

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

João Paulo Bocalon

**Os negócios jurídicos processuais
no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**

Mestrado em Direito

São Paulo

2016

João Paulo Bocalon

**Os negócios jurídicos processuais
no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Anselmo Prieto Alvarez.

São Paulo

2016

Banca examinadora:

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa, Juliana Leite Kirchner Bocalon, pelo amor, companheirismo e paciência nas várias horas em que estive ausente para a elaboração da pesquisa.

Aos meus filhos, Rafaela e João Miguel, razões do meu viver!

À minha mãe, Vera, minha primeira Professora na vida e nas letras.

Ao meu pai, Everaldo, e minha Tia Bete, que me acompanham e iluminam de outro plano.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao meu orientador, Professor Anselmo Prieto Alvarez, não apenas por compartilhar seu conhecimento jurídico, mas, acima de tudo, pelo incentivo motivacional nas horas mais difíceis. Não teria chegado até aqui sem a sua participação.

Também manifesto meu agradecimento à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, por ter incentivado e direcionado minha especialização em Direito Processual Civil, ainda quando eu estagiava em seu escritório de Curitiba.

Também agradeço ao corpo docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em nome dos Professores Sérgio Shimura, Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Arruda Alvim, com que tive o imenso prazer de conviver.

Ainda, agradeço ao Professor William Santos Ferreira, por sua fundamental importância em minha formação jurídica, tanto acadêmica quanto profissional.

Por fim, registro meus agradecimentos aos valorosos amigos encontrados na PUC/SP durante esses anos, em nome de Fábio Koremblum, Lucas Rister, Welder Queiroz dos Santos, Pedro Miranda de Oliveira, Luiz Henrique Volpe Camargo, Ricardo Magalhães e Felice Balzano.

RESUMO

BOCALON, João Paulo. Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. 2016. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

O presente trabalho objetiva analisar os negócios jurídicos processuais como técnica de flexibilização procedimental, valorizada pelo Novo Código de Processo Civil. Em um primeiro momento, o tema é pesquisado sob a ótica da teoria geral do processo, de sorte a enquadrá-lo no contexto de seus institutos fundamentais. Após, o tema é analisado sob a ótica da teoria geral dos negócios jurídicos, enfrentando a problemática referente aos seus vícios e nulidades. Com essas definições, estruturamos as noções basilares do instituto, como conceito, terminologia, natureza jurídica, princípios norteadores e uma sugestão de classificação. Amparado nesses pilares teóricos, chegamos à problemática central, qual seja, a análise pragmática dos negócios processuais típicos e atípicos no Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais, Flexibilização procedimental, Calendarização processual, Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

BOCALON, João Paulo. The procedural agreements in the Brazil's New Code of Civil Procedure. 2016. 241f. Dissertation (Master in Law) - Pontificia Universidade Católica de Sao Paulo, 2015.

This paper is aimed at assessing procedural agreements, such as the procedural flexibility technique, which is highly valued by Brazil's New Code of Civil Procedure. At the outset, this topic is researched from the standpoint of general procedural theory, in order to classify it within the context of its fundamental institutes. Later, this topic is looked at from the standpoint of general contract theory, confronting the problem regarding its defects and nullities. With these definitions, basic notions are established of the institute, such as concept, terminology, legal nature, guiding principles and a suggested classification. With the support of these technical cornerstones, the central problem is found, which is the pragmatic analysis of typical and atypical procedural contracts in Brazil's New Code of Civil Procedure. Keywords: Procedural agreements, Procedural flexibility, Procedural timetable, New Civil Code of Procedure.

Keywords: Procedural agreements, Procedural flexibility technique, Procedural calendar, New Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOB A PERSPECTIVA DOS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL	15
1.1 A ideia de jurisdição e o direito processual civil sob uma nova perspectiva.....	18
1.2 Direito de ação e a contribuição dos negócios processuais para assegurar a tutela jurisdicional adequada.....	26
1.3 Processo e procedimento: objeto das convenções processuais	34
2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E TERMINOLOGIA: UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR	41
2.1. Fatos jurídicos e fatos jurídicos processuais	41
2.2. Atos-fatos jurídicos e atos-fatos jurídicos processuais	44
2.3. Atos jurídicos <i>stricto sensu</i> e atos jurídicos <i>stricto sensu</i> processuais.....	47
2.4. Negócios jurídicos e negócios jurídicos processuais.....	48
3 ESTRUTURA ONTOLÓGICA DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS.....	58
3.1. Enquadramento principiológico e institutos afins do direito material.....	58
3.1.1. Devido processo legal e “devido processo convencional”.....	61
3.1.2. Autorregramento da vontade no processo civil.....	64
3.1.3. Igualdade das partes e acesso à Justiça	68
3.1.4. Cooperação entre os sujeitos processuais e a cláusula de melhores esforços ..	72
3.1.5. Sobre a proibição do comportamento contraditório: a incidência do nemo potest venire contra factum proprium.....	80
3.1.6. Sobre a instrumentalidade das formas e a conservação do negócio jurídico ..	83
3.2. Classificação.....	85
3.2.1. Quanto a tipicidade: típicos e atípicos	85
3.2.2. Quanto a forma: solenes ou não solenes; comissivos ou omissivos.....	86
3.2.3. Quanto ao momento de formação: incidental ou extrajudicial	89
3.2.4. Quanto ao objeto: processo e procedimento	90
3.2.5. Quanto aos sujeitos: unilateral, bilateral e plurilateral	92
3.3. Legitimidade para a negociação	94
3.3.1. Partes.....	94
3.3.2. Terceiros.....	96
3.3.3. O juiz e o gerenciamento de processos judiciais	99
3.3.4. Ministério Público	102
3.3.5. Fazenda Pública.....	104
3.3.6. Sobre a presença de advogado.....	106

3.4	Controle judicial dos negócios jurídicos processuais	108
3.4.1.	Interpretação e revisão dos negócios jurídicos processuais	112
3.4.2.	Anulação (e nulidade) dos negócios jurídicos processuais	115
3.4.3.	Meios de revisão ou anulação do negócio processual	120
3.4.4.	Recorribilidade da decisão que nega efeito ou altera negócio processual	122
4	NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS TÍPICOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	124
4.1.	Eleição convencional de foro (art. 63, NCPC)	125
4.2.	Sucessão do adquirente ou cessionário em juízo (art. 108, §1º, NCPC)	135
4.3.	Redução de prazos peremptórios (art. 222, §1º, NCPC)	143
4.4.	Suspensão do processo (art. 313, II, NCPC)	149
4.5.	Aditamento ou alteração do pedido e da causa de pedir (Art. 329, II, NCPC)	154
4.6.	Sobre a distribuição do ônus da prova (art. 373, §3º, NCPC)	162
4.7.	Escolha consensual do perito (art. 471, NCPC)	168
4.8.	Parcelamento do débito pelo executado, na forma do art. 916 do NCPC	171
4.9.	A convenção de arbitragem	180
5	NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E A CLÁUSULA GERAL DO ART. 190 DO NCPC	185
5.1.	Noções gerais	185
5.2.	Requisitos	188
5.3.	Alcance da norma e os enunciados interpretativos	193
5.3.1.	Enunciado 17 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis	195
5.3.2.	Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis	196
5.3.3.	Enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis	198
5.3.4.	Enunciado 20 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis	199
5.3.5.	Enunciados 36 e 37 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados	200
5.3.6.	Legitimidade extraordinária negociada	201
5.3.7.	Pactum de non petendo	203
5.3.8.	Renúncia recursal	204
5.4.	Calendarização processual (art. 191, NCPC)	206
5.4.1.	Conceito	207
5.4.2.	Partes	208
5.4.3.	Objeto	210
5.4.4.	Momento	212
5.4.5.	Efeitos	213
5.4.6.	Revisão e alteração	214
	CONCLUSÃO	215
	BIBLIOGRAFIA	222

INTRODUÇÃO

A interferência estatal na esfera privada através de técnicas disciplinadas pelo direito processual civil passa, em sua evolução histórica, por níveis variáveis de ingerência. A oscilação desta interferência é percebida a partir de uma total ausência do Estado na regulação das relações sociais (autotutela), passando pela evocação estatal da tutela jurisdicional, até a criação de mecanismos de controle consolidados na ordem constitucional, denotando um espectro de menor ou de maior amplitude de atuação ao longo da história do direito.

Historicamente, essa influência estatal vem sendo apartada no estudo do direito: ou é direito privado, permissível de modulações particulares; ou é público, constituído de normas cogentes e, de uma forma geral, estático do ponto de vista do particular.

