse público que o permeia.” (OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nas ações coletivas. São Paulo: Atlas, 2009. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona), p. 13)

No mesmo sentido o devido processo legal indica as mínimas condições pelas quais o estado-juiz deverá atuar para lidar com a afirmação de uma ameaça concreta ao direito (efetividade procedimental).

É correto afirmar que a efetividade e realização concreta do bem da vida é um instrumento para o alcance da segurança e manutenção da ordem jurídica, devendo o processo ser seguro e com duração razoável, ou seja, um direcionamento ao legislador para que se crie procedimentos que construam a defesa necessária através de um número cada vez menor de atos, para que o procedimento tenha duração menor. Dessa forma, o processo legal precisa ser efetivo, razoável, célere e com segurança jurídica.

Porém, em contraponto a isso, a massificação do acesso à justiça, aliado à extensa burocracia do sistema jurídico, causa o abalo do Judiciário que se observa pelos tribunais no Brasil inteiro, nos quais acaba-se por exigir-se do magistrado a performance recorde para que o sistema não se desequilibre por inteiro, para que haja a mínima equivalência necessária entre as demandas ajuizadas e os processos findos.

O Novo Código de Processo Civil trouxe consigo várias modificações e inovações carregadas de potencial de utilidade e efetividade que objetivaram modernizar o procedimento e adequá-lo às necessidades sociais de seu tempo.

Através de mecanismos que visam atingir a coerência, estabilidade e isonomia, com a valorização de precedentes, eficácia vinculante de determinadas decisões, criação do incidente de resolução de demandas repetitivas e ampliação do cabimento da reclamação. Além dos dispositivos voltados à qualidade da prestação jurisdicional, com o aprimoramento dos textos que regulam as garantias constitucionais e que conferem primazia às questões de mérito, eliminando alguns obstáculos processuais.

A flexibilização procedimental prevista na nova fase processual civil brasileira, através da cooperação entre as partes e o amplo respeito às garantias fundamentais, trouxe a possibilidade de celebração dos negócios jurídicos processuais, instituto que, em tese, amplia o espaço possível de acordo entre as

partes, extrapolando as questões de matéria e atingindo o processo como um todo, de modo que as partes que participaram da situação jurídica de direito material poderão definir procedimentos mais adequados à solução de conflitos que envolvam aquela mesma situação jurídica de direito material.

Neste sentido, é possível afirmar que dentre os dispositivos positivados no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, especificamente o artigo 190, trouxe consigo uma cláusula geral de flexibilização do procedimento, senão vejamos:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O antigo Código havia estabelecido poucas previsões que ofereciam a flexibilização procedimental, apenas regulando determinadas situações processuais. Através de convenções processuais típicas, exemplificadas em admissibilidade de acordos sobre o foro da demanda, ônus da prova, adiantamento da audiência de instrução e julgamento e fixação de prazos dilatatórios.

O entendimento do Código passado era contrário à existência da categoria de negócio jurídico processual, que se firmou sob a ótica que a vontade não teria relevância para produção de efeitos na esfera processual, sendo as situações previstas consideradas de natureza de meros atos processuais e não de negócios processuais.

Dentro da doutrina minoritária da época, a qual reconhecia a legitimidade da figura dos negócios jurídicos processuais, enquanto ferramentas de aplicabilidade da flexibilização procedimental, prevalecia a ideia de que apenas seriam cabíveis as hipóteses típicas, ou seja, as regulamentadas especificamente na lei. Em decorrência do Código ser omissivo em relação à possibilidade de celebração de convenções atípicas pelas partes, o que impossibilitaria sua realização.

Nesse cenário de rigidez processual, surgiu o Novo Código de Processo Civil, que abandona o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo para, através do princípio da adequação, instituir um modelo de processo colaborativo.

Inicialmente, nota-se que o novo Código trouxe consigo um maior número de hipóteses de negócios processuais típicos (escolha do perito, fixação de calendário processual, saneamento cooperativo/compartilhado), o que por si só já forneceu maior amplitude à vontade das partes no processo.

O artigo 190 nasceu a partir da proposta de consagrar uma norma que passasse a permitir às partes a celebração de convenções de maneira mais ampla e autônoma em relação ao magistrado, antes ou durante o curso do processo, a respeito de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais e a estipulação de mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa ou às necessidades do direito material, tornando ampla a liberdade das partes para celebração de convenções processuais, figurando de forma límpida a flexibilização procedimental a partir de um impulso das partes em busca da otimização e efetivação da tutela jurisdicional.

Este artigo acaba por oferecer em tese uma autorização legal, atípica, na medida em que não estabelece estipulação prévia às adequações que poderão ser realizadas no procedimento a partir de sua flexibilização oferecida. Da mesma forma, que o dispositivo não pré-determina a identificação do objeto das convenções das partes na matéria processual, tampouco qual o alcance e os limites desta flexibilização efetivada através dos chamados negócios jurídicos processuais.

Neste sentido é que o referido dispositivo consagrou verdadeira “cláusula geral de atipicidade de negócios jurídicos processuais”⁸, sendo ampla a liberdade das partes para celebração de convenções processuais.

Oportuno salientar, conforme ensina Bruno Garcia Redondo (2015), é que o artigo 190 do referido Código não encaminhou o processo civil brasileiro a uma “contratualização” ou “privatização”.

No Direito francês, Löic Cadiet (*apud* Ponte e Romão, 2015) aponta a contratualização processual como uma nova tendência para superação da crise da Justiça francesa e a duração do procedimento⁹.

Importante ressaltar que a nova lei processual brasileira não substitui o legislador por oferecer às partes oportunidades de convencionarem sobre suas próprias situações processuais.

O Direito Processual Civil brasileiro apenas passou a reconhecer que as partes são as efetivas titulares de determinadas situações processuais e, por essa razão, devem desfrutar de maior poder de regulamentação (disposição *lato sensu*) sobre as mesmas.

A relação jurídica processual se desenvolve através de um conjunto encadeado de situações processuais em que funcionam como atores as partes, o juiz, os serventuários e os auxiliares do juízo.

Cândido Rangel Dinamarco nos ensina:

⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). Salvador: JusPodivm, 2013, p. 15-26.

⁹ CADIET, Löic. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, v. 4, n. 1, ago.-dez. 2012, p. 03.-35. *apud* PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Vol. 16. Julho a dezembro de 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. pp. 305-334.

o objeto de cada uma delas é sempre uma conduta - conduta permitida, com ou sem sanções pelo descumprimento (faculdades, ônus), conduta devida (deveres), conduta vedada (sujeição).¹⁰

O art. 190 do Código de 2015 permite, às partes, duas ordens distintas de atuação: (i) tanto a realização de adequações no procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa; (ii) quanto a celebração de convenções sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Como a flexibilização procedimental foi ofereceu a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos, consagrada mediante o estabelecimento de uma cláusula geral, não há limites previamente estabelecidos pelo legislador de modo claro, pormenorizado e específico. O art. 190, ao empregar o pronome possessivo “seus”, indica apenas que o objeto dos negócios processuais deve ser ônus, poderes, faculdades e deveres das partes. Não há identificação, porém, sobre quem é o titular de cada situação ou ato processual *lato sensu*, se são exclusivamente as partes, ou se o seriam terceiros.

Para tais esclarecimentos antes que se adentre especificamente acerca da (a)tipicidade dos negócios jurídicos procedimentais, instrumentos para efetivação da flexibilização procedimental no Direito brasileiro, se faz necessário dar prosseguimento ao presente abordando o conceito de negócio jurídico processual e suas principais nuances no Direito Processual brasileiro.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 202.

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Inicialmente, antes de abordarmos o negócio jurídico em seu âmbito processual, é necessário expor as origens deste instituto, que possui natureza substancialmente material. A partir daí, então, mostrar os caminhos do negócio jurídico até sua abrangência às matérias processuais.

O Código Civil brasileiro de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua, não trouxe de maneira expressa o instituto do negócio jurídico, tendo surgido apenas no Código Civil de 2002, dando nome ao título I, do livro III, da Parte Geral do Código.

Este instituto originou-se de maneira positivada no Código Civil Alemão (BGB), do qual foi extraída a seguinte conceituação por Karl Larenz (*apud* Ponte e Romão, 2015):

Negócio jurídico é um ato, ou uma pluralidade de atos, entre si relacionados, quer sejam de uma ou de várias pessoas, que tem por fim produzir efeitos jurídicos, modificações nas relações jurídicas no âmbito do Direito Privado.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves preconiza que o instituto não está disciplinado no “sentido comum de operação ou transação comercial, mas como uma das espécies em que se subdividem os atos jurídicos lícitos.”¹¹

No entanto, não se pode confundir negócio jurídico com o fato jurídico em sentido estrito, pois estes “entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles, ato humano, ainda que, antes da entrada deles no mundo jurídico, o tenha havido”.¹² Desta forma, compreende-se que o negócio jurídico é um fato

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 319

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Sistema de Ciência Positiva do Direito, tomo II. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 102.

jurídico, ou seja, relevante para o universo jurídico, que tem por objetivo alcançar uma finalidade pré-determinada pela vontade dos sujeitos envolvidos.

Para Orlando Gomes, o Negócio Jurídico é “uma declaração de vontade de sujeito de direito, no âmbito de sua autonomia, para alcançar resultado juridicamente protegido.”.¹³ Enquanto isso, para Pontes Miranda “o fato jurídico provém do mundo fático, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico”¹⁴, portanto conclui-se que antes de produzir efeitos ele deve primeiro existir e, além disso, ser válido.

2.1 Atos, fatos e negócios jurídicos

Os fatos jurídicos são aqueles aptos a criarem, modificarem ou extinguirem relações jurídicas, os que não são aptos para tanto, são apenas fatos do cotidiano. Assim é que o fato se torna jurídico a partir do momento que um texto legal cria o suporte fático reconhecendo a relevância do dito fato para as relações intersubjetivas e lhe atribui consequências – efeitos jurídicos. Havendo, do outro lado, fatos que não possuem necessidade de posituação, tais como fatos corriqueiros oriundos da convivência social.

Os fatos jurídicos *lato sensu* são aqueles que produzem um evento jurídico, que pode consistir, em particular, na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica. Esta classificação é a maior subdivisão, na qual os distingue dos fatos não jurídicos e que são capazes de modificar as relações jurídicas, que podem nascer da vontade humana ou serem provenientes da força da natureza.

Portanto, o fato jurídico *lato sensu* é todo e qualquer acontecimento, proveniente ou não da vontade do homem, capaz de criar, modificar ou extinguir uma

¹³ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 321.

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Sistema de Ciência Positiva do Direito, tomo II. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 101.

relação jurídica. Já o ato-fato jurídico é um acontecimento involuntário, independente da vontade humano que produz efeitos na esfera jurídica.

Neste sentido é que o fato jurídico é um acontecimento oriundo da natureza e que repercute na esfera jurídica de um indivíduo. Os fatos jurídicos *lato sensu* subdividem-se em ordinários, acontecimentos corriqueiros, cotidianos, esperados, e em extraordinários, dotados de sua excepcionalidade, tais como o caso fortuito e a força maior.

O ato jurídico *lato sensu*, que também pode ser designado como fato humano, aquela expressão é utilizada para designar acontecimentos tipificados que possuem o elemento volitivo dos indivíduos. Para tanto, indispensável uma atuação do ser humano, uma exteriorização de vontade com intuito de produzir efeitos reconhecidos pelo direito, já que a vontade não exteriorizada não produz qualquer efeito.

A partir da exteriorização da vontade, o indivíduo demonstra sua pretensão de alcançar determinado resultado juridicamente protegido, o que poderá ser realizado por uma declaração.