O tema ora abordado é fruto de uma contínua reflexão sobre a dicotomia *direito material – direito processual*, especialmente no tocante à liberdade entre os sujeitos jurisdicionados e potencialmente litigantes em definir, delimitar e prever os rumos de eventual confronto de interesses.

Nesse contexto, as convenções processuais tratadas pelo Novo Código de Processo Civil, principalmente pela cláusula geral prevista no art. 190, romperam a estrutura essencialmente pública do direito processual civil. Embora seja possível identificar ao longo do contexto histórico-processual a previsão esparsa de regras permissivas de diálogo *inter partes* (as quais serão providencialmente analisadas neste texto), temos, agora, uma nova e promissora realidade litigiosa.

O direito processual civil pode tomar novos rumos, desvinculando-se de um simples cumprimento ritual ditado pela formalidade legal. Realmente, é de crença popular que a mera alteração legislativa não modifica o comportamento social. Há, de fato, uma enorme barreira a ser transpassada, que está sedimentada na repulsa cultural da sociedade e dos próprios operadores do direito.

Ao menos academicamente, cabe-nos, por força de ideologia científica, crer na eficácia da nova legislação. Somente o tempo dirá – e ditará –, se as *convenções processuais* tornar-se-ão uma realidade palpável, ou se melancolicamente padecerão por falta de aplicação.

Em nossa opinião, identificamos neste tema-objeto a mais nobre conquista do Novo Código de Processo Civil. Ao se permitir que os próprios sujeitos definam, na medida do possível, a orientação processual a que estão ou eventualmente estarão submetidos, confirma-se a razão substancial do primeiro Código de Processo Civil idealizado sob um Estado Democrático de Direito, pois a autonomia privada é a essência do desapego estatal. Afinal, conforme bem observa Mairan Gonçalves Maia Junior, “*não há sociedade sem negócio jurídico, pois este é inerente ao relacionamento humano em comunidade*”.¹

De fato, o negócio jurídico influencia o comportamento da sociedade, expressando a autonomia da vontade juridicamente formalizada pelos seus signatários. No processo civil não é diferente. Afirmo Leonardo Carneiro da Cunha, que “*a efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático inspirador da Constituição de 1988, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para a aplicação das normas jurídicas*”.²

¹ MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. A representação no negócio jurídico. 2 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 20.

² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 45.

Cabe-nos compreender que a participação dos sujeitos não está limitada a defender-se do sistema inquisitorial, mas efetivamente exercer e *viver* o contraditório de forma dialética. Essa concepção passou a ser tratada pela doutrina como o *princípio da cooperação* entre os sujeitos processuais, que será oportunamente abordado neste trabalho.

A estrutura da pesquisa ora apresentada, além desta justificativa introdutória e da síntese conclusiva, está substancialmente capitaneada em três elementos identificadores da nossa proposta.

Na primeira parte, mostra-se necessária uma abordagem teórica sobre a *quebra* do paradigma publicístico do direito processual civil ante a nova e expressa deliberação negocial dos atos processuais. Muito embora antes já houvesse (ainda que de forma restrita e típica) previsão sobre a possibilidade das partes convencionarem sobre atos processuais, a realidade trazida pelo NCPC é sobremaneira distinta daquilo que outrora se cogitou.

Consequentemente, também é inevitável para a boa compreensão do tema, um estudo, ainda que breve, dos negócios jurídicos sob a perspectiva do direito material (Capítulo 2), afinal, os civilistas dedicam-se ao tema desde a Época Clássica do Direito Romano³, quando o formalismo em sentido estrito deu lugar à autonomia da vontade.⁴ Ressalvamos, todavia, que não é nossa pretensão divagar abundantemente sobre o negócio jurídico do direito material, sendo que esse diálogo será içado sempre que se mostrar conveniente e útil para o linear desenvolvimento da proposta.

No Capítulo 3, tratamos de uma teoria geral dos negócios processuais. Trata-se de um enquadramento sistemático de definições e conceitos basilares para todo instituto processual. Sempre nos parece conveniente uma abordagem estrutural do instituto em estudo, o que compreende os elementos que o definem.

³ 130 a.C. a 230 d.C.

⁴⁴ Cf. SOARES, Ronnie Herbert Barros; PASSOS, Josué Modesto. Perspectiva histórica do conceito de negócio jurídico. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado. Negócio jurídico. Quartier Latin, 2013. p. 34.

Aqui, uma ressalva necessária para justificar tanto a estrutura no trabalho apresentado quanto o seu próprio objetivo, que, em nosso sentir, é direcionado para uma ordem pragmática do assunto. Evidentemente, pelos capítulos introdutórios, entendemos ser necessário o estudo da teoria dos fatos jurídicos e dos negócios processuais em si. Todavia, temos agora uma nova realidade: a existência do negócio processual é incontroversa, dada a expressa previsão legal. Com a devida vênia aos entendimentos contrários, não há mais que se negá-los.

Com esse pensamento, nos Capítulos 4 e 5 concentramos o núcleo da pesquisa, repita-se, por razões pragmáticas. Relacionamos, então, as convenções processuais tipicamente identificadas pela legislação processual, com a respectiva dissertação individualizada. Pelo o que constatamos, o Novo Código de Processo Civil pouco alterou as hipóteses previstas no Código de Processo Civil de 1973, tendo acrescentado de formas esparsa a possibilidade de mais alguns negócios processuais. O ponto nevrálgico do trabalho é tratado ainda no capítulo 5, quando abordamos a nova redação do artigo 190 do NCPC. Com efeito, o referido dispositivo traz-nos o cerne dessa nova realidade processual, já abordado pela doutrina como uma *cláusula geral do negócio jurídico processual*.

Por fim, trataremos da calendarização processual, que, se bem absorvida pela comunidade jurídica, tem tudo para ser mais uma novidade basilar do NCPC e um instrumento fundamental para a realização da tutela jurisdicional adequada, já que está umbilicalmente ligada à própria vontade das partes.

Sem dúvida, o tema proposto será objeto de variados debates doutrinários, diante da inequívoca fragmentação da ideia publicística do processo. Nesse contexto, vale esclarecer que nossa fonte inspiradora tem origem em um artigo de José Carlos Barbosa Moreira, datado de 1984, intitulado como “*Convenções das partes sobre matéria*

processual”. Advertiu o ilustre mestre que, “*ao contrário do que ocorre noutros países – sobretudo na Alemanha –, não só inexistem aqui trabalhos monográficos a tal respeito, mas também se mostra escassa a atenção que lhe dedicam os expositores do nosso ordenamento e os comentadores do Código de Processo Civil*”.⁵

O tema, portanto, não é, ou não deveria ser, nenhuma novidade impactante, pois o CPC/1973 já previa tipicamente algumas situações, além do próprio art. 158, adotado pela doutrina atual como o ascendente do art. 190 do NCPC.

Recentemente, o tema tem sido objeto de análise pela doutrina moderna, em destaque na escola baiana, capitaneada por Fredie Didier Jr. Na Universidade Federal da Bahia criou-se, em 2006, o grupo de pesquisa “Teoria contemporânea da relação jurídica processual: fato, sujeitos e objeto”. De lá, valorosos trabalhos foram germinados, sintetizados na obra “*Teoria dos fatos jurídicos processuais*”, de Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.⁶

Certamente, dada a efetiva participação de Fredie Didier Jr. na elaboração do Novo Código de Processo Civil, sua influência ideológica se faz presente na novel legislação. Consequentemente, após a inserção do art. 190 do NCPC, verifica-se uma metástase doutrinária de fundamental importância para a boa aplicação do instituto, considerada a nova ordem processual.

Enfim, nosso ordenamento está repleto de hipóteses nas quais as partes podem *dispor* de matérias eminentemente processuais, que devem ser meditadas, o que nos motiva ao trabalho com um despretensioso objetivo de colaborar com o estudo científico do tema proposto.

É o que se passa a fazer.

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre material processual. In Temas de direito processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 87.

⁶ Conforme DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm, 2011.

1 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOB A PERSPECTIVA DOS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Historicamente, o negócio jurídico vem sendo estudado de forma mais intensa na esfera do Direito Privado, mais especificamente na parte geral do Direito Civil, como um ramo do *direito das obrigações*. De fato, a definição *inter partes* das regras do jogo é a constituição, modificação ou extinção das suas próprias *obrigações*.⁷

Com a evolução conceitual, sobretudo provocada pela dissolução do Estado Liberal⁸, a autonomia negocial absoluta foi posta em xeque, principalmente pela constatação de relações jurídicas desiguais (com destaque às relações trabalhistas), abalando o princípio segundo o qual todo negócio jurídico válido era aquele firmado entre as partes em situação de paridade negocial.⁹

Com efeito, paralelamente à fragmentação da irrestrita autonomia privada, o Estado passou a interferir de forma mais intensa nas relações jurídicas, definindo e delimitando o âmbito de atuação particular. De outra vertente, admitiu-se que o direito público também passasse a ser objeto de convenção em diversas medidas. Por exemplo: a) nos processos de falência, insolvência e recuperação judiciais; b) conciliação das causas do Estado (art. 10, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001); c) a possibilidade de que não haja reexame necessário em condenações da Fazenda Pública abaixo de mil salários-mínimos para a União (art. 494, §2º do novo CPC); d) a ausência de ajuizamento de

⁷ Conforme abordado no Capítulo 2 deste trabalho.

⁸ “O momento histórico em que surgiu o Código de Napoleão era o da afirmação do homem – entenda-se, da pessoa –, como centro do Direito, daí a preocupação com o prestígio à vontade individual, com a liberdade de contratação, que levou ao *laissez faire* que se mostrou uma nova forma de subjugação, por deturpação, impondo em momento posterior outra visão sobre a regulação das relações jurídicas”. (SOARES, Ronnie Herbert Barros; PASSOS, Josué Modesto. Perspectiva histórica do conceito de negócio jurídico. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado. Negócio jurídico. Quartier Latin, 2013. p. 34).

⁹ MUNÓZ, Alberto Alonso; NERY, Ana Rita de Figueiredo. Fundamentos filosóficos do negócio jurídico. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de (coord.). Negócio jurídico. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 75.

execução fiscal em alguns casos de pequeno valor (art. 20 da Lei n. 10.522/2002; arts. 7º e 8º da Lei 12.514/2011); e) o termo de compromisso para as infrações nos mercados de capitais (art. 11, §5º da Lei 6.385/76); f) a tão famosa delação premiada; g) a transação penal; h) suspensão condicional do processo; i) negociação em improbidade administrativa; j) termos de ajustamento de conduta; etc¹⁰. Enfim, como se vê, o negócio jurídico está presente em variados ramos do direito, seja público ou privado, e não haveria de ser diferente no direito processual civil.

Diante dessa diversidade, indaga-se se é possível imaginar uma teoria *geral* do negócio jurídico. Parece-nos que, fundamentalmente, segundo a Pandectística alemã, notadamente por Savigny e Windscheid¹¹, todo negócio jurídico deve ser composto e interpretado sob a perspectiva de três planos: existência, validade e eficácia. Sob esse prisma, todas as categorias de negócios jurídicos devem conter elementos comuns, que se inserem em uma teoria geral.

¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 545.

¹¹ Destaca-se a importância histórica da escola pandectista, nas palavras de Renato José de Moraes: “A Pandectística começou nos finais do século XVIII e se manteve como escola dominante, pese que com certas modificações na posição de seus sequazes, até os inícios do século XX, quando vários de seus pressupostos acabaram caindo por terra. Contudo, ainda hoje se respira no direito civil dos países da tradição romano-germânica uma série de conceitos e modos de pensar o direito oriundos desta escola, que foi, sem dúvida, em toda a história do direito, uma das que contou com nomes de maior genialidade e importância. A Pandectística tinha a meta de transformar o direito em uma ciência, nos moldes das ciências físicas. Para tanto, o direito devia ser axiologicamente neutro. Além disso, dentro dele seriam utilizados raciocínios puramente lógico-formais, com o emprego do silogismo, através do qual se daria a aplicação da lei geral ao caso concreto.

Lugar fundamental dentro da Pandectística tinha a elaboração ou descoberta dos conceitos jurídicos. A partir destes, poder-se-ia deduzir as soluções; e os conceitos eram tirados, antes da promulgação do BGB, principalmente do Digesto, ou Pandectas, de Justiniano. Com o Código alemão, que começou a vigorar em 1900, é da norma legal que os pandectistas poderão extrair os conceitos nos quais se baseiam as sentenças. Como se vê, trata-se de um trabalho “científico”, no sentido que era usado este termo nos séculos XVIII e XIX.

Fica clara a influência da Escola do Direito Natural nos pandectistas: ainda que fossem contra a idéia de um direito natural válido em todos os lugares, eles fizeram praticamente o cerne de seu movimento a busca da racionalização do direito. Enquanto os jusnaturalistas procuraram extrair todo o direito da natureza individual do ser humano, os pandectistas o extrairão dos textos romanos e, num segundo momento, das leis civis alemãs”. (MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 729. São Paulo: RT, 1996. p. 679.

No momento oportuno, trataremos, ainda que brevemente, da aplicabilidade da *escada ponteana* no processo civil, concebida exatamente a partir daqueles três elementos. Afinal, se havemos de considerar uma teoria geral dos negócios jurídicos, é indefectível que a teoria de Pontes de Miranda seja lembrada, porquanto sua contribuição não está adstrita ao direito privado. Com efeito, tem-se como certo que os fatos jurídicos em geral subdividem-se nos três planos já mencionados.¹²

Segundo Mirna Cianci e Bruno Lopes Megna, “o art. 190 do Novo CPC não inovou nesta teoria geral dos negócios”, o que seria mais uma razão para se afirmar que trata de verdadeiro negócio jurídico. Ainda, afirmam os autores que não há nenhuma diferença ontológica entre os negócios jurídicos que versam sobre direitos processuais, e os negócios que costumam ser estudados com mais frequência, que são os que versam sobre direito materiais.¹³

De fato, é sob essa perspectiva que nossa pesquisa desenvolve-se. Neste primeiro momento, entendemos ser necessário um enquadramento conceitual dos negócios jurídicos processuais, o que compreende uma tentativa de localização do tema dentro do ordenamento jurídico, da sistemática processual e da teoria dos negócios jurídicos de um modo geral.

Neste primeiro Capítulo, pretendemos situar a temática no contexto dos fundamentos do direito processual civil, afinal, todo instituto processual deve ser regido não exclusivamente pelo respectivo Código, mas também por superiores normas constitucionais inerentes ao direito processual constitucional e centrado nas normas relativas ao exercício da *Jurisdição, processo, ação e defesa*.

¹² Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 21.

¹³ CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no Novo CPC: pontos de partida para o estudo. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 487.

1.1 A ideia de jurisdição e o direito processual civil sob uma nova perspectiva

A concepção do direito processual civil como ramo do direito público é fruto da superação do Estado liberal, com o fortalecimento do Poder Estatal em suas variadas funções. Segundo Carlos Alberto Bittar Filho, *“a superação do Estado liberal se dá com o surgimento do Estado de serviço, que emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das consequências mais penosas da desigualdade econômica e social, devida ao liberalismo puro”*.^{14 15 16}

¹⁴ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: dos poderes do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. pp. 13, 14.

¹⁵ Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, “embora as codificações sejam fruto das ideias liberais, a legislação processual, em vários países, passou a receber a influência de Franz Klein e do código austríaco de processo civil, em cujas regras predominava a prevalência do interesse público, o publicismo do processo, os poderes instrutórios do juiz, a busca da verdade e a promoção da efetiva igualdade das partes no processo”. (Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 36).

¹⁶ Rafael Sirangelo aponta três fatores principais que influenciaram na derrocada na ideologia liberal no processo civil: “Uma série de transformações operadas ao longo do século XIX na Europa proporcionaram as condições para que se começasse a questionar a opção ideológica liberal no âmbito do processo. Esse movimento se deu basicamente em três frentes: fatores práticos, teóricos e ideológicos. Sua conjugação deu azo, já na passagem para o século XX, ao surgimento de um novo modelo institucional de processo, o da ZPO austríaca, obra de Franz Klein, cuja base conceitual se insere nesse ambiente de questionamento ideológico ante a hegemonia do modelo liberal.

Do ponto de vista técnico, a prática demonstrava que um processo gerido e controlado pelas partes era estruturado para que durasse muito. O problema da duração excessiva do processo, assim, voltava à tona como preocupação central dos operadores. Um processo longo e custoso (em razão do formalismo e da complexidade do procedimento) resultava um processo adequado apenas para pequena parte da população.

No entanto, mais do que os aspectos técnicos do procedimento, foi a alteração das condicionantes culturais (teóricas e ideológicas) europeias o grande fator a contribuir para o surgimento desse novo modelo institucional de processo.

Como bem ressalta Tarello, do ponto de vista teórico, o método exegético é colocado em xeque a partir da metade do século XIX. A história aparece como instrumento de construção dogmática. Os dados históricos inseriam elementos de incerteza na doutrina e induziam a um pensamento crítico acerca do direito posto. A história aparece muitas vezes como elemento justificativo (por vezes forçado) de determinados institutos. Trata-se de uma renovação do próprio método científico. Em paralelo, pela primeira vez surgem doutrinadores preocupados em fornecer respostas aos problemas, uma ciência com caráter propositivo.