Em contraponto, o ato-fato jurídico é aquele em que a hipótese de incidência tem por base ato humano, não havendo preocupação na análise dos seus efeitos, se houve vontade em praticar o ato, com efeitos decorrentes da própria normativa legal, vez que

*a norma jurídica abstrai desse ato qualquer elemento volitivo como relevante. O ato é da substância do fato jurídico, mas não importa para a norma se houve ou não vontade de praticá-lo. Ressalta-se, na verdade, a consequência do ato, ou seja, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade de praticá-lo.*¹⁵

¹⁵ LIMA, Taisa Maria Macena de. Os planos do mundo jurídico e as teorias das nulidades. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Reg. 30 (60): 209-219, Belo Horizonte, jul.-dez. 1999

Uma ação ou omissão humana pode produzir efeitos independentes que foram almejados pelo sujeito em um primeiro plano. Este ato-fato divide-se nas seguintes categorias: a) atos reais, sendo exemplo a descoberta de um tesouro, oportunidade na qual o indivíduo adquire a propriedade do mesmo, independente de sua vontade. b) atos indenizáveis, tais como os atos praticados em estado de necessidade que causam danos a terceiros; e c) atos caducificantes, como a perda da propriedade por usucapião, já que o proprietário se manteve inerte, independente de seu querer ou sua culpa.¹⁶

Neste sentido é que os resultados independem da vontade dos indivíduos. Diferente dos atos jurídicos *lato sensu* e *stricto sensu* os atos-fatos jurídicos não levam em consideração a vontade, porém a conduta ou a omissão humana, advêm de resultados previstos na norma jurídicas que são plenamente eficazes.

O ato jurídico *stricto sensu* é uma subdivisão dentro dos atos jurídicos *lato sensu*. A partir do momento em que o indivíduo expressa sua vontade, ele adere ao previsto no ordenamento jurídico. Não existindo qualquer manifestação da autonomia da vontade privada na produção de efeitos, mas, somente, nos planos da existência e validade, pois os efeitos estão condicionados legalmente, daí se dizer que os atos jurídicos *stricto sensu* são *ex lege*.

Desta forma, é que o ato jurídico em sentido estrito gera consequências jurídicas previstas em lei tipificadas anteriormente, como, por exemplo, o reconhecimento de paternidade, em que o indivíduo apenas adere aos efeitos preestabelecidos legalmente, não podendo criar efeitos distintos dos previsto, não podendo, o pai, assim, estipular impedimento aos alimentos para o filho.

Os negócios jurídicos nada mais são do que meios pelos quais os particulares, antes de qualquer relação jurídica, buscam para estabelecerem suas relações dentro da realidade social a qual eles estão inseridos.

¹⁶ MELO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico (plano da existência). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 112.

Inicialmente, vale ressaltar que os negócios jurídicos muito se assemelham aos atos-jurídicos *stricto sensu*, a partir do momento em que exigem uma manifestação de vontade para compor o suporte fático e adentrarem ao mundo jurídico, como seu requisito de existência e validade.

Porém, a diferença entre as espécies de fato jurídico encontra-se na autonomia da vontade privada, que se manifesta de forma exacerbada no poder de inovação, criação nos negócios jurídicos e de forma diminuta nos atos-jurídicos *stricto sensu*, vez que estes têm seus efeitos vinculados à legislação.

Portanto, os atos-jurídicos *stricto sensu* são *ex lege*, ou seja, a manifestação de vontade não permite escolha, apenas produz efeitos necessários e já sujeitos aos fins preestabelecidos pelas normas jurídicas, de modo que a declaração de vontade tem por função apenas sua produção.

Enquanto os negócios jurídicos são *ex voluntate*, pois a vontade inicial – de manifestação - somada à autonomia da vontade privada, espaço de exercício de liberdades positivas e negativas - é criadora de efeitos jurídicos, desde que não proibidos em lei.

Para Caio Mario da Silva Pereira, “o negócio jurídico é uma função da vontade e da lei, que procede na sua criação, completando-se reciprocamente”¹⁷

Portanto, uma previsão jurídica (negócio jurídico) não é o mesmo que ter os efeitos previamente estabelecidos em lei (ato-jurídico *stricto sensu*).

Nos negócios jurídicos, a autonomia da vontade privada é ponto crucial para o negócio jurídico, sendo o elemento mais relevante do negócio jurídico, a partir do momento que é por meio dela que as partes exteriorizam suas intenções subjetivas. Porém, sem a incidência do suporte fático, a vontade não entrará no mundo jurídico e não haverá negócio jurídico ou qualquer outro fato jurídico.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, p. 480.

Pietro Perlingieri em sua doutrina afirma que:

o fato, no momento de seu acontecimento, atua conforme o que é previsto pela lei: o ordenamento lhe atribui uma qualificação e um disciplina. O fato concreto, quando se realiza, constitui o ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade: é o modo pelo qual o ordenamento se concretiza. A norma existe na sua realização, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribui à norma a concretude e a historicidade que lhe são essenciais.¹⁸

Desse modo, quando as regras jurídicas demonstram a manifestação volitiva como um dos elementos do suporte fático, este pode se compor ou não. E neste ponto, que justamente no espaço fático deixado às vontades que a autonomia da vontade privada atua, compondo o aludido suporte pelas regras jurídicas e, por consequência, criando o negócio jurídico, uma vez que a vontade só produz efeitos se a regra jurídica o estabeleceu, ou seja, se deixou no figurante ou figurantes brancos para autorregramento. Este “branco” que a lei deixa, é interior ao negócio jurídico, de modo que é a própria lei que o estatui.

A autonomia da vontade privada é o poder reconhecido aos particulares de regularem todas as condições e modalidades dos seus vínculos, de forma que os possibilita de decidirem por si só o conteúdo e a extensão de suas convenções, os permitindo um comportamento comum, determinando as regras mediante pacto consensual, oferecendo a liberdade de negociar, escolher o conteúdo, a forma do ato, para de acordo com a lei, criarem direitos e contraírem obrigações.

Segundo Caio Mário:

O negócio jurídico se destina à realização de um fim, e o seu resultado implica a persecução de uma faculdade humana,

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 636.

*polarizada no sentido de um efeito econômico ou social, a criar direito subjetivo e impor obrigações jurídicas. Difere da lei em que esta é expressão volitiva do Estado, enquanto no negócio jurídico o supedâneo fático é a vontade do indivíduo.*¹⁹

Portanto, a autonomia da vontade privada é o embrião do negócio jurídico, posto que dá o elo entre ele e o direito. Assim, o negócio jurídico propriamente dito é a declaração volitiva que, em consonância com os preceitos e garantias fundamentais, é capaz de produzir efeitos jurídicos voluntariamente desejados, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas entre particulares.

Nessa toada, tem-se que o negócio jurídico é um fato jurídico no qual seu principal suporte fático encontra-se na manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude variada, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.

Porém, a ordem jurídica só é capaz de atribuir eficácia aos atos que correspondam a um modelo já preestabelecido, isto é, é necessário que se preencha uma série de requisitos que fazem parte da estrutura interna e externa dos negócios jurídicos.

Logo, há uma intervenção do ordenamento ao exigir que os elementos constitutivos do negócio estejam em consonância, necessitando, então, analisar atos jurídicos da existência, validade e eficácia.

No plano da existência, se analisa a existência dos requisitos mínimos para que determinado negócio jurídico seja apto a produzir efeitos no mundo jurídicos, então é necessário que o agente exteriorize sua vontade conscientemente sobre um objeto e em determinada forma.

¹⁹ Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Ob. cit., p. 499.

O plano da validade é no qual no negócio jurídico encontra sua justificativa teórica, ou seja, a declaração de vontade deve partir de um agente capaz, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, previsto em lei ou não defeso por ela.

Este controle de requisitos é de suma importância, uma vez que subordina o negócio jurídico a um juízo de reprovação ou de aprovação frente ao ordenamento jurídico. O que faz com que se o ato possuir tais requisitos é válido e dele decorrerá a aquisição, modificação ou extinção de direitos previstos pelo agente, porém, caso lhe falte estes requisitos, bastando a ausência de um requisito, para que não seja produzido o efeito jurídico em questão.

Após isso, depois da verificação acerca da existência e da validade do negócio jurídico, que se passa ao plano de sua eficácia, que nada mais é do que a materialização dos efeitos pretendidos pelas partes, ou seja, é o plano dos efeitos jurídicos. Neste sentido é que, depois de superados os dois primeiros planos, o negócio jurídico tem, em regra, efeito imediato, a não ser que as partes se manifestem em sentido contrário, condicionando os efeitos a condição futura, termo ou encargo, possibilidade essa reservada à autonomia da vontade privada.

Os valores constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro incidem diretamente sobre a autonomia da vontade privada – gênese do negócio jurídico –, limitando a liberdade das partes e fazendo com que o negócio jurídico transcenda o individualismo volitivo, tornando concreta a axiologia dos artigos 1º, III; 3º e 5º da Carta Magna de 1988, uma vez que o negócio jurídico deve representar, além do interesse individual, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social, tema este que será abordado nos capítulos posteriores.

2.2 Atos, fatos e negócios jurídicos processuais

A teoria do fato jurídico deve ser entendida inserida na Teoria Geral do Direito, ao mesmo tempo em que as noções de fato jurídico e negócio jurídico devem ser reconhecidas como conceitos jurídicos fundamentais, e a partir deste ponto serem capazes de adentrar à Teoria Geral do Processo, alcançando ao fim seu espaço junto ao ramo do Direito Processual Civil.

Neste sentido é que se faz necessário estabelecer a relação entre o direito material e o direito processual, ultrapassando o dogma da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, demonstrando a aplicação dos institutos daquele, neste. Considerando a necessidade de uniformidade e coerência em um ordenamento jurídico, é que conceitos originalmente estabelecidos na esfera privada poderão ser aplicados à esfera pública:

é possível estender a noção do negócio jurídico aos diversos subdomínios do pensamento jurídico, inclusive, portanto, ao Direito Processual, sem preocupações ideológicas e sem necessitar ingressar no debate, que ganhou corpo na Europa nos últimos anos, entre publicistas ou 'negacionistas' e 'garantistas'. Aqueles, assinalando o protagonismo judicial e a subordinação das partes aos poderes do juiz; estes (na Itália, denominados 'revisionistas'), fortificados na ideia de que o processo civil deve ser construído em torno do cidadão que pede a tutela jurídica, reprochando o aumento exagerado de poderes do juiz.²⁰

Ato processual, para a doutrina, são os atos capazes de constituir, conservar, desenvolver ou modificar a relação processual. Neste ínterim, se

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Trad. Hiltomar Margins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, p. 47.

encontram os atos das partes (ato de demandar) e os atos dos órgãos jurisdicionais (atos decisórios). Na doutrina de Chiovenda²¹, os atos processuais são aqueles que obedecem dois critérios, o da ordem subjetiva (atos praticados pelos sujeitos da relação processual) e de ordem objetiva (atos que constituem, conservam, desenvolvem, modificam ou extinguem determinada relação jurídica processual).

Liebman²², por sua vez, restringiu a noção de Chiovenda ao entender que atos processuais são aqueles praticados pelos sujeitos da relação processual em sede processual, não se enquadrando nesta definição como atos processuais a outorga de procuração judicial, convenção de arbitragem, entre outros.

Para Calmon de Passos²³, os atos processuais são aqueles praticados apenas no processo, pelos sujeitos processuais, com eficácia unicamente neste âmbito, nesta definição “sujeitos do processo” engloba toda atividade endoprocessual.

Por fim, Gaio Júnior²⁴ pontua que ato processual consiste em toda ação humana que produz efeito jurídico ao processo, seja ela realizada pelo juiz ou pelas partes.

Oportuno salientar que partir da mudança de perspectiva, os atos processuais são considerados independentemente de estarem ou não na esfera processual, podendo, inclusive, serem produzidos de maneira extraprocessual, como ocorre na convenção de arbitragem. Portanto resta comprovado a independência processual dos atos praticados pelos sujeitos do processo, mesmo que estes sejam praticados fora dele, serão capazes de criar, modificar ou extinguir a lide.

Os efeitos que os atos praticados fora do processo exercem na esfera processual são inegáveis, logo, todo o complexo de atos que são relevantes para o

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. III, p. 20.

²² LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 286.

²³ PASSOS, J. J. Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43.

²⁴ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Instituições de direito processual civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 107.

processo deve ser considerado processual, ultrapassando-se, assim, a noção clássica exposta por Chiovenda.

Já no que concerne à atribuição de processualidade ao ato jurídico, não é preocupação da teoria identificar a “sede” do ato, ou seja, se o mesmo foi praticado *in* ou *ex* processualmente, devendo apenas ser investigado se houve incidência de normas processuais ou não no ato.

Enquanto isso, o fato jurídico processual obedece ao critério do local de sua ocorrência, podendo ser classificado como fato jurídico processual procedimental ou fato jurídico processual extraprocedimental²⁵. O primeiro diz respeito aos fatos que geram situações jurídicas processuais e integram o procedimento, já o outro versa sobre o fato capaz de gerar uma situação jurídica processual fora do procedimento, como a morte da parte ou do procurador.

Assim é que se conclui que os fatos jurídicos processuais não só criam, modificam ou extinguem uma relação processual, eles também são capazes de gerar situações jurídicas processuais.

Para existência de um fato jurídico processual *lato sensu*, é imprescindível a existência de um procedimento que lhe ofereça suporte, pois sem isso não seria um fato jurídico processual e sim, apenas, um fato jurídico. Portanto, os fatos jurídicos *lato sensu* processuais podem ser tomados como manifestações de vontade, condutas e fenômenos naturais contemporâneos a um procedimento ao qual estão ligados.

Por seu turno, os fatos jurídicos *stricto sensu* processuais não são aceitos por parte da doutrina, para Calmon de Passos:

no processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei pré-qualifica. Todos os acontecimentos

²⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER JR., Fredie (org.). Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial – segunda série. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 759.

*naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo.*²⁶

Ocorre que tal posicionamento, entretanto, entra em choque com a nova dinâmica processual brasileira, haja vista que fatos naturais, mesmo situados fora da esfera processual, são aptos a modificar a relação jurídica processual, como exemplo a morte, evento este que, quando atinge qualquer das partes, gera fato jurídico processual do qual advêm situações jurídicas processuais.

Por fim, faz-se necessário analisar os atos-fatos jurídicos processuais e os atos jurídicos *stricto sensu* processuais. Os atos-fatos jurídicos processuais são produzidos através da ação humana, mas a vontade de praticá-los é irrelevante para o Direito, sendo exemplos o adiantamento das custas processuais, a revelia, o preparo. Já os atos jurídicos *stricto sensu* processuais, ocorrem quanto existe a vontade de praticar o ato e seus efeitos são prefixados, sendo exemplos dessa categoria a citação, a intimação e a penhora.

Pedro Nogueira conceitua negócio jurídico processual da seguinte forma:

*o negócio processual como fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre os limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações processuais.*²⁷

Neste sentido é que os negócios jurídicos processuais são atos processuais de natureza negocial que oferecem às partes demasiada manifestação da autonomia da vontade privada na flexibilização procedimental de seus direitos,

²⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64.

²⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. IN: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: JusPodivim, 2015. P. 81-93.

faculdades, ônus e deveres, para produzir efeitos, antes ou durante a marcha processual na criação, modificação ou extinção, voluntária, de determinada matéria de caráter processual.

Assim é que os negócios jurídicos processuais são mecanismos de flexibilização procedimental que, em seu fim, objetivam a adequação do processo à realidade escolhida a partir da manifestação da autonomia privada das partes, portanto sendo instrumento ao caminho de efetivação da instrumentalidade do processo à realidade material.

Na ordem jurídica do Estado Democrático de Direito não há mais legitimidade para o processo aplicado como um fim em si mesmo, mas, tão somente, àquele como meio, instrumento capaz de satisfazer os interesses materiais condizentes com a realidade fática de seus jurisdicionados.

A flexibilização pode ser verificada em quatro formatos diversos, são estes: (i) pela imposição legal previamente estabelecida pelo CPC, como no caso da conversão do arresto em penhora (art. 830, §3º do CPC); (ii) por ato judicial, como o julgamento monocrático dos recursos (art. 932 do CPC); (iii) por ato de realização conjunta entre as partes e o magistrado, por exemplo, a convenção do calendário processual (art. 191 do CPC); e, por fim, (iv) por atos de disposição das partes, tal qual a rescisão da decisão de mérito em sede de ação rescisória (art. 966, § 4º do CPC).

Porém, para tanto, é imprescindível a cooperação entre todos os sujeitos do processo, devendo as partes e advogados mútuo respeito, colaboração e boa-fé e, ao magistrado, o dever de dialogar com aqueles, pra esclarecer, prevenir, auxiliar ou sanar eventuais percalços procedimentais. Só então a partir da cooperação se concretizará a tutela efetiva ao caso concreto.

Importante salientar que o princípio da cooperação não retira a natureza competitiva da lide, apenas impõe aos sujeitos do processo a tarefa de buscar constantemente a superação de situações de dúvida, incerteza e insegurança, inserindo no âmbito processual o bom senso, para que haja uma justa solução ao litígio.

Logo, as partes possuem o dever de facilitar o exercício adequado da jurisdição, para duração razoável do processo e a simplificação dos atos processuais, dentre outros princípios da doutrina processualística civil moderna.

Alguns exemplos de aplicação prática do referido princípio: a obrigatoriedade de indicação do prazo para defesa no mandado de citação (art. 250, II do CPC); em caso de necessidade de emenda à inicial, a precisa indicação, pelo magistrado, do ponto a ser corrigido (art. 321 do CPC); a definição, pelo magistrado, da incumbência do ônus da prova (art. 357, III do CPC); e a perícia consensual, onde as partes, de comum acordo, escolherão o perito, desde que a causa admita autocomposição (art. 471 do CPC).

A possibilidade de escolha do perito pelas partes de maneira consensual é um exemplo de negócio jurídico processual. A autonomia oferecida às partes surge para superar entraves processuais que eventualmente surgiriam caso o magistrado indicasse profissão cuja suspeição fosse arguida por uma das partes litigante. A partir do momento em que se há um consenso em relação a pessoa que será o perito, fruto de uma convenção entre as partes, reforça-se a superação da dicotomia entre direito público e privado, de modo a possibilitar ao negócio jurídico processual caráter voltado à efetividade procedimental e à celeridade da tramitação processual. Logo, resta evidente que o princípio da cooperação inspira o negócio jurídico processual em seu âmago, sempre com intuito de superar eventuais obstáculos e realizar com plenitude o direito material, sempre com base nos princípios do processo justo e do pronunciamento acertado do Estado- Juiz.

A teoria dos planos, também se aplica aos negócios processuais, da mesma forma que nos materiais, ao passo que é necessária enquanto a existência, eficiência e validade do negócio jurídico processual.

No plano da existência encontram-se os limites do que é ou não é jurídico, para em sua sequência ser analisada sua (in)validade e sua (in)eficácia. Neste sentido é que, em regra, as partes devem firmar cláusulas em consonância com o ordenamento jurídico, sob pena de suportar – necessário e adequado – controle jurisdicional em torno de sua validade, executoriedade e eficácia processual.

Para que ele exista, é primordial a manifestação de vontade de criá-lo ou aceitá-lo, e dessa forma, determinar a categoria jurídica processual pertinente à sua configuração de eficácia processual.

Além disso, para que o negócio jurídico processual adentre ao plano jurídico da existência é necessário que o seu suporte fático seja composto: (i) manifestação da vontade de forma declarada; (ii) autorregramento da vontade; (iii) referência ao procedimento. Assim, uma vez preenchido o cerne do suporte fático e havendo incidência da norma, o fato se transportará do mundo para o plano da existência jurídica.

Gajardoni²⁸ entende que para a existência do negócio jurídico processual é necessária a manifestação da vontade, contudo para que ela seja válida é necessária a consonância com os requisitos de forma prevista em lei ou por ela não vedada, a fim de que seja garantida a previsibilidade e a segurança jurídica.

Portanto para que ele seja válido, deve-se atender os requisitos subjetivos e objetivos do direito processual. Os requisitos subjetivos são: (i) capacidade processual (art. 70 CPC) e postulatória (art. 103 CPC); (ii) em relação ao negócio judiciais é a competência (art. 42 CPC) e a imparcialidade do magistrado (art. 144 e 145 CPC). Ou seja, o negócio jurídico processual deve estar de acordo tanto com os requisitos de validade no âmbito do direito material, quanto com os requisitos de validade na ceara do direito processual (requisitos de ordem pública e específicos do negócio processual).

Para que ele seja eficaz, frise-se que a norma processual por si só já é eficaz, por isso os negócios jurídicos processuais se submetem às opções legislativas do CPC. A regra não permite a estipulação de termo ou encargo, como no Direito Material, porém, não afetando a eficácia do processo em vias de satisfação dos interesses dos jurisdicionados, nada impedirá que as partes, no pleno exercício de suas autonomias de vontade, suspendam voluntariamente o processo (art. 313, inciso

²⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca e outros. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015. Parte Geral. São Paulo: Forense, 2015.

II, §4º do CPC) ou fixem calendário processual (art. 191 do CPC), dessa forma, sujeitando o processo a termo.

Por fim, pode-se concluir pela viabilidade do negócio processual seguido de condição ou termo, não importando se pré-processuais ou endoprocessuais, considerando o próprio artigo 190 do CPC que estabeleceu que ambos possuem os mesmos efeitos ao pontuar que antes ou durante o processo, poderão as partes convencionar.

As consequências ao descumprimento dos negócios jurídicos processuais serão sanções previstas na legislação, bem como penalidades estabelecidas nos próprios negócios. Pois todo e qualquer ato de má-fé ou atentatório à dignidade da justiça deverá ser rechaçado. Neste ponto é que é de extrema importância que as partes ao celebrarem o negócio jurídico processual, sendo o mesmo facultado ao magistrado, ainda, estabelecerem outras sanções de modo a preservar a adequada prestação jurisdicional do Estado.

Na hipótese do prejuízo decorrente do descumprimento extrapolar a esfera processual e atingir os bens ou interesses tutelados pelo direito material, surgirá a possibilidade de ação de cognição em face da parte que infringiu as cláusulas do negócio jurídico processual, a fim de condená-la qual a eventuais prejuízos sofridos com o descumprimento.

A extinção do negócio jurídico processual por revogação das partes pode se dar por resilição unilateral ou por distrato, podendo ocorrer antes do ajuizamento do processo ou mesmo durante a marcha processual. Na hipótese de resilição unilateral cabe ao magistrado análise para preservação ao regular andamento do processo e para não comprometer atos ou fases processuais em curso. A revogação em nenhuma hipótese poderá ser utilizada de modo a prejudicar a outra parte ou a dignidade da justiça.

O controle jurisdicional do negócio processual poderá ser invalidado através da decretação de nulidade do ato do magistrado. O magistrado deverá se atentar à licitude e a disponibilidade do objeto convencionado, e à forma e à capacidade civil dos sujeitos envolvidos, devendo controlar o conteúdo da convenção

para promoção do equilíbrio das partes e em atenção ao princípio do devido processo legal em sua potencialidade máxima.