Ao lado disso, os estudos da doutrina germânica alteram o foco de atenção do fenômeno processual, acenando para seu caráter publicístico. A preocupação de construção sistemática dos institutos processuais e a teoria do processo como relação jurídica autônoma oxigenam os estudos na área. Como bem ressalta Mitidiero, “com a obra de Oskar Bülow, e a partir dela, o processo deixa de ser mero procedimento, convertendo-se na abstrata relação jurídica que obedece a pressupostos próprios de existência e validade”.

Segundo Antonio do Passo Cabral, se compreendemos a organização estatal, em sua gênese, como uma tentativa de garantir a esfera intangível do indivíduo e propiciar agregação social, os dois vetores direcionais em torno dos quais a atividade estatal gravita são a *ordem* e a *autonomia individual*.¹⁷ É o ideário filosófico-político da sociedade que determinará o espectro de atuação e limitação estatal.

Há, portanto, uma *summa divisio* do direito estabelecida por duas ordens distintas, pelas quais se considera direito público como o direito do Estado, destinado a tutelar os interesses gerais. De outro lado, o direito privado como o direito dos individuais e inatos do homem.¹⁸

No Estado Liberal, há uma concentração de esforços para divisar as fronteiras entre direito público e direito privado. Na construção do Estado de Direito, tratava-se de delimitar as esferas de atuação do Estado e do particular, a fim de resguardar a liberdade diante do exercício da autoridade.¹⁹

Já no Estado Social, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, a relação entre público e privado inverte-se: ao superdimensionamento do espaço privado sobrepor-se-á a hipertofia do público que tende a se esgotar no Estado. No Estado Social, a dimensão

A ideia do processo como relação de direito público reforça-se e disso deriva uma nova concepção quanto ao papel do juiz que, desempenhando uma função estatal, ganha em importância. Assim, “passa-se da procedura, de inspiração privatística, para um diritto processuale, de cunho publicístico”. O Estado tem o dever de dar uma sentença (e as partes, portanto, tem um direito público subjetivo de alcançá-la).

No plano ideológico, o jurista do final do séc. XIX passa a ter novas preocupações. O indivíduo não é somente um centro de imputação abstrato (igual aos outros) de direitos e de deveres, mas um sujeito que aparece na sua efetiva posição social, econômica e cultural. Como ressalta a doutrina, essa mudança está relacionada “com a chamada ‘socialização’ do direito privado, especialmente no concernente ao papel ativo a ser desempenhado pelo juiz na condução do processo”. (ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado Liberal ao Estado Social e a atualidade de sua discussão. Revista de Processo. Vol. 229. São Paulo: RT, 2014. p. 89-119).

¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da Jurisdição. Revista de Processo. Vol. 115. São Paulo: RT, 2004. p. 345-374.

¹⁸ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinariedade no ensino jurídico: a experiência do direito civil. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (org.). Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 463.

¹⁹ Conforme BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A administração pública entre o direito público e o direito privado. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 3. São Paulo: RT, 2015. p. 31-53.

privada será vista com desconfiança, identificada com o egoísmo, com a própria negativa do exercício da vida pública”.²⁰

O liberalismo extremo é destoadado, pois, das relações sociais cooperativas. Para Antonio do Passo Cabral, ainda hoje a sociedade liberal é formada por indivíduos concebidos como agentes existenciais, radicalmente isolados, egoístas e racionais. São homens e mulheres protegidos, mas divididos por seus direitos e liberdades inalienáveis. O liberalismo, por conseguinte, centra-se em direitos e não em deveres sociais (*rights talk*), baseando-se no ser humano auto-suficiente, no indivíduo racionalmente “escolhedor”, cujo bem maior reside “no conjunto de escolhas racionais”.²¹

Então, constatada a insuficiência do Estado Liberal e a crise do Estado Social, levou-se a construção do *Estado Democrático de Direito*, em contínuo desenvolvimento, cuja ideia central está no pleno exercício da cidadania. Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho:

“esse Estado tenderia a destruir paulatinamente um paradigma, comum aos dois modelos anteriores – o que fazia diluir público no estatal – por meio do resgate da esfera privada e das pretensões de autonomia e liberdade. Se, no paradigma do Estado Liberal e do Estado social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático passam a ser encaradas como complementares, equiprimordiais”.²²

No contexto do Estado Democrático de Direito, o direito processual vem sendo continuamente idealizado e projetado sob influência superior da Constituição. A doutrina vem compreendendo esse fenômeno como a *constitucionalização* do direito, em seus variados ramos. O eixo-valorativo do direito passa a ser constituído sobretudo pela

²⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A administração pública entre o direito público e o direito privado. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 3. São Paulo: RT, 2015. p. 31-53.

²¹ CABRAL, Antonio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da Jurisdição. Revista de Processo. Vol. 115. São Paulo: RT, 2004. p. 345-374.

²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A administração pública entre o direito público e o direito privado. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 3. São Paulo: RT, 2015. p. 31-53.

Constituição Federal, fonte máxima dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.^{23 24} Segundo Ravi Peixoto:

“Menciona a doutrina que esse novo marco teórico tem, por base, três conjuntos básicos de mudanças de paradigmas. O primeiro seria o reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a poder ser aplicada diretamente ao caso concreto, o segundo, a expansão da jurisdição constitucional, como a ampliação da legitimidade no controle abstrato de constitucionalidade e mesmo o aumento da utilização de questões constitucionais no dia a dia do foro e por fim, mudança na própria hermenêutica, com a normatização dos princípios e a sua ponderação no caso concreto como técnica de decisão e, ainda, em casos extremos a própria ponderação de regras”.²⁵

²³ São precisas as palavras de Ada Pellegrini Grinover acerca da evolução científica nacional: “Mas se a ciência processual, conquanto plenamente amadurecida, não fora capaz de moldar um processo que efetivamente servisse à atuação do direito material, tornava-se evidente a exigência de uma postura renovada por parte do processualista. O método técnico-científico, oriundo da Alemanha e da Itália e implantado no Brasil desde os anos 40, já havia levado à edificação de um sistema processual de rigorosa coerência interna, à construção de suas categorias dogmáticas, à elevação destas a princípios gerais. Conquistada a maturidade científica de sua disciplina, era preciso que o processualista se voltasse em outra direção. Assim se fez e, aproximadamente a partir dos anos setenta, o processo brasileiro tomou novos rumos: primeiro os estudos constitucionais, em que as atenções se voltaram para o lado jurídico-constitucional, como resultante das forças políticas e sociais de determinado momento histórico; com isso, a transformação do processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento ético de atuação da justiça e de garantia da liberdade; a partir desta visão externa, a percepção da necessidade da plena e total aderência do sistema processual à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos materiais; e, para isso, a visão da técnica processual como instrumento dirigido à predisposição dos meios destinados aos diversos escopos processuais. E assim foi que, sem descurar o cientificismo do processo, os novos processualistas brasileiros deslocaram o eixo de suas preocupações para outros enfoques e posturas, rumo ao instrumentalismo substancial do processo e à efetividade da justiça, quando todo o sistema processual passa a ser visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada um deles. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Revista de Processo. Vol. 46. São Paulo: RT, 1987. p. 60-83).

²⁴ Conforme destaca Artur César de Souza, “a concepção ideológica do processo civil democrático reclama sua estruturação de acordo com uma carta de modelo que consagra os primordiais valores estruturantes de uma determinada sociedade, os quais foram positivados na Constituição.

É na Constituição da República (LGL\1988\3) Federativa do Brasil que se encontrarão os valores que constituem o sentido da soberania popular em uma dada ordem democrática.

Sendo o processo jurisdicional um instrumento de representação do sentido decorrente da soberania popular, essa estrutura funcional deverá ser ordenada, disciplinada e interpretada conforme esses pilares valorativos.

A nova ordem processual brasileira, introduzida pelo Projeto do novo CPC, vem reforçar a ideia de democratização do processo civil nacional ao estabelecer que a fundamentação e legitimação da norma processual encontram-se inseridas no âmbito dos valores incorporados na Constituição da República (LGL\1988\3) Federativa do Brasil. Isso não significa dizer, evidentemente, que a necessidade de democratização do processo civil brasileiro já não existisse ou fosse dependente de preceito infraconstitucional, e que os valores decorrentes da soberania popular sedimentados na Constituição Federal somente teriam aplicabilidade se expressamente inseridos num código processual.

O reforço desse sentido da soberania popular no art. 1.º do novo CPC apenas vem realçar a necessidade de que o processo civil brasileiro deve ser ordenado, disciplinado e suas normas construídas de acordo com os valores fundamentais previstos na Constituição Federal (LGL\1988\3), e nada mais”. (SOUZA, Artur César de. Os princípios e valores constitucionais como diretrizes do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo. Vol. 223. São Paulo: RT, 2013).

²⁵ PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. Revista de Processo. Vol. 219. São Paulo: RT, 2013. p. 89-114.

Na realidade, superada a *summa divisio* entre o privatismo e publicismo, deve ser buscado um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sempre balizados pela conformação constitucional dos direitos fundamentais.²⁶ Essa é a essência de qualquer relação democrática.

Nesse aspecto, o direito processual civil como ramo de direito público é consequência da exclusividade do Estado em tutelar as relações litigiosas (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e da competência privativa da União, prevista no art. 22, I, da Constituição Federal, para legislar sobre matéria processual. Por essa razão, sempre se considerou de interesse estatal a homogeneidade do procedimento judicial.

A ideia de jurisdição como Poder Estatal²⁷, como de fato o é, aliada à concepção de que o processo é o instrumento por meio do qual a própria jurisdição atua, eleva a característica *pública* do processo a um pedestal quase que inalcançável. O extraordinário fortalecimento do Estado conduziu à afirmação da quase absoluta exclusividade estatal no exercício da função pacificadora.²⁸

Abre-se agora a oportunidade de uma certa relativização dessa magnitude estatal na regulação do processo. As convenções das partes sobre matéria processual acabam suavizando a atuação do *Estado de serviço*, devolvendo aos jurisdicionados uma margem de autonomia e liberalidade, aproximando o direito processual da principal característica do direito privado: a liberdade negocial. Segundo Rosa Maria de Andrade Nery, “*as situações jurídicas privadas pautam-se pela igualdade e pela liberdade*,

²⁶ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*. Vol. 4. N.1. Jan-apr., 2013. p. 36-86.

²⁷ “Podemos, assim, afirmar que função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida, mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes”. (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Da Jurisdição – Estado-de-Direito e função jurisdicional*. Doutrinas essenciais de Processo Civil. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011. p. 331).

²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31.

*enquanto as situações jurídicas públicas têm embasamento em princípios diferentes, dos quais os da autoridade e da competência são os marcantes”.*²⁹

Ganha corpo a ideia de que o Poder Jurisdicional pode apoiar-se nos jurisdicionados para maximizar a entrega da tutela. A nova legislação amplia a consciência de que o que importa é pacificar, tornando-se irrelevante que a pacificação venha por obra exclusiva do Estado ou por outros meios cooperativos e eficientes.

É possível constatar, ainda, que essa permissão aos particulares veio como uma *segunda etapa* da desvinculação do poder absoluto do Estado disciplinar o processo estritamente pelas normas *positivadas*. Um pouco antes, iniciou-se a exploração dos novos poderes do juiz, ou seja, da postura ativa do juiz, principalmente na atividade instrutória, tema esse de absoluta relevância e de permanente estudo.

Indubitavelmente, o CPC/1973 tem o juiz como figura principal na relação jurídica processual. Prevaleceu o modelo publicístico de processo, ao conferir à figura do juiz poderes significativamente maiores para a condução do processo em comparação aos das partes.³⁰ As diversas reformas implantadas no CPC/1973 ampliaram os poderes de que dispõe o juiz, dando-lhe certa margem de flexibilizar o procedimento. Tem-se, aqui, a figura do juiz ativo, participativo e principal sujeito da relação jurídica processual.

Nessa nova dimensão que toma o processo civil, com a possibilidade de autorregramento da vontade, não mais temos o juiz como figura central. Isso não significa, todavia, que o processo perdeu seu caráter publicístico. Em nosso sentir, apenas se relevou a necessidade de cooperação entre os sujeitos. Vejamos, de um lado a visão publicística do processo civil continua a justificar-se pelo fato de caber ao juiz corrigir e suplantar,

²⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 172.

³⁰ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 271.

fazendo uso dos poderes que lhe foram atribuídos pela lei processual.³¹ De outro, também se constata a ampliação da liberdade privada, concedendo-se às partes certa margem de liberdade procedimental: o equilíbrio dá-se justamente na *cooperação* entre todos os sujeitos processuais, o que nos permite concluir pela existência de um sistema híbrido.

Leonardo Greco, em precursor artigo publicado na obra em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, escreveu sobre “*Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões*”. Observou o autor que a concepção publicística do processo relegou ao segundo plano a reflexão acadêmica sobre os limites da autonomia das partes em determinados atos processuais.^{32 33}

Nessa perspectiva, a autonomia da vontade das partes encontra amparo também no interesse estatal. Conforme Flávio Luiz Yarshell, “*é preciso considerar que o processo continua a ser instrumento a serviço do Estado, isto é, para atingir objetivos que, embora também sejam das partes, são públicos: atuação do direito objetivo, pacificação social (pela eliminação da controvérsia) e afirmação do poder estatal*”.³⁴

Evidentemente, a tutela jurisdicional continua pertencendo ao Estado. Com efeito, determinadas disposições procedimentais privadas não alteram de nenhuma forma o caráter público do processo, sobretudo porque a jurisdição é “*uma das expressões do*

³¹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.

³² GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 290.

³³ De outro lado, há tempos James Goldschmidt destacava que o fato de haver normas que possibilitem às partes dispor sobre direito processual, não explica a classificação deste ramo como direito público: “la calificación del Derecho procesal como público no puede explicar que haya tantas normas dispositivas em el Derecho procesal. Pero cuando, por el contrario, se concibe el Derecho procesal como un complejo de promesas y amenazas, cuya realización depende de la verificación u omisión de un acto de la parte, se comprende que el Derecho procesal, en ciertos casos, deje al libre arbitrio de las partes el influir la situación procesal desviándose de las normas legales”. (GOLDSCHMIDT, James. Teoría general de proceso. Barcelona: Labor, 1936. p. 70).

³⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 64.

*poder estatal, poder esse através do qual se decide e se impõem decisões e que se exerce através do processo”.*³⁵

O fato de ser o direito processual essencialmente público não lhe retira a margem de liberalidade que se propôs no NCPC. Aliás, essa condição era, provavelmente, a maior justificativa para a repulsa doutrinária, conforme destaca Antonio do Passo Cabral:

“a literatura processual sempre foi muito arredia em admitir os negócios jurídicos processuais, utilizando-se de vários argumentos: por ser ramo do direito público, no processo só haveria normas cogentes; a fonte da norma processual seria apenas a regra legislada; qualquer negócio envolveria necessariamente prerrogativas do juiz; e, para o que nos interessa no presente trabalho, que não haveria espaços de consensualidade ou convencionalidade no direito público, e portanto no processo”.

A ideia central dos negócios processuais insere-se na convivência mútua entre a autonomia das partes e o Estado-Juiz. O exercício da Jurisdição deve, no contexto do Estado Democrático de Direito, harmonizar-se com a participação cooperativa dos sujeitos. Temos duas linhas imaginárias: a primeira é composta pelos poderes do juiz; a segunda, pela liberdade negocial privada. O ponto convergente é exatamente a consolidação do processo civil concebido democraticamente. Segundo José Rogério Cruz e Tucci:

“A moderna concepção publicística do processo civil não implica dilatação do poder estatal, mediante o exercício ilimitado da atividade jurisdicional, mas, sim, pressupõe a existência de um juiz, independente e imparcial, na direção dos atos processuais, seguindo normas legais predispostas, tendentes a tutelar direitos que reclamam proteção, submetidos à cognição do Poder Judiciário por exclusiva iniciativa dos respectivos titulares ou de quem é legitimado a agir em nome próprio defendendo interesses alheios. Viceja destarte a instrumentalidade do processo como vetor institucionalizado em prol da efetivação do direito material.”³⁷

³⁵ AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006. p. 9.

³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 541.

³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário. Revista de Processo. Vol. 242. São Paulo: RT, 2015. p. 49-67.

A realidade que se mostra diante da nova legislação é, portanto, *híbrida*: de um lado, a autonomia privada prevista pelo NCPC não tem energia suficiente para retirar o caráter essencialmente público do processo; por isso mesmo, de outro, as normas processuais continuam em sua grande maioria sendo de natureza cogente, mantendo-se o interesse estatal em preservar a essência pública do processo. É possível, sim, a convivência estável e harmônica entre as duas esferas.