Os termos do negócio jurídico processual produzirão efeitos apenas após o pronunciamento do magistrado, que validará ou não o ato praticado, constatando eventuais irregularidades e o regime das nulidades processuais, sempre com vistas à manutenção da ordem pública processual.

A teoria da imprevisão se aplicará aos negócios jurídicos processuais apenas a partir dos seguintes requisitos materiais: (i) alteração das condições iniciais, do momento da contratação; (ii) advento de uma nova situação, imprevisível e extraordinária.

O negócio jurídico processual nada mais é do que uma técnica de construção, consensual e justa, de determinado procedimento individualizado e adequado ao caso concreto, capaz de eliminar impasses e garantir a máxima efetividade dos princípios do processo justo. Assim sendo, as cláusulas do negócio devem ser estabelecidas com o máximo equilíbrio e respeito à ordem constitucional, sob pena de sofrer o devido crivo de negação da autoridade julgadora no que diz respeito à sua validade, executoriedade e eficácia processual.

O objeto do negócio processual será considerado lícito se respeitar as garantias fundamentais do processo, descritas tanto no texto da Constituição, quanto no próprio Código de Processo Civil.

Dessa forma, o negócio deve em tese se situar no âmbito de disponibilidade previsto pelo legislador, não podendo as partes, no exercício da autorregulação, desrespeitar normas cogentes, por exemplo, as normas de competência absoluta, dispensar o reexame necessário nem a intervenção obrigatória do Ministério Público. Da mesma maneira que não se poderia admitir a existência de negócio processual que verse sobre tema reservado à lei. Cabendo em regra ao magistrado diante desses “abusos” intervir recusando a validade do negócio jurídico processual.

Nesta toada é que mister se faz pontuar acerca da temática dos contratos de adesão, sendo relevante destacar que a apuração de sua existência não obrigatoriamente induz à decretação de sua nulidade. Para que o magistrado recuse sua aplicação, é imprescindível a demonstração de sua abusividade. A vulnerabilidade imputada a uma das partes deve ser devidamente destacada e, só assim, será considerado nulo o referido contrato.

2.3 Negócio jurídicos processuais típicos e atípicos

2.3.1 Negócios jurídicos processuais típicos

Proveniente da autonomia privada, o negócio jurídico possui característica principal a liberdade de estipulação e celebração entre as partes. Certo é que, não existe qualquer óbice à imposição de regramento pela lei aos negócios celebrados. Estes institutos são os negócios jurídicos processuais típicos, previstos em lei. Inclusive, insta salientar que o Código de Processo Civil de 1973, previa determinados negócios jurídicos processuais e até mesmo alguns foram mantidos no novo Código.

Os negócios jurídicos processuais típicos podem ser comissivos ou omissivos, porém em sua maioria são comissivos. Em relação às partes, eles podem ser unilaterais (desistência de recurso), bilaterais ou plurilaterais. Os negócios jurídicos processuais bilaterais são geralmente se dividem em contratos (interesse das partes são contrapostos), acordos (interesses das partes convergem, por um interesse comum, assim como nas convenções) ou convenções. Apesar da celebração de contratos processuais não ocorrer com frequência, os acordos e convenções são previstos em nossa legislação diversas vezes.

Já os negócios jurídicos processuais plurilaterais estão presentes nos enunciados dos arts. 338 e 339 e 109, § 1º, do CPC de 2015.

Os efeitos dos negócios jurídicos processuais típicos, em sua maioria são imediatos, com exceção à desistência da ação, cuja eficácia está condicionada à homologação judicial (art. 200, parágrafo único, CPC). Apesar da existência de necessidade de homologação judicial, tal exigência não retira do instituto seu caráter negocial, posto que existe manifestação de vontade da parte.

Além disso, não obstante os negócios jurídicos processuais típicos previstos no antigo Código de Processo brasileiro, o novo Código ampliou o rol deste instituto, trazendo consigo novos dispositivos, como: (i) art. 222, §1º do CPC, previsão para redução dos prazos peremptórios; (ii) art. 191 do CPC, previsão de estipulação de calendário processual; (iii) art. 471 do CPC, escolha consensual do perito; (iv) art. 357, §3º do CPC, audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes; (v) art. 364, §2º do CPC, acordo de saneamento consensual; e (vi) art. 432, parágrafo único do CPC, desistência do documento cuja falsidade foi arguida.

A partir do negócio jurídico processual típico previsto no art. 191 do CPC, nota-se a concretização do princípio da duração razoável do processo, expresso no art. 5º, inciso LXXVIII da CRFB/88, ao passo que com a fixação do calendário para os atos instrutórios, há maior previsibilidade para as partes, sabendo-se com previsão quando estes serão praticados, tratando-se de negócio jurídico processual plurilateral típico que envolve demandado e demandante, magistrado e, se houver, intervenientes, dispensando-se intimações para a prática dos atos processuais já agendados, sendo certo que o calendário vincula as partes, só podendo ser alterado mediante justificativa plausível.

2.3.2 Negócios jurídicos processuais atípicos

Os negócios jurídicos processuais atípicos, da mesma forma que os típicos, podem ser unilaterais, bilaterais e plurilaterais, bem como pode produzir seus efeitos imediatamente. O art. 158 do CPC/1973 foi reeditado pelo legislador, que no art. 200 do CPC/2015, dispôs: “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Por isso, pode-se concluir a partir deste dispositivo que os negócios jurídicos formados pelas partes ou entre elas e o magistrado, em âmbito processual, podem não se encaixar nos tipos legais, com vistas a atender as conveniências e necessidade do caso concreto.

Conforme abordado de maneira breve anteriormente, além do artigo 200 do CPC/2015, a principal cláusula positivada de negociação processual encontra-se no artigo 190 do CPC. A partir dele, foi conferida às partes a possibilidade de regular ou, até mesmo, modificar detalhes do procedimento, para adequá-lo ao caso concreto. Tal adaptação poderá ser realizada através de um negócio bilateral, como por intermédio de um negócio plurilateral, envolvendo o juiz, neste caso, usualmente se recorre ao magistrado para fixação de calendários processual.

Os negócios atípicos oferecem a possibilidade de negociação de regras processuais, a partir do estabelecimento de ônus, faculdades e deveres, anteriormente ou no decorrer do processo. No mesmo sentido, o entendimento consolidado pelo Fórum Permanente de Processualista Civis esposado no enunciado 17, oferece às partes a possibilidade de determinar deveres e sanções não prescritas em leis. Esse negócio processual poderá ser celebrado em momento anterior à lide, durante seu transcurso, ou até mesmo, em âmbito recursal.

O Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualista Civis, ocorrido em novembro de 2013, exemplificou alguns tipos de negócios processuais atípicos, são eles (i) pacto de impenhorabilidade; (ii) acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza; (iii) acordo de rateio das despesas processuais; (iv) dispensa consensual de assistente técnico; (v) acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso; (vi) acordo para não promover execução provisória. Portanto, resta evidente a possibilidade de constituição de negócios processuais não previstos em lei, de modo a extrair a maior eficiência possível do processo de acordo com o caso concreto.

O Código de Processo Civil de 2015, de maneira incontestável, filia-se à concepção de democracia participativa, valorizando adequadamente a possibilidade de autorregramento das situações processuais. Logo, possuem seu destaque frente ao direito processual a civil, ao passo que possibilitam uma flexibilização e adaptação procedimental, adequando o processo à realidade do caso submetido à análise judicial.

Em relação aos negócios jurídicos processuais atípicos não foram estabelecidos de forma expressa os seus limites, havendo apenas a delimitação de seus objetos (ônus, poderes, faculdades e deveres das partes), não havendo indicação específica acerca dos titulares de cada situação processual, se seriam exclusivamente as partes ou se seriam terceiros (magistrado, órgão jurisdicional, terceiros interessados).

Para Leonardo Greco, encontraríamos os limites na disponibilidade do direito material, igualdade material ou paridade de armas entre as partes e a preservação da ordem pública processual (observação às garantias fundamentais),²⁹ porém tais limites se deram em observância à realidade do código de 73 e não de 2015.

Os dois primeiros limites apontados por Greco encontram substrato no texto do artigo 190, pela exigência presente no *caput* de que a causa verse a respeito de direitos que admitam autocomposição, enquanto o parágrafo único autoriza o controle judicial acerca da validade nas hipóteses de situações de vulnerabilidades e desequilíbrio entre as partes.

A observação às garantias fundamentais do processo nada mais é do que a presunção de nulidade de qualquer convenção que viole os princípios constitucionais indisponíveis. Para o autor³⁰, não existe hipótese para convenções a respeito de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais que violem garantias fundamentais.

²⁹ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 10 e ss.

³⁰ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 11.

Marcelo Pacheco Machado discorre no mesmo sentido:

*a transação quanto à técnica processual e a privatização do processo têm limites objetivos no núcleo essencial previsto pelo devido processo legal. É dizer, na necessidade dos princípios do processo serem preservados no seu mínimo essencial.*³¹

Ocorre que se faz necessária a reflexão acerca destes posicionamentos, uma vez que, sendo as partes maiores e capazes, qual seria o real impedimento para que estas pudessem convencionar estipulando limitações às provas, ao contraditório ou até mesmo, ao direito de demandar sobre determinada relação jurídica material? Sobre este prisma, paira o receio de que esta ótica mantenha a mentalidade do antigo código no sentido da impossibilidade de celebração do negócio processual por considerar que seu objeto não estivesse ao alcance das partes, por ser indisponível ou pertencente ao juiz, Estado ou sociedade.

Bruno Garcia Redondo entende o seguinte:

*A identificação sobre a licitude de cada possível objeto de negócio jurídico processual exige reflexão aprofundada, amadurecimento do tema, diálogo doutrinário e maior pesquisa pelos processualistas brasileiros. Essa é uma das importantes missões que os Professores de Direito Processual e os operadores do Direito (advogados, juízes, promotores, etc.) terão ao longo dos próximos anos.*³²

³¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 349.

³² REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Temas essenciais do novo cpc: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 228.

2.4 A validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, sua relação aos regimes do CPC e do CC

Barbosa Moreira³³, ao tratar sobre as convenções processuais sob a égide do Código de 1973, afirmava que elas deveriam ser regidas por um sistema misto, formado por normas tanto do Código de Processo quanto do Código Civil. Fredie Didier Júnior e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira³⁴ entendem que é possível cogitar, no Direito Brasileiro, a sujeição dos atos processuais e dos negócios jurídicos processuais a um duplo regime (substancial e processual) em matéria de invalidades.

O parágrafo único do art. 190 do NCPC prevê que o juiz exerça o controle sobre a validade da convenção de ofício ou a requerimento, recusando sua aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou na hipótese de vulnerabilidade de uma das partes. O sentido de nulidade neste contexto abrange as hipóteses de nulidade de pleno direito ou absoluta, e não os casos de nulidade relativa ou de anulabilidade, sendo essa possibilidade restrita aos casos em que seja absoluta na qual o vício impediria a produção de qualquer efeito das hipóteses previstas no art. 166 do CC.

Conclui-se, a partir disso, que o negócio processual independe de forma determinada, podendo ser celebrado por quem tiver capacidade civil e processual para tanto, com seu objeto lícito, versando sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

No art. 200 do NCPC encontra-se o sentido da eficácia imediata, como regra geral, dos negócios jurídicos processuais. Dessa forma, as manifestações de vontades das partes produzem efeitos imediatos, salvos quando a lei exigir homologação do juízo (note-se a homologação judicial possui caráter excepcional). A

³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 1994, p. 95.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Op. cit., p. 115.

partir da análise conjunta dos arts. 190 e 200 expõe a consagração do Código de 2015 de uma cláusula geral e uma abertura do sistema processual para o autorregramento da vontade das partes no processo.