1.2 Direito de ação e a contribuição dos negócios processuais para assegurar a tutela jurisdicional adequada

Atribui-se a Oskar Von Bulow a paternidade do Direito Processual como um ramo autônomo^{38 39}, independente das relações de direito materiais. Na clássica obra *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*⁴⁰, a concepção da relação jurídica *processual*, com características e elementos particulares, foi sobrelevada.

³⁸ Segundo Cassio Scarpinella Bueno: “A doutrina reconhece sem maiores discussões ser a obra de Oskar Von Bulow, *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, que veio a público em 1968, o marco histórico da emancipação do estudo científico do direito processual civil. Foi nela, com efeito, que o autor alemão identificou a natureza jurídica do processo como algo distinto da natureza jurídica daquilo que está contido nele ou que é veiculado por ele. Uma realidade jurídica é o processo; outra, bem diversa, é o direito material (controvertido) inserido nele”. (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. Vol. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 78.

³⁹ “A chamada revisão dogmática do direito processual civil iniciada na Alemanha no último quartel do século passado, com a obra de Oskar von Bülow, em 1868 e, em seguida, com a obra de Adolfo Wach, em 1885. Aquêlê tratou das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais, identificando a relação jurídica processual como conceito nuclear à ciência do processo; este, em obra menos original, é verdade, mas de densidade incomparavelmente maior, lançou as sementes e os pilares sobre que se erigiu, fundamentalmente tôda a dogmática posterior”. (ARRUDA ALVIM. Substituição processual. Doutrinas essenciais de processo civil. Vol. 3. São Paulo: RT, 2011. p. 435).

⁴⁰ BULOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais* (trad. GAMA, Ricardo Rodrigues). São Paulo: LZN, 2005.

Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, a história do direito processual inclui três fases metodológicas fundamentais, assim explicadas pelos autores:⁴¹

a) *Sincretismo*: até meados no século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, *direito adjetivo*, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A *ação* era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da *relação jurídica processual* em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período do *sincretismo*, que prevaleceu das origens até quando os alemães começara a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.⁴²

b) *Autonomista*: foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos. Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão

⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31.

⁴² No período clássico do direito romano, o resultado do litígio dependia da *actio* concedida ao autor pelo Pretor, que foi adquirindo com o passar dos tempos também um significado material. O monismo - a existência de um só plano, que abrangia tanto o direito material quanto o processual - era evidente porque a *actio* caracterizava ao mesmo tempo "o direito privado que era prometido com a fórmula e o ordenamento que lhe estava subjacente, para exigir do demandado o seu cumprimento e, caso necessário, promover sua realização mediante o processo e a execução".⁷ Na perspectiva do direito romano, a pretensão privada, para cuja realização a *actio* era outorgada, não aparecia como um direito subjetivo totalmente constituído. Via-se nela, pura e simplesmente, o reflexo da tutela jurídica inaugurada com a admissibilidade da *actio*.

puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.

c) *Instrumentalista*: é a fase em curso. Caracterizada por ser eminentemente crítica, agregou-se de interesses diversos para a consecução de sua matriz ideológica. O direito processual constitucional, como método supralegal no exame dos institutos do processo, abriu caminho, em primeiro lugar, para o alargamento dos conceitos e estruturas e superamento do confinamento de cada um dos ramos do direito processual. Acrescentam que no decorrer dessa fase, ainda em andamento, tiveram lugar *três ondas reformatórias*, a saber: a) uma consistente nos estudos para a melhoria da *assistência judiciária* aos necessitados; b) a segunda voltada à tutela dos *interesses supra-individuais*, especialmente no tocante aos consumidores e à rigidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.).

Apesar de ter sido no período autonomista que o direito processual ganhou relevo científico, verifica-se que é no período atual (instrumentalista) que o direito de ação descobriu seu verdadeiro objetivo⁴³: viabilizar, através do devido processo legal, o acesso

⁴³ Conforme Luiz Guilherme Marinoni: “Na época do Estado liberal, o direito de ação, quando finalmente visto de forma dissociada do direito material, foi concebido como direito de pedir à Jurisdição a realização do direito material que fora negado pelo obrigado. Nesta dimensão, o direito de ação, embora já definido como um direito dirigido contra o Estado, era visto apenas como uma garantia da efetividade das posições substanciais outorgadas aos cidadãos pelo Estado burguês. O direito de ação, em outras palavras, apenas tinha sentido como garantia da proteção da liberdade, da propriedade e, ainda, da manutenção do funcionamento dos mecanismos de mercado, através da outorga do equivalente em dinheiro ao credor que não tivera o seu direito de crédito adimplido”. MARINONI, Luiz Guilherme. O direito e ação como direito

à Justiça para obter o correspondente direito material pretendido. Assim, conforme bem observam Rodrigo Mazzei e Barbara Chagas, “o *Direito Processual não pode ser tratado sem a noção de sua função, que deve ser vista a partir da correta concepção de efetivação do Direito Material*”.⁴⁴

Essa tentativa de aproximação entre o processo do direito material, recuperando sua função instrumental, de modo que o instrumento se amolde às necessidades do objeto que lhe cabe tornar efetivo, é tarefa quase sempre difícil para os juristas fiéis ao *paradigma* dominante.⁴⁵

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

“A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental de ação dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção do direito material.

Como o direito fundamental de ação incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz. Se tal direito fundamental, para ser realizado, exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a tutela dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e ao direito fundamental de ação. Assim, para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar os direitos – e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental de ação, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional ou da insuficiência de proteção normativa ao direito fundamental de ação”.⁴⁶

O direito de ação e o modelo processual não mais devem ser tratados isoladamente, mas têm que ser sobrelevado no contexto constitucional. Nesse sentido, leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

fundamental (consequências teóricas e práticas). Revista dos Tribunais, vol. 873. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 11-30.

⁴⁴ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Barbara Seccato Ruis. Os negócios processuais e a arbitragem. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 522.

⁴⁵ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3 ed. Forense, 2007. p. 159.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito e ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). Revista dos Tribunais, vol. 873. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 11-30.

“Consideradas essas premissas, mostra-se inadequado continuar a pensar as relações entre o direito material e o processo em termos de ação de direito material, conceito que só tinha razão quando ainda não estava suficientemente maduro o arcabouço dos direitos fundamentais e a constitucionalização que se seguiu. Mais ainda: impõe-se prestar atenção à idéia de tutela jurisdicional, mais consentânea com os valores imperantes em nossa época, especialmente aqueles consagrados no plano constitucional.”⁴⁷

O diálogo processual é uma característica de primeira importância para a concretização da tutela jurisdicional. Sob essa premissa, Rodrigo Mazzei e Barbara Chagas observam que:

“A evolução do processo civil no ordenamento jurídico brasileiro direciona para a flexibilização do procedimento, em prol da efetividade do processo enquanto instrumento concretizador de direitos. Nesse sentido, deve-se superar a dicotomia entre público e privado, para melhor explorar os interstícios entre esses dois ramos, na construção de um direito intermediário”.⁴⁸

Nesse contexto, a flexibilização procedimental pode partir da iniciativa do juiz e pelas próprias partes. A adaptação procedimental à situação concreta é mecanismo essencial dessa nova postura, que deve ser exercida através de um responsável diálogo entre os sujeitos envolvidos na lide.

Entre as partes, a possibilidade de flexibilizar o procedimento foi ampliada pelo NCPC, sobretudo pela cláusula geral estabelecida em seu art. 190. Nesse sentido, afirma Rafael Sirangelo Abreu:

“O legislador, por meio do uso de técnica legislativa aberta, outorgou às partes o poder de ‘estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre o seu ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo’ (*caput* do art. 190), sem especificar, entretanto, as hipóteses específicas em que o uso dessa prerrogativa será possível ou não, traçando limites abstratos”.⁴⁹

⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. Revista dos Tribunais. Vol. 836. São Paulo: RT, 2005. p. 11-33.

⁴⁸ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Barbara Seccato Ruis. Os negócios processuais e a arbitragem. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 536.

⁴⁹ ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 204.

Essa evolução é mais perceptível ao juiz, pois historicamente viu-se uma alternância de atribuições e poderes. Como se sabe, a preocupação do Estado liberal clássico era garantir a liberdade dos cidadãos através de uma rígida delimitação dos poderes de intervenção na esfera jurídica privada⁵⁰. Essa ideologia é refletida na obra de Montesquieu⁵¹, resumindo a atuação judicial pela conhecida expressão *“bouche de la loi”*. Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

“O direito liberal clássico estava preocupado com a defesa da liberdade do cidadão em relação ao Estado. É por isso que, diante do direito constitucional de origem liberal-burguesa, pensava-se em direito de defesa apenas em relação ao Estado. Nessa época, ao contrário do que ocorre hoje, o Estado era visto na qualidade de ‘inimigo público’. Em razão disso, imaginava-se que, para a preservação da liberdade, seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como uma intromissão indevida”.⁵²

Nessa época, o direito processual era extremamente individualista, pois prevalecia a vontade privada sobre o interesse público.⁵³ Já o Estado Social, conforme Trícia Navarro Xavier Cabral, *“reclama uma verdadeira e efetiva participação do ente público na pacificação dos conflitos, e vem representado no processo pelo Estado-juiz, que deve garantir aos jurisdicionados não só a realização do direito material, mas a própria justiça no caso concreto”*.⁵⁴

Com uma visão cada vez mais publicista do processo civil, coube ao juiz fazer uso dos poderes que lhe foram atribuídos pela lei processual para implantar uma tutela jurisdicional efetiva. Assim, muito mais que um poder, constitui um dever do

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 29.

⁵¹ MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 32.

⁵³ Cf. GOMES, Sérgio Alves. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil. Forense: Rio de Janeiro, 2001. p. 26.

⁵⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 21.

magistrado buscar de todas as formas possíveis entregar a tutela jurisdicional adequada.⁵⁵

Nesse sentido, leciona Sidnei Amendoeira Jr.:

“adotada uma postura publicista de processo e de seus escopos, importante observar que a legitimação do provimento final não depende apenas da observância pelo juiz das limitações que lhe são impostas pelo procedimento e pelas garantias constitucionais. O que se busca é algo mais: a entrega plena, efetiva e tempestiva desse provimento”.⁵⁶

Paralelamente à evolução conceitual da tutela jurisdicional, constantes alterações legislativas foram concebidas ao longo dos últimos vinte anos, sobremaneira com a instituição da tutela antecipada. Isso porque *“o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos”*.⁵⁷

Para realizar essa reaproximação entre direito material e processual, necessariamente foi preciso ampliar os poderes do juiz, desvinculando-o da restrita literalidade. Certamente, conforme destaca Luiz Guilherme Marinoni:

“não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades da vida das pessoas”.⁵⁸

Sob essa ótica, a adequação procedimental é mais do que uma faculdade ao juiz: é um dever. Segundo Sidnei Amendoeira Jr.:

“O juiz é titular de situações jurídicas integradas, que não são verdadeiramente ativas ou passivas, aquilo que o juiz pode fazer, também deve fazê-lo; poder no

⁵⁵ Nesse sentido: AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2.

⁵⁶ AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 22.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 173.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 173.

sentido de que ao ato as partes se submeterão e dever no sentido de garantir o equilíbrio do sistema e obter os resultados desejados. Enquanto for observado o equilíbrio do sistema e obter resultados desejados, estará o magistrado exercendo, legitimamente, o poder estatal, ou seja, exercendo esses poderes/deveres de forma equilibrada, estará o magistrado preparando legitimamente o ato final do processo”.⁵⁹

O direito de ação não pode ser reduzido a um simples direito à resolução do litígio ou de obter sentença que julgue o mérito. O direito de ação depende de prestações estatais que removam os obstáculos econômicos ao acesso à justiça, bem como torna ilegítima e nula toda e qualquer atuação estatal capaz de obstaculizar o seu exercício.⁶⁰

Há que se compreender que o juiz exerce a jurisdição por completo quando lhe é permitida a atividade ponderativa como técnica intelectual, que se traduz numa avaliação recíproca da atendibilidade dos interesses protegidos em conflito, de modo a decidir motivadamente. O direito de ação somente estará integralmente garantido se respeitada a vontade das partes, nos limites, obviamente, da possibilidade.

Segundo Mauro Cappelletti, a expressão *acesso à Justiça* serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Para tanto, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.⁶¹

O acesso à Justiça não está limitado ao pedido de proteção jurisdicional. O direito de ação é muito mais amplo que o mero acesso ao Judiciário. É o direito à realização do direito próprio direito material através da tutela jurisdicional. Com efeito, o

⁵⁹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 21.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito e ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). Revista dos Tribunais, vol. 873. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 11-30.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 8.

resultado do seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquele que produziria a atuação das normas substantivas.⁶²

1.3 Processo e procedimento: objeto das convenções processuais

Para Carnelutti, o processo é “*um conjunto de atos dirigidos à formação ou à aplicação dos preceitos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração para tal finalidade das pessoas interessadas (parte) com uma ou mais pessoas desinteressadas*”.⁶³

É de Carnelutti a concepção atual do processo como um *método*, um instrumento estatal para a resolução de conflitos. Segundo Cassio Scarpinella Bueno:

“o *processo*, que é *método* de atuação do Estado, no sentido de *técnica* que deve ser utilizada pelo Estado-juiz para prática e exteriorização de sua ‘vontade’ (uma vontade vinculada a determinados fins preestabelecidos, uma ‘vontade funcional’, em sentido técnico, portanto), de seus atos em cada caso concreto, é forma de garantir que este equilíbrio entre ‘meios’ e ‘fins’ seja adequadamente alcançado. Seja porque é *técnica* de colocar lado a lado a autoridade estatal (o magistrado) e os destinatários diretos e indiretos do ato a ser praticado, seja porque à autoridade estatal (o magistrado) o dever de atuar publicamente e motivadamente. O processo, deste prisma de análise, garante o indispensável equilíbrio entre ‘autoridade’ e ‘liberdade’; garante o equilíbrio entre os seus ‘resultados’ e a ‘técnica’ que o impõe e o que justifica um modelo de Estado como o brasileiro”.⁶⁴

À forma exterior do desenvolvimento processual, dá-se o nome de procedimento, caracterizado pelo encadeamento sucessivo de atos a serem praticados pelos sujeitos. Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco:

⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. Revista de Processo. Vol. 31. São Paulo: RT, 1983. p. 199-209.

⁶³ CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. Vol. 1. Campinas: Servanda, 1999. P 71-72.

⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. Vol. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 84.

“o procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”.⁶⁵

De fato, o processo pode ser visto como método para o correto exercício do poder. Acrescenta-se que, das teorias explicativas do que consistiria o processo, a mais conhecida é a que o trata como uma *relação jurídica*, diferente do direito material e disciplinada pelo Direito Público. Trata-se de um conceito *estático*.⁶⁶

Conforme lecionam Sérgio Shimura, Anselmo Prieto Alvarez e Nelson Finott Silva, “a relação jurídica processual pode ser entendida como o vínculo que une o autor de uma demanda, como titular do direito de ação, ao juiz, como prestador da tutela jurisdicional, e ao réu, como suposto ofensor de um direito material, visando viabilizar a discussão da lide e a aplicação da jurisdição”.⁶⁷

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “para abranger o aspecto dinâmico do processo, inerente à sua natureza, outros criaram uma teoria que vê no processo um ‘procedimento qualificado pelo contraditório’ (...). Estes atos que compõem o procedimento são ordenados lógica e cronologicamente, com o objetivo de conduzir a um determinado resultado final. Nesse procedimento ‘especial’, que é o processo, deve haver necessariamente o contraditório”.⁶⁸

⁶⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 301.

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentos do processo. Revista dos Tribunais. Vol. 855. São Paulo: RT, 2007. p. 11-29.

⁶⁷ SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Método, 2013. p. 85.

⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentos do processo. Revista dos Tribunais. Vol. 855. São Paulo: RT, 2007. p. 11-29.

Nesse contexto, ganha corpo a ideia de contraditório como diálogo processual. Mais do que se possibilitar às partes o duelo, a concepção encapada pelo Novo Código de Processo Civil é de um processo colaborativo, traduzido pelo princípio da cooperação entre todos os sujeitos processuais. Desse diálogo, há que se obter uma tutela jurisdicional lapidada, completa e precisamente substitutiva. Nesse sentido, leciona Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Ao contraditório, todavia, contemporaneamente, a doutrina tem atribuído uma outra dimensão, decorrente da necessidade de que o efetivo diálogo havido entre as partes se reflita na motivação da decisão.

De fato, careceria de sentido se afirmar que as partes têm direito a exercer o contraditório, mas que inexistente a contrapartida de o juiz ter que se manifestar sobre as provas produzidas e sobre os argumentos deduzidos por aquelas.

Esta é a ‘participação’ do juiz no contraditório: encampar, na motivação da decisão, os argumentos deduzidos e os fatos comprovados pelas partes.