Isto proporciona um espaço maior para exercício das liberdades, estabelecendo que a vontade das partes deverá ser observada pelo juiz, pela eficácia dos negócios processuais serem imediatas e independentes da homologação judicial, em regra, cabendo apenas o controle a posteriori para reconhecimento de efeitos relacionados aos planos da existência ou da validade da convenção.

3 A VONTADE DAS PARTES NO PROCESSO

*A vontade humana não é ilimitada, e não depende dela o que entra ou não no mundo jurídico. É o sistema que, 'limita a classe dos atos humanos que podem ser juridicizados'. É também o sistema jurídico que limita os efeitos ou as categorias de efeitos jurídicos que podem ser criados. Só há poder de escolha de eficácia jurídica quando o sistema jurídico deixou espaço para tanto*³⁵

3.1 Princípio do autorregramento da vontade no Processo Civil

A Constituição da República do Brasil de 1988 positivou em seu artigo 5º, *caput*, a liberdade como um direito fundamental, sendo ela um dos principais direitos nesta seara:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes

Neste sentido é que o direito à liberdade possui conteúdo extenso e complexo, o qual pode se concretizar de diversas maneiras a partir de seu exercício, ou protesto para tanto, em inúmeras relações e circunstâncias, havendo a liberdade de crença, de locomoção, de pensamento, dentre outras.

³⁵ BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade Extraordinária de Origem Negocial. IN: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores). Negócio Processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 453.

Porém, para que o direito à liberdade se concretize, são necessários meios para lhe oferecer eficácia e assim garantir que tal garantia fundamental não seja suprimida. Assim é que neste contexto do direito fundamental à liberdade encontra-se o direito ao autorregramento.

O direito do autorregramento nada mais é do que o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, em outras palavras, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para sua existência, ou seja, o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Por isso é que a autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.

O princípio do autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, em consonância ao ordenamento jurídico.

Como salienta Joé de Oliveira Ascensão, “A autonomia privada nunca é absoluta. Sempre houve restrições ao seu exercício.”³⁶

O poder de autorregramento da vontade pode ser localizado em quatro zonas de liberdade: (i) liberdade de negociação, sendo ela a zona referente às negociações preliminares que antecedem o negócio; (ii) liberdade de criação, aquele que oferece a possibilidade de criação de novos modelos negociais não previsto (atípicos) que sirvam de uma maneira melhor aos interesses dos indivíduos; (iii) liberdade de estipulação, que é a faculdade para estabelecer o conteúdo do negócio jurídico; (iv) liberdade de vinculação, a qual se caracteriza por oferecer aos sujeitos a opção ou não de celebrar determinado negócio.³⁷

Enquanto isso, o Direito Processual Civil, não obstante figurar como ramo do Direito Público, até mesmo por conta disso, também é regido por esta dimensão da liberdade, como assevera Gajardoni³⁸. Encontrando espaço de atuação

³⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 78, v. II.

³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 78-80, vol. II.

³⁸ GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 215.

no âmbito do Processo, o princípio da liberdade produz um subprincípio: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

No Direito Civil, este princípio possui lugar de destaque, representando um dos principais dogmas deste ramo. Porém no âmbito do Direito Processual Civil, apesar de não figurar com a mesma dogmática do que no Direito Civil, este princípio também possui seu espaço. Ocorre que, por envolver o exercício de uma função pública, a jurisdição, a negociação processual acaba por submeter-se a uma regulação, bem como possui seu objeto mais restrito. Leonardo Greco pontua:

Afinal, se o processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social.³⁹

Esta regulação e esta restrição não podem, em hipótese alguma, diminuir sua importância, muito menos impedir que lhe seja atribuído o merecido destaque de ser um dos princípios estruturantes do direito processual civil brasileiro, sendo uma de suas normas fundamentais.

O papel da liberdade no processo não pode ser minimizado em qualquer hipótese, principalmente quando se pensa em liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método para o exercício de um poder.

Assim, é que se faz necessário destacar que a tendência para ampliação da autonomia privada na regulamentação do processo civil.⁴⁰

³⁹ GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”. Revista Eletrônica de Direito Processual. Disponível em www.revistaprocessual.com, 2007, vol. 1, p. 8.

⁴⁰ CAPONI, Remo. “Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali”. Civil Procedure Review, vol. 1, nº 2, 2010, p. 44, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 16.04.2014; “Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais”. Pedro Gomes de Queiroz

Enquanto isso, o princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Uma vez que um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. O processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não pode ser considerado como um processo devido, de acordo com a Constituição Republicana.

Neste ponto, faz-se necessário destacar que muitas vezes o papel da liberdade, por sua vez o princípio do autorregramento da vontade no processo, por sua aparência privatista, passa despercebido aos operadores do direito processualistas quando buscam técnicas de facilitação do acesso à justiça, visando a democratização do processo. Certo é que, não se pode afastar em qualquer hipótese o conceito de liberdade do Processo, sob a margem de se propagar um ranço autoritarista, o Processo e a Liberdade convivem. Nas palavras de Godinho:

Chega a ser intrigante a dificuldade com que a doutrina trabalha a noção de participação das partes no processo, como se houvesse uma ruptura ontológica com a concepção 'liberal' e qualquer tentativa de recrudescer o protagonismo das partes macularia todo o monumento técnico construído no século XX. Essa crença na absoluta publicização do processo resultou em uma espécie de trauma cultural. [...] A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica. [...] a crença na onisciência e na onipotência do julgador, além de discutível ideológica e metodologicamente, pode levar à exclusão do diálogo no processo, alijando as partes da necessária participação para que seja construída a decisão final. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na verdade, uma ditadura mal disfarçada,

(trad.) Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, nº 228, p. 362; CADIET, Loïc. “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”. Civil Procedure Review, vol. 3, nº 3, p. 4-6, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014

inaugurando uma nova 'fase' da ciência processual, em que o processo deixa de ser coisa das partes e praticamente passa a ser uma coisa sem partes. Não se propõe uma omissão judicial, mas, sim, um retorno das partes ao processo. As conquistas que advieram com a publicização do processo tornam a cena madura para a convivência natural com uma efetiva participação dos litigantes, que, embora desiguais, não devem ser tratados como inimputáveis e muito menos o juiz deve agir como se estivesse municiado com uma espécie de 'poder geral de curatela'.⁴¹

O autorregramento da vontade no processo não é o mesmo que estruturar um processo em um modelo adversarial. Destarte, o respeito à liberdade convive com a atribuição de poderem ao órgão jurisdicional, até mesmo porque o poder de autorregramento da vontade no processo, não possui caráter ilimitado, como não possui em qualquer ramo do Direito.

Neste ponto é que a lei cuidará de zelar e proteger os incapazes e os vulneráveis e de proibir denominadas negociações, sendo instrumento cabal e indispensável para delimitação da extensão da autonomia da vontade no processo.

O instituto do negócio jurídico não consagra a faculdade de 'querer' no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi estirpado da hodierna dogmática", acrescentando que a "errônea mitologia da vontade" celebra a "omnipotência da vontade individual (a qual, de facto, no foro interno da consciência não encontra limites extrínsecos); e dessa maneira induz a desconhecer os múltiplos limites sociais e jurídicos da autonomia privada.⁴²

⁴¹ GODINHO, Robson Renault. Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013, p. 30, 66 e 205

⁴² BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I. Fernando Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra, 1969, p. 107 e 118-119.

Um modelo cooperativo de processo, como o do Novo Código de Processo Civil, caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado. Logo, o modelo cooperativo de processo não se caracteriza por um processo o qual ignora a vontade das partes, bem como não se caracteriza como um processo em que o juiz figura como mero espectador.

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo existe para que haja um ambiente processual em que o direito fundamental de se autorregula possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. Fazendo com que o processo jurisdicional se torne um espaço propício para o exercício da liberdade.

A parte possui o direito de, sozinha ou com a outra, ou até mesmo, a outra com a outra e com o órgão jurisdicional, definir juridicamente suas condutas processuais, o qual é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. Havendo um microsistema de proteção do exercício livre da vontade na no processo.

Para doutrina, a coerência é uma qualidade indispensável ao Direito, devendo haver coerência entre duas normas, bem como quando ambas podem ser justificadas com base em um mesmo princípio ou em um mesmo conjunto de princípios que estejam hierarquicamente em nível superior. Em outras palavras, é necessário que essas normas encontrem sentido uma na outras, pelo fato de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para realização de alguns valores comuns. Portanto, coerência pode ser definida como relação de justificação entre duas normas⁴³.

⁴³ MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. Direito e interpretação – racionalidades e instituições. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267.

Neste sentido, é que o Novo Código de Processo Civil se consagra, em seu âmbito particular, como um sistema coerente e que reforça a existência de um princípio comum a diversas outras normas: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.

3.2 O Princípio do autorregramento da vontade das partes no Código de Processo Civil brasileiro de 2015

A análise conjunta dos arts. 190 e 200 revela que o Código de 2015 consagrou não apenas uma cláusula geral, mas também um novo princípio, qual seja, o respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo. Dito princípio estabelece que a vontade das partes deve ser observada pelo juiz como regra geral, uma vez que a eficácia dos negócios processuais é imediata e independente de homologação judicial, sendo possível o controle judicial somente a posteriori e apenas para o reconhecimento de efeitos relacionados aos planos da existência ou validade da convenção⁴⁴

O Princípio do autorregramento da vontade das partes no âmbito do processo não é uma exclusividade do Novo Código de Processo Civil. O Código de 1973, em seu artigo 158, já o estabelecia, de maneira tímida, porém sua existência já se fazia presente na ordem processual. Para tanto, é necessário que se discorra acerca de um breve histórico do caminho da doutrina relacionado a este princípio.

⁴⁴ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: Necessidade de rompimentos radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/15. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores). Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 362.

Historicamente, no direito brasileiro, o instituto dos negócios jurídicos processuais não se construiu de forma unânime na doutrina, sendo rechaçado por alguns doutrinadores de grande escopo, dentre eles, podemos citar Alexandre Freitas Câmara, vejamos:

a existência de negócio processuais não pode ser aceita, pois os atos de vontade realizados pelas partes produzem no processo apenas efeitos ditados por lei.

Grande parte da doutrina contrária aos negócios processuais, considerava que a vontade das partes não possuiria qualquer relevância na produção dos efeitos do ato processual, por conta de seus efeitos estarem, em regra, condicionados às previsões normativas. As opiniões contrárias à existência do negócio jurídico processual partiam do pressuposto de que somente existiria negócio processual se os efeitos produzidos decorressem direta e expressamente da vontade das partes, o que em tese não seria possível em larga escala no CPC/73, por ser efeitos estarem condicionados a previsão normativa ou até mesmo à chancela judicial.

Na vigência do antigo Código processual, outro ponto utilizado por aqueles que diminuíam a figura dos negócios processuais, era a figura de protagonismo do juiz no processo, que era marcado por seu caráter publicista, o que repelia do processo a atividade das partes, fazendo com que os negócios jurídicos fossem incompatíveis com a esfera processual, limitando sua atuação apenas no direito privado.⁴⁵

Neste sentido, Pedro Nogueira:

As negativas ao conceito de negócio jurídico processual podem ser agrupadas em quatro vertente: i) a incorporação da figura tipicamente privatística ao processo poderia ser fonte de equívocos e poderia atingir a própria autonomia do Direito Processual quanto à disciplina das formas processuais; ii) Os

⁴⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRA, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores) Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2015.p. 27-62.

atos negociais celebrados fora do processo não teriam propriamente efeitos processuais ligados à vontade do agente (os efeitos desses atos para o processo sempre seriam ex lege); iii) as declarações negociais não produziram efeitos imediatamente, mas somente após a intervenção ou intermediação judicial; iv) os negócios jurídicos com relevância processual (v.g. alienação da coisa litigiosa) seriam para o processo meros fatos.⁴⁶

Desta forma, chega-se à conclusão que esta corrente doutrinária é resultante da fusão do ideal antiliberal com o publicismo, o que fez com que se rechaçasse por parte da doutrina, os negócios jurídicos processuais em outrora. Pois nesta corrente, o processo seria um concurso de atuações de sujeitos diferenciados, onde uns pediriam e outros, munidos de poderes de autoridade, decidiriam, de modo que seria impossível vincular o juiz às vontades das partes que até então encontravam-se em posição inferior ao do magistrado, reforçando o protagonismo da figura do juiz e a irrelevância da vontade das partes.

Porém, mister se faz destacar, conforme abordado inicialmente neste tópico, é que o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, não foi rechaçado por todos na vigência do antigo código de processo civil. Esta parte da doutrina sustentava que o processo civil, enquanto instrumento de jurisdição para a concretização de seus objetivos, falharia ao não produzir os resultados esperados pelas partes, através de celeridade e qualidade das decisões e um custo razoável. Além disso, o antigo código já reconhecia o princípio da vontade das partes no processo ao fornecer possibilidade de eleição de foro pelas partes, suspensão condicional do processo, bem como acerca do ônus da prova.

⁴⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011, 243f. Tese (Doutorado em Direito) – (Universidade Federal da Bahia. Salvador 2011)

Foi neste cenário no qual o Código de Processo Civil de 2015 se adentrou, o legislador por sua vez estabeleceu um novo Código visando alcançar o equilíbrio entre os sistemas, para de atender ao mesmo tempo o equilíbrio entre: (i) a segurança e a efetividade; (ii) a celeridade e a busca pela verdade; e (iii) os interesses públicos e privados. De modo que o modelo social não mais se aplicasse de forma absoluta, sem abandonar as conquistas por ele alcançadas, tampouco que se retrocedesse aos radicalismos liberais, incorporando então o modelo cooperativo de processo.

Assim é que o NCPC estabeleceu de forma visível e concreta a autonomia da vontade das partes no processo. Essa positivação pode ser observada em diversos artigos do novo Código, os quais reforçam não só a positivação de tal princípio, como também promovem sua valorização, possibilitando às partes que negociem sobre o processo, assegurando e respeitando de forma mais amplas o autorregramento.

O CPC/15 ao estabelecer uma cláusula geral de negociação processual, o artigo 190, de forma definitiva, rompeu as barreiras que descartavam o princípio do autorregramento da vontade pelas partes no âmbito do processo. Pois de forma dispositiva trouxe ampla efetividade para o reconhecimento da existência dos negócios processuais, bem como da atenção ao princípio do autorregramento da vontade das partes no processo.

Porém, não se pode entender que pelo fato do novo Código ter estipulado uma cláusula geral de negociação processual, que os negócios jurídicos processuais não poderiam recair sobre ônus, faculdades, poderes e deveres das partes.

4 DIREITOS SUSCETÍVEIS À AUTOCOMPOSIÇÃO NO PROCESSO, LIMITES E ALCANCE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A POSIÇÃO DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS NAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

Ao passo que esse estudo se aproxima de sua conclusão, após toda matéria já estudada no presente ensaio, é necessário que se aproxime do fim para o qual este projeto foi idealizado, afinal, diante da flexibilização procedimental oferecida pela cláusula geral de negociação processual contida no Código de Processo Civil brasileiro em vigência, qual o alcance da vontade das partes no processo?

Pois bem, neste caminho é que se faz primordial discorrer acerca dos direitos que admitem a autocomposição, os limites e o alcance dos negócios jurídicos processuais, frente a posição dos órgãos jurisdicionais nestas convenções processuais.

4.1 Direitos que admitem a autocomposição no processo

Os negócios jurídicos processuais possuem limites, conforme já abordado no presente trabalho, e o primeiro deles é que eles se submetem à possibilidade de autocomposição do direito.

Neste sentido é que se faz necessário esclarecer que direitos disponíveis e direitos que admitem a autocomposição não são sinônimos. Deve ser reconhecido que a categoria dos direitos que admitem a autocomposição é mais ampla que a categoria dos direitos disponíveis⁴⁷.

⁴⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 353.

A autocomposição relaciona-se mais à técnica para a solução de conflitos do que ao direito discutido no processo. Por isso, é que pode se constatar que não há direito, propriamente dito, contrário à autocomposição em sua essência. Da mesma forma que o art. 190 do CPC, apesar de limitar a realização dos negócios jurídicos processuais aos direitos que admitem autocomposição, não preestabeleceu o rol dos direitos que admitem a autocomposição.

No sentido da autocomposição de técnica, evidentemente que ela não estabeleceu de maneira abstrata, quais os direitos que seriam passíveis de autocomposição, logo submissíveis aos negócios jurídicos processuais. Assim é que, haverão direitos indisponíveis passíveis à autocomposição, cujo processo poderá ser objeto de negócio jurídico processual, obviamente, a depender das circunstâncias do caso concretos.

O Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civil estabeleceu:

A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

Esse paradoxo é decorrente da diferença entre a titularidade e o exercício de determinado direito. Em outras palavras, direitos indisponíveis são previstos abstratamente e ninguém pode retirá-los do âmbito da titularidade de uma posição jurídica de um sujeito de direito. Entretanto, isso não significa que o titular do direito, no exercício de sua autonomia não possa dele dispor em determinados casos. Jorge Reis Novais, ao tratar de direitos fundamentais estabelece:

parece evidente que, no plano dos conceitos, uma coisa é ter a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e outra, perfeitamente distinta, é ter a capacidade, fática ou jurídica, de

*concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram.*⁴⁸

Logo, os direitos indisponíveis não se enquadram diretamente na categoria de direitos que inadmitem a autocomposição. Atualmente, há entendimento no sentido de que os direitos que não admitem a autocomposição, para fins de aplicação do artigo 190 do CPC, são aqueles sobre os quais o Estado deve necessariamente se pronunciar e, por isso, seriam insubmissos ao negócio jurídico processual. Não se tratando da indisponibilidade do direito material em si, mais sim da indisponibilidade da pretensão de tutela judicial⁴⁹.

Este raciocínio aplica-se com precisão aos direitos que podem ser submetidos à arbitragem. Ocorre que faltaria algo nas hipóteses dos negócios processuais, uma vez que não considera que o negócio jurídico processual não afasta a pretensão da tutela judicial (como ocorre na arbitragem), nem necessariamente limita a sua cognição, podendo, em casos específicos ampliá-la, ainda que para isso possa depender da análise e sindicância do juiz, mas mesmo nesta hipótese não perderia sua natureza de negócio jurídico processual, tal como ocorre na calendarização.

Negar a possibilidade de realização de negócio jurídico processual nos casos de indisponibilidade da pretensão da tutela judicial resulta em reconhecer que o direito processual positivado sempre será aquele que melhor serve ao direito material controvertido nesses casos.

Na realidade, é possível vislumbrar situações em que o processo negociável seja mais adequado à solução do litígio do que a fórmula geral legal codificada. Não haveria, nesses casos, razão para recusar a aplicação do processo

48 NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 282

49 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). Versão atualizada para o CPC/ 2015 (LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, v. 264, p. 83-107, fev. 2017.

negociado, sob pena de, em nome de uma leitura fria da lei e de uma veneração injustificada ao legislador, privar as partes da possibilidade alcançar a melhor solução para o caso concreto.

Nestes casos de indisponibilidade da pretensão à tutela judicial, se observa que o mérito de eventual negócio jurídico processual deverá ser sindicado pelo Juízo, aceito, alterado ou recusado. Portanto, essa possibilidade de exame o mérito do negócio jurídico processual não se apresenta quando se trata de direitos cuja pretensão à tutela judicial pode ser dispensada.

Assim, propõe-se que a limitação expressa no art. 190 do Código de Processo Civil seja interpretada de acordo com o espírito de valorização das partes no processo, quando a pretensão à tutela judicial não puder ser dispensada, o negócio jurídico processual deverá ocorrer, desde que haja sobre ele o controle judicial.

Tome-se, por exemplo, as partes envolvidas em um processo de interdição - o qual não dispensa a tutela judicial –firmam um acordo processual no qual somente a parte autora dispense recurso, caso a sentença processual venha a reconhecer a capacidade do interditando. Nesta hipótese, o juiz poderá anuir com o negócio processual e não conhecer de eventual recurso promovido pela parte autora.

Neste caso hipotético, a solução faz sentido, até mesmo porque a parte poderia decidir não recorrer, o que fez foi somente antecipar para o início do processo uma decisão que tomaria ao final do exercício da jurisdição de 1º grau. Não haveria razão para negar a possibilidade do negócio jurídico processual nesses casos, ainda que a pretensão à tutela judicial fosse indisponível.

Mesmo que em contexto diverso, Rafael Sirangelo de Abreu, afirma que as partes poderiam por meio de omissões não desempenhar determinadas posições no processo, ou seja, através de conduta (comissiva/omissiva) a aparte antecipa sua conduta no processo.

se as partes podem, por meio de omissões, não desempenhar certas posições processuais durante o processo, igualmente podem abdicar dessas posições por meio de negócios jurídicos processuais, sem que

*isso signifique qualquer afronta aos direitos fundamentais processuais*⁵⁰

Logo, nem a indisponibilidade do direito e nem mesmo a indisponibilidade da pretensão da tutela judicial afastam a possibilidade de celebração do negócio jurídico processual. Não seria excessivo afirmar que nos casos em que não se poderá afastar a tutela judicial, eventual negócio jurídico processual deverá se mostrar mais efetivo àquele direito sobre o qual o Estado deverá se pronunciar do que o processo legislado, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto ou mesmo reconhecer a simples antecipação de uma faculdade processual da parte.

De qualquer maneira, fato é que a simples possibilidade de tratar-se de direito indisponível ou de indisponibilidade de pretensão à tutela judicial não autoriza a recusa do negócio jurídico processual, principalmente no segundo caso deverá haver participação por parte do Poder Judiciário.

Por isso é que, em todos os casos, o controle judicial se dará sobre a manifestação das vontades dos titulares dos direitos ali envolvidos, sejam eles disponíveis ou indisponíveis, havendo pouca relevância da classificação do propósito de circunscrever os direitos passíveis de autocomposição.

A liberdade da vontade constitui importante balizador na possibilidade de convenção processual. A manifesta assimetria entre as partes, situação de vulnerabilidade de uma delas como versa o CPC, se atingira liberdade da manifestação da vontade, poderá gerar nulidade do negócio jurídico processual, ainda que passível de autocomposição o direito. O controle exercido nesta hipótese, não é sobre o direito em si, mas sim sobre a manifestação de vontade e a sua capacidade de decorrer de uma posição de relativa igualdade entre as partes. Portanto, relaciona-se ao regime das invalidades, tal como previsto no Código Civil/2002. Nesta circunstância não importa a qualidade do direito, mas se a sua negociação decorre da

⁵⁰ BREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 211

manifestação livre da vontade (artigos 138 a 157 do CC/2002). O controle aqui é externo ao direito material discutido no processo, e recai sobre as circunstâncias em que a manifestação e vontade é externada.

Dessa forma, é possível se reconhecer a aplicabilidade das hipóteses do art. 166 do Código Civil para gerar a nulidade do negócio jurídico processual, vejamos o que estabelece o dito dispositivo:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Nestes casos a liberdade poderá ser ponderada pelos princípios do direito processual, em especial, pelo princípio da instrumentalidade das formas. Logo, observada uma nulidade sem que produza prejuízos às partes, ou a uma delas, poderá ser ela convalidada.

É relevante aduzir que o negócio jurídico processual deve ser compreendido como o **corolário da relevância das partes no processo**. Considerar que o Estado deveria impor um procedimento à resolução de todos os conflitos, implicaria, muito provavelmente, em ato lesivo aos interesses dos particulares, além de demonstrar a descrença na capacidade intelectual das partes em gerir seus próprios destinos e realizarem escolhas prudentes aos seus destinos. Sendo uma

visão paternalista, autoritária, que enxerga apenas a simples sujeição ao poder estatal o sentido da ordem e estabilidade social. Certo é que, quanto mais o particular possuir artifícios ao exercício pessoal de seus interesses para gerir seus direitos, mais se estará diante de uma ordem jurídica apta a abarcar todos aqueles que a permeiam.

Portando, em regra, não seria possível afastar o direito passível de autocomposição sem considera-lo no âmbito do negócio jurídico processual. Da mesma forma, que não se pode admitir de forma geral que determinados direitos apenas por serem indisponíveis, seriam insusceptíveis à autocomposição.

Deste modo é que uma solução negociada pelas partes e aceita por elas referente a direito indisponível, seria muito mais relevante e eficaz, do que uma solução imposta por um terceiro juiz, nesta hipótese podendo-se até mencionar o benefício social que surge diante desta relativa alternância do controle dos atos processuais.

Ocorre que as soluções negociadas interpartes, em geral tendem a propiciar maior pacificação social do que àquelas impostas pela autoridade estatal. Logo, dadas determinadas condições, a autocomposição não é somente viável, mas também desejável quando se trata de direitos disponíveis ou indisponíveis.

Este raciocínio pode-se aplicar também no processo no sentido que, mesmo que as partes não atinjam a autocomposição no plano do direito material, quando demandado o poder judiciário para resolução deste conflito, é evidente que essa decisão judicial será muito mais adequada e consoante aos preceitos fundamentais, se advinda de um processo negociado pelas partes em exercício de seus poderes e faculdades no âmbito processual.

4.2 Limites e alcance das convenções processuais

Leonardo Greco⁵¹ salienta que poderes do juiz e a autonomia das partes se encontra vinculada a três fatores: (i) à disponibilidade do direito material posto em juízo; (ii) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de defesa; (iii) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

Enquanto a autonomia privada pode ser localizada em quatro zonas da liberdade: (a) liberdade de negociação, a qual consiste na zona de negociações preliminares que antecedem o negócio; (b) liberdade de criação, que consiste na possibilidade de criação de novos modelos negociais atípicos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos; (c) liberdade de estipulação, nada mais é do que a faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio; (d) liberdade de vinculação, consistente na faculdade de poder celebrar ou não o negócio.

Por isso é que entre todos estes níveis preserva-se, ainda que em limite mínimo a autonomia privada. Neste sentido é que nas situações em que só resta ao sujeito a faculdade de praticar ou não praticar o ato, sobre somente a liberdade de vinculação, mas o negócio jurídico se mantém de pé, não obstante ao mínimo de autorregramento.

Além disso, a celebração de um acordo processual não afeta o direito material envolvido no litígio. Os titulares de direitos disponíveis podem dispor no processo do seu próprio direito material, assim como de todas as faculdades processuais cuja não utilização possa resultar, direta ou indiretamente, em julgamentos contrários ao seu direito material. Logo, por conseguinte, os titulares de direitos

⁵¹ GRECO, Leonardo Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 01, p. 7-28, out./dez. 2007.

indisponíveis não estão impossibilitados de praticar atos de disposição tanto no sentido de atos prejudiciais quanto de atos decisórios, mas apenas que não podem praticar os que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos.

Por isso, a parte que possui direito material indisponível envolvido no litígio não é impossibilitada a convenção quanto à gestão compartilhada do procedimento, por exemplo.

A indisponibilidade tratada no *caput* do art. 190 envolve o objeto do acordo processual, e não o direito substancial que se objetiva tutelar. No mesmo sentido em que não se pode confundir a inviabilidade de o litigante renunciar ao direito material indisponível envolto na lide com ônus e faculdade processuais.

A autonomia privada dos sujeitos processuais não pode ser limitada somente em função da proteção dos interesses públicos, mas também em virtude dos anseios de um dos litigantes, como a busca pelo processo justo. Não sendo admissível extrair do comando constitucional do justo processo um entendimento oposto a uma balanceada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do procedimento, observando os limites para que isso não impeça a eficiência do processo em razão da justa composição da lide.

Logo, o ato de disposição precisa ser livre e consciente. Livre, por não poder ser resultado de qualquer coação ou intimidação por parte de outros sujeitos que, em razão da sua posição de superioridade em relação ao disponente, impõe-lhe a sua vontade para sujeitá-lo a um mal qualquer, mesmo que justo; e consciente de que o ato de disposição pode acarretar o julgamento desfavorável ou a perda do próprio direito material pleiteado em juízo.

Já o consentimento é indispensável ao ato de disposição, para sua configuração são necessários três elementos: capacidade/capacidade processual, voluntariedade e informação.

No que tange à celebração de acordos processuais por incapazes, tem-se que estas são válidas desde que estes estejam devidamente representados ou

assistidos na demanda. Leonardo Greco acrescenta outro requisito: que o pacto celebrado não prejudique ou obstaculize a tutela dos direitos do incapaz⁵². Dessa forma, por exemplo, é nulo negócio jurídico que delibera no sentido de proibir que o pródigo, pessoa relativamente incapaz, arrole testemunhas ou acoste novos documentos aos autos.

Deve-se ter em mente que o equilíbrio contratual e a paridade das partes colocam-se como limites à liberdade de disposição, isso porque a isonomia não é meramente *pro forma*, deve ser observada faticamente, devendo, para tal, o magistrado atuar em favor do que se mostrar hipossuficiente.

Tal prerrogativa encontra-se normatizada no parágrafo único do art. 190, CPC, *in verbis*:

De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Quanto ao último limite às convenções, quando da celebração dos acordos procedimentais, deve-se preservar os princípios e as garantias fundamentais do processo, o que denomina de ordem pública processual, como medida aos atos de disposição processual das partes. Nesse sentido, esses princípios, impostos de forma absoluta: a competência do órgão julgador; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional; um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a celeridade processual dentre outros.

Acercar do conceito de ordem pública, desta Godinho:

⁵² GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 01, p. 7-28, out./dez. 2007.

Parece que ordem pública é um daqueles institutos que, tal qual a indisponibilidade do direito, prescindem de justificação, ou seja, basta rotular algo como sendo de ordem pública para que sobre ele recaia um regime jurídico especial. Mas não pode ser assim. As normas sobre provas são de ordem pública relativa ou absoluta? O que define ou agrega esse predicado? Não se pode estabelecer acordo em matéria probatória? Essa vedação inclui o aspecto procedimental da prova, ainda que seja para facilitar sua produção? Se as normas probatórias são de ordem pública, pode o juiz casuisticamente “dinamizá-las”? A autorização para as convenções sobre ônus da prova decorre de uma norma também de ordem pública? O critério então seria de política legislativa ou estrutural? Com esses questionamentos pretende-se apenas problematizar a questão e demonstrar que as afirmações precisam de justificações íntegras para que se possam extrair consequências anunciadas previamente. Conferir perenidade a um conceito essencialmente contingencial pode significar apenas estender amarras jurídicas que impeçam ou retardem uma evolução cultural.⁵³

Parte da doutrina entende que as partes podem validamente abrir mão da utilização de um determinado meio de defesa, desde que o faça em momento do processo que tenham pleno conhecimento das consequências do seu ato de disposição. Para esta fatia doutrinária, veda-se às partes apenas convenções cujo teor impossibilitem a defesa técnica e o contraditório.⁵⁴

Entendemos que as partes podem celebrar convenções destinadas a disciplinar o procedimento de seu processo judicial, mesmo fora dos casos em que a lei expressamente as autoriza a fazê-lo, já que o legislador não poderia prever todos os casos

⁵³ GODINHO. Robson Renault. Convenções processuais sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão do trabalho entre as partes e os juízes no Processo Civil brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.p. 175

⁵⁴ QUEIROZ. Pedro Gomes de. Convenções disciplinadoras do processo judicial. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 13, p. 693-731, jan./jun. 2014.

*em que uma convenção deste tipo seria útil aos interesses juridicamente protegidos das partes. Entretanto, a convenção sobre procedimento não pode suprimir os direitos e as garantias fundamentais do processo, sob pena de nulidade.*⁵⁵

Para Cadiet (*apud* Ponte e Romão, 2015)⁵⁶, o Código de Processo Civil Francês não concebe entre os princípios do processo nenhuma norma que impossibilite um procedimento organizado de acordo com o que os litigantes preferem. Por isso, diante da inexistência deste tipo de regulamentação, nada impede que as partes decidam sobre as regras procedimentais em tudo que seja autorizado pela denominada “ordem pública processual”, diante da inexistência de disposição legal, a jurisprudência fixa os parâmetros para os pactos.

4.3 Posição do órgão jurisdicional

Tal como qualquer negócio jurídico, a convenção processual deve conter os requisitos de existência, validade e eficácia previstos na teoria geral das obrigações, sob pena de se tornar nula, anulável ou ineficaz.

O momento processual em que a convenção vier a ser firmada influenciará diretamente na atuação do órgão jurisdicional.

Caso haja a celebração em momento *anterior* à configuração do processo, o negócio processual poderá assumir a forma de “contrato de

⁵⁵ QUEIROZ. Pedro Gomes de. Convenções disciplinadoras do processo judicial. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 13, p. 727, jan./jun. 2014

⁵⁶CADIET. Loïc. Le Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización de proceso y de la justicia em Francia. Civil Procedure Review, v. 3, n. 3, p. 3-35, ago./dez. 2012. *apud* PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Vol. 16. Julho a dezembro de 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. pp. 305-334.

procedimento” ou ainda, cláusulas dentro de uma avença que envolva direito material. Nessa hipótese, o magistrado deverá atestar a juridicidade do acordo, segundo os critérios elencados no art. 190, CPC.

Por outro lado, caso a pactuação do negócio se dê *após* o ajuizamento da ação, cabe ao juiz a verificação da isonomia entre as partes, impedindo a legitimação de acordos que coloquem uma das partes em uma situação de vulnerabilidade frente à outra. Isso porque:

A eficácia imediata das convenções processuais, tornando-as independentes de homologação judicial, exige limites firmes à sua revogação, que, podem ser encontrados em três circunstâncias, quais sejam: 1) a necessidade de permanente continuidade do processo em direção ao seu fim, que não deve ser condescendente com retrocessos, a não ser por um motivo justificável, alegado de boa-fé; 2) o direito adquirido, decorrente da prática ou omissão do ato por uma parte em benefício da outra, que gere direito subjetivo em favor da outra; ou 3) como consequência de uma dessas duas circunstâncias, a preclusão temporal ou consumativa.⁵⁷

A atuação do magistrado, cumpre ressaltar, não o coloca numa posição ativa no negócio processual. Ele é um sujeito imparcial, a quem a lei impôs o dever de conduzir o processo segundo os princípios e normas.

Exatamente por esse aspecto é que o juiz pode (e deve) incentivar os litigantes a celebrar ajustes, notadamente quando o direito material envolvido no litígio exigir um rito processual diferenciado, seja por sua complexidade ou por sua simplicidade.

⁵⁷ PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Vol. 16. Julho a dezembro de 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. pp. 305-334.

Além disso, o *caput* do art. 190 oferece a possibilidade de celebração pelas partes de negócios jurídicos bilaterais sobre o procedimento. Certo é que o r. dispositivo abre margem para infinitas possibilidades em decorrência da opção legislativa pela cláusula geral deste artigo.

Os acordos procedimentais deverão ser celebrados entre as partes, nos termos do art. 190, *caput*. Neste sentido é que caberá apenas ao juiz o controle da validade dos negócios processuais, conforme estabelecido no parágrafo único deste artigo. Assim, questiona-se, neste cenário, se o juiz, enquanto figura representativa do Estado, ficará compulsoriamente vinculado ao estabelecido entre as partes, cabendo-lhe, somente verificar a validade do acordo.

A intenção do legislador se torna clara após análise do Novo Código de Processo Civil, que é no sentido de modificar o papel do magistrado no processo civil brasileiro moderno. O Novo Código, fez com que, em regra, o magistrado deixasse de figurar como o protagonista central do processo, aquele detentor de poderes, virtudes e único capaz de dirigir o processo corretamente.

Ou seja, o Código de Processo Civil abandonou aquela figura do juiz Hércules, tal qual idealizado por Dworkin - para o autor, o juiz Hércules possuiria virtudes, como a paciência, sabedoria e habilidade divinas, sendo justo e cumprindo com as suas responsabilidades, por isso, seria o único com poderes para direcionar o processo, enquanto todos os outros apenas atuariam auxiliando-o para se chegar à resolução da lida.⁵⁸

O juiz figurava como aquele que teria os poderes para realizar o árduo trabalho de direito do procedimento e nele tudo poderia, fazendo com que as partes figurassem como suas auxiliares, fornecendo-lhe meios para chegar à verdade idealizada pelo ordenamento.

Esta figura desaparece no Novo Código, dando seu lugar de protagonismo às partes, verdadeiros detentores do direito de ação invocado em juízo.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.286

Passam a ser protagonistas do processo que na vigência do Código antigo não dispunham de margem considerável para atuar no processo - os personagens principais apenas apareciam como coadjuvantes de um terceiro – o juiz.

O Novo Código de Processo Civil rompeu este paradigma estabelecido na comunidade jurídica. Não havendo mais espaço, para que as partes tenham papel diminuto no processo, ora, qualquer sentido não há, as partes não podem nem devem figurar como meras auxiliares no processo, afinal sem elas, ele sequer existiria.

Desta maneira, é que o legislador processual de 2015, com base nesta visão de necessidade de oferecimento de protagonismo as partes no processo, é que possibilitou de forma positiva a flexibilização procedimental através da positivação de seu instrumento, os negócios jurídicos processuais. Fazendo com que as partes possam dispor sobre o procedimento e atitude dentro da lide de forma mais ampla.

Por conseguinte, atribuindo ao juiz apenas a verificação de ofício ou a requerimento das partes acerca da validade do negócio processual. Além disso, o juiz apenas poderá recusar sua aplicação nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou quando alguma das partes encontre-se em manifesta situação de vulnerabilidade.

Neste sentido, entende-se que o juiz está vinculado ao celebrado pelas partes em matéria de procedimento ou às disposições relacionadas aos ônus, poderes e deveres processuais, cabendo-lhe, tão somente, promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que fora acordado pelas partes. Não havendo inclusive necessidade de homologação judicial, por exemplo.

Neste sentido, vejamos o artigo 200 do CPC:

*Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade **produzem imediatamente** a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.*

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

Desta forma, nota-se que este artigo trouxe que as declarações bilaterais e unilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, dispensando-se qualquer ato homologatório para que a convenção produza seus efeitos, salvo no caso de pedido de desistência.

Para Teresa Arruda Alvim:

Seguindo a concepção do CPC/2015 (LGL\2015\1656) de respeitar o autoregramento da vontade, em especial quando o tema são negócios jurídicos processuais, o espaço para que o juiz recuse a sua aplicação é consideravelmente restrito. Trata o Código, no art. 190, parágrafo único, de três situações bastante específicas nas quais pode haver invalidação de um acordo processual. Vale dizer que, em todos estes casos, caberá ao juiz “de ofício ou a requerimento” controlar a validade da convenção.⁵⁹

As hipóteses que tratam o art. 190 de controle judicial sobre os negócios jurídicos processuais são taxativas.

A primeira delas é a necessidade de existência de nulidades no acordo celebrado, não podendo ser deixado de lado a primazia da instrumentalidade das formas, a qual prescreve a convalidação do ato inquinado quando da ausência de prejuízo.

A segunda na hipótese de inserção abusiva em contrato de adesão, porém insta salientar que a inserção deve necessariamente ser abusiva, por isso, não é previsão de alteração do procedimento que induz a sua nulidade. A cláusula deverá ser abusiva e, portanto, gerando ônus significativo à parte aderente, sem o que deve ela ser considerada válida.

⁵⁹ ARRUDA ALVIM. Novo contencioso cível no CPC/2015 (LGL\2015\1656). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 136-139.

Por fim, a última hipótese é de manifesta situação de vulnerabilidade, não podendo se tratar de qualquer situação de vulnerabilidade, isso porque, sempre haverá assimetria entre as partes, a geral algum nível de vulnerabilidade. A que será capaz de afetar o negócio jurídico processual, segundo o parágrafo único do art. 190 do CPC, será a manifesta a ponta de atingir a liberdade da manifestação da vontade e, como consequência, causar prejuízo à parte hipossuficiente. Para Flávio Luiz Yarshell, quando se afirma que a igualdade substancial é decisiva para a validade do negócio processual, parte-se da premissa que uma eventual preponderância de uma das partes não deve resultar em regras favoráveis ou desfavoráveis a outra⁶⁰.

Assim, se ao magistrado cabe apenas a verificação de eventuais situações na celebração dos contratos processuais, não à sua parte material, ele deverá ficar vinculado ao decidido pelas partes. Porém, não seria razoável imaginar que neste contexto não existiriam limites para esta negociação.

Para tanto, parte-se da premissa de que apesar dos negócios jurídicos terem o poder de vincular o juiz, estes não poderiam o afetar diretamente. Portanto, o acordo é celebrado e realizado entre as partes titulares dos direitos em questão (autor e réu), o juiz não é parte direito do negócio jurídico processual, salvo na hipótese específica de calendarização, por isso, não se pode admitir que o acordo atrepele a atividade jurisdicional.

Logo, a autonomia privada das partes, deve respeitar, além dos limites impostos pelo próprio artigo 190 do CPC, os limites da atividade do juízo, os princípios basilares do ordenamento jurídico e as balizas legais do direito. O devido processo legal deve ser respeitado. Não sendo razoável, por exemplo, que um negócio jurídico processual permita uma prova ilícita no processo. Dessa forma, é que a vontade das partes não pode se sobrepujar sobre o processo legal.

Por isso, tem-se dois pontos diametralmente opostos: de um lado a vontade das partes, o autorregramento e a atenção que novo código deu à cláusula

⁶⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 69.

geral de negociação e de outro lado, o devido processo legal e a atividade judicante, com todos seus desdobramentos naturais que visam a dar ao processo caráter efetivamente devido.

A margem oferecida entre estes dois extremos é fértil para a celebração dos negócios jurídicos processuais, ou seja, tudo que estiver dentro desse enquadramento deve ser admitido – verificadas as situações previstas no parágrafo único do artigo 190.

Assim, toda convenção processual estabelecida pelas partes que verse sobre algo que não interfira na atividade do juízo e no devido processo legal e seus desdobramentos mais intrínsecos deve ser admitida pela Lei.

CONCLUSÃO

Após todo o exposto, conclui-se que, o artigo 190 do Código de Processo Civil em seu *caput*, ao mesmo tempo que oferece ampla oportunidade para celebração dos negócios jurídicos processuais a condiciona a processos nos quais os direitos admitam autocomposição. Em outras palavras, a cláusula geral de atipicidade dos negócios jurídicos processuais estabelece que as convenções só serão possíveis nas hipóteses em que o objeto do direito material seja disponível às partes.

Fernando Gajardoni estabelece:

para que seja possível a convenção processual, o objeto do processo – isto é, o direito material a ser debatido ou em debate – deve ser autocomponível (renunciável, reconhecível, transacionável)

Geralmente, se tem a disponibilidade de direitos como regra e a indisponibilidade como exceção, sendo que os direitos referentes ao patrimônio são caracterizados, em geral, por sua disponibilidade, ao passo que os direitos pessoais, principalmente os essenciais se caracterizam por sua indisponibilidade.

No direito material, a disponibilidade é um pressuposto para o negócio processual, uma vez que os negócios não podem se sobrepor a indisponibilidades positivadas. Porém, é necessário pontuar que há uma diferença entre indisponibilidade de direito material e indisponibilidade no direito processual, neste sentido é que para observância deste requisito no que tange os negócios processuais, é imprescindível que se verifique sobre qual destes direitos (material ou processual) determinada indisponibilidade recai.

Para grande parte da doutrina, os negócios jurídicos processuais não podem ser constituídos sobre direitos dos quais as partes não possuem livre disposição, bem como estabelecem ligação entre a indisponibilidade e a manutenção

da ordem pública. Porém, em sentido oposto, Diogo de Almeida ⁶¹ entende que a indisponibilidade não pode ser vista em uma visão geral, devendo ser observado especificamente as condições específicas de cada caso, uma vez que a generalização a partir de uma visão doutrinária panorâmica, não seria capaz de proporcionar a maior efetividade para as partes.

Neste sentido, discorre Leonardo Cunha:

*Em outras palavras, não é possível negócio processual que se destine a afastar regra de proteção a direito indisponível. Logo, não parece possível negócio processual que dispense reexame necessário, nas hipóteses em que não há dispensa legal. Também não parece possível negócio jurídico que dispense a intervenção obrigatória do Ministério Público.*⁶²

Assim é que a mera indisponibilidade do direito material não pode implicar de maneira automática, necessariamente em indisponibilidade do direito processual, haja vista recaírem sobre direitos de naturezas diversas e diferentes.

Neste íterim, com o advento do Novo Código de Processo Civil, é possível, através da flexibilização procedimental, uma maior eficácia e celeridade da prestação jurisdicional.

⁶¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015. Parte Geral. São Paulo: Forense Ltda, 2015.

⁶² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócio jurídicos processuais no processo civil brasileiro. IN: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores). Negócio Processuais. Salvador. Juspodivim, 2015. P. 27-62.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Vol. 6. Julho a dezembro de 2010. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. pp. 135-164.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

GAIO JÚNIOR, Antonio. Negócios Jurídicos Processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/15. **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976 - Trimestral. (vol. 267/2017/ p. 43-73/ Mai/2017 – DTR\2017\1028).

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015 - parte geral**. São Paulo: Forense, 2015.

GARCIA REDONDO, Bruno. Negócios Processuais Relativos a Honorários Advocatícios. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Vol. 16. Julho a dezembro de 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. pp. 58-76.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro: UERJ, a. 1, v. 1, out.-dez. 2007.(p.7-28)

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. *in* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o pactum de non petendo. **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais – Trimestral (vol. 272/2017/ p. 419-439/ Out/2017 – DTR\2017\5943).

NOBLAT, Francis; MEIRELLES, Delton Ricardo S. De “poder do juiz” a “convenção das partes”: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIII, p. 200-228. Jan-jun. 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Vol. 16. Julho a dezembro de 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. pp. 305-334.