O juiz não pode simplesmente ‘escolher’ as questões sobre as quais quer manifestar-se. O fato de o juiz se manifestar expressamente sobre o material fruto do exercício do contraditório é a garantia que as partes têm de que participaram do convencimento do juiz. A contraposição gerada, no mais das vezes, pelo exercício do contraditório, só ganha sentido e razão de ser quando submetida à apreciação de um terceiro imparcial, pois que na tensão do contraditório se terão desincumbido as partes de persuadir o magistrado”.⁶⁹

É de Elio Fazzalari o conceito de processo como um procedimento realizado mediante o contraditório. Para o autor, a estrutura dialética do procedimento é o exercício do próprio contraditório. Assim, define-se o processo pelo caminho de formação de um ato (sentença) com a participação não apenas do autor, mas de todos os seus destinatários, *em contraditório*.⁷⁰

Para os objetivos deste trabalho, devemos ter em mente que conceito de processo não apenas como mero instrumento, mas também como relação jurídica compreendida pelo contraditório, no sentido literário da *prosa*: uma narração interativa entre seus personagens.

⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentos do processo. Revista dos Tribunais. Vol. 855. São Paulo: RT, 2007. p. 11-29.

⁷⁰ FAZZALARI, Elio. Istituzioni di Diritto Processuale. 2 ed. Padova: Cedam, 1979. p. 30.

A segunda análise desses institutos (processo e procedimento) insere-se de forma mais aguda no tema da pesquisa. Considerando os conceitos fundamentais acima (que, ressalva-se, estão longe de serem tratados uniformemente pela doutrina), devemos compreender o que pode ser objeto de negócio processual. Ou seja, as partes podem convencionar sobre matéria processual ou somente procedimental?

Há uma margem de contrassenso afirmar que as partes poderiam convencionar matéria processual no caso determinando, sendo que é da competência privativa da União, prevista no art. 22, I, da Constituição Federal, legislar sobre processo. Assim, para Bruno Garcia Redondo, "a flexibilização procedimental pelo juiz e pelas partes tem como objeto o *procedimento*, isto é, as *normas procedimentais*, jamais o processo".⁷¹

De fato, à primeira vista, pode parecer incompatível – e até mesmo inconstitucional – admitir-se que os sujeitos tratem, por mera disposição, de matéria restrita à União. O art. 190 do NCPC, tido como a cláusula geral de atipicidade dos negócios processuais, dá ampla liberdade para celebração de convenções. Não é possível apenas como fulcro nesse dispositivo especificar a identidade dos negócios processuais nem dos seus possíveis objetos.

Contudo, em uma análise pragmática dos negócios processuais típicos, como faremos a seguir, podemos constatar que essas convenções tratam em sua grande maioria de matérias eminentemente processuais. Vejamos: eleição de foro, aditamento ou alteração de pedido, distribuição do ônus da prova, sucessão processual do adquirente ou cessionário etc etc. A natureza jurídica desses institutos está ligada ao próprio processo, não ao seu procedimento.

⁷¹ REDONDO, Bruno Garcia. Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2013. p. 69.

Sob essa perspectiva, os negócios processuais colocam em dúvida o sistema até então concebido, porquanto, além de propiciar o questionamento acerca da dicotomia público-privado, acaba por colocar em xeque a exclusividade legislativa sobre matéria processual.

Caímos, aqui, em mais um tema de extrema dificuldade conceitual, que está intimamente ligado ao objeto da pesquisa: o que é ordem pública? Mais: é possível às partes convencionarem sobre matéria de ordem pública.

Segundo Arlete Inês Aurelli, *“entende-se como sendo matéria de ordem pública aquela cujo vício não atinge só o puro interesse particular das partes, e sim o interesse de toda a coletividade, de toda a ordem jurídica, ou seja, o interesse público. É justamente por isso que pode e deve ser conhecida independentemente da alegação das partes. As nulidades absolutas de índole processual se incluem no rol das matérias de ordem pública”*.⁷²

Pois bem. É salutar, para a compreensão do andamento da pesquisa e do próprio raciocínio legislativo, lembrarmos alguns conceitos determinantes. Adiantamos que, em nosso sentir, em momento algum as partes poderão dispor sobre temas reservados à chamada ordem pública.

Valemo-nos das pontuais lições de Nataly Campitelly Roque. Para a autora, de uma forma geral, a ordem pública é adotada como critério de interpretação de normas, com a finalidade de conformar a significação a ser dada à norma com os ditames considerados fundamentais à sociedade e para o bem de toda a comunidade.⁷³

Especificamente no Direito Processual Civil:

⁷² AURELLI, Arlete Inês. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial - desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*. n. 89. São Paulo: RT, 1998. p. 267-280.

⁷³ ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil – as questões de ordem pública. *Revista dos Tribunais*. vol. 908. São Paulo: RT, 2011. p. 263-291.

“ordem pública processual se expressa pelo franqueamento do acesso à justiça e pela limitação dos poderes do juiz e das partes por lei, devendo-se encarar os limites impostos menos como obstáculos, mas com o fim de alcançar a satisfação do direito demonstrado pelo pleiteante. Por isso, a ordem pública processual impõe o aproveitamento dos atos processuais defeituosos caso sua retificação possa proporcionar o resultado útil da atuação jurisdicional”.⁷⁴

Conclui a autora que, *“no âmbito do direito processual civil, a ordem pública se volta a garantir o amplo acesso à Justiça, assegurados os ditames da legalidade no processo, a fim de afirmar este último como garantia fundamental do jurisdicionado, traçando limites claros à atuação do poder estatal, que deve agir de forma célere e efetivar o direito reconhecido ao pleiteante”*.⁷⁵

A problemática insere-se, aqui, no caráter das normas de ordem pública, que, por sua própria natureza, são impositivas. Segundo Nataly Campitelly Roque, *“podemos dizer que, em termos de estrutura lógico-normativa, as normas que impõem comportamentos, chamadas comumente de impositivas, têm em sua estrutura a proibição ou obrigatoriedade, enquanto as normas que autorizam a opção entre comportamentos, ou normas permissivas, contém em sua estrutura a permissão”*.⁷⁶

A característica principal das normas impositivas será, portanto, a presença de uma proibição ou uma obrigatoriedade de comportamento em seus preceitos. As normas de ordem pública, por serem impositivas, têm a característica normativa que melhor se conjuga ao conteúdo das normas de ordem pública será a presença dos modais *proibido e obrigatório* em sua estrutura lógica. Sendo assim, as normas dispositivas não se adequam a expressar a impositividade das normas de ordem pública, já que dão a seus

⁷⁴ ROQUE, Nataly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil – as questões de ordem pública. Revista dos Tribunais. vol. 908. São Paulo: RT, 2011. p. 263-291.

⁷⁵ ROQUE, Nataly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil – as questões de ordem pública. Revista dos Tribunais. vol. 908. São Paulo: RT, 2011. p. 263-291.

⁷⁶ ROQUE, Nataly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil – as questões de ordem pública. Revista dos Tribunais. vol. 908. São Paulo: RT, 2011. p. 263-291.

sujeitos a possibilidade de livremente dispor sobre o tema, caracterizando-as como normas de interesse privado.⁷⁷

No processo civil, *“qualquer situação de fato que obstacule estes ditames estará em desacordo com a normatização da ordem pública processual e necessitará de correção pela via da aplicação de norma jurídica adequada. Daí porque a inobservância da ordem pública no caso concreto gera a questão de ordem pública, ou seja, a necessidade de decisão, prévia à solução do mérito, sobre a legalidade do instrumento processual”*.⁷⁸

Nem todas as normas processuais são de *ordem pública* e talvez esteja aqui a chave para definir o limite das convenções processuais. De um modo geral, podemos afirmar que não podem ser objetos de convenção processual as normas processuais que, quando inobservadas, levam à nulidade absoluta do processo. São essas, de caráter absolutamente impositivo e cogente, que não estão à disposição das partes.

Voltaremos a esse ponto no Capítulo 4, destinado aos negócios jurídicos processuais atípicos.

⁷⁷ ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil – as questões de ordem pública. Revista dos Tribunais. vol. 908. São Paulo: RT, 2011. p. 263-291

⁷⁸ ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil – as questões de ordem pública. Revista dos Tribunais. vol. 908. São Paulo: RT, 2011. p. 263-291.

2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E TERMINOLOGIA: UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR

A análise dos negócios jurídicos processuais, sobretudo para a boa compreensão do seu enquadramento sistemático, deve ser inicializada a partir de estruturas conceituais gerais. Partindo do pressuposto de que os negócios processuais são espécies do gênero *fato jurídico*, mostra-se providencial uma rápida análise dos institutos análogos.

Por razões metodológicas, então, cumpre-nos antes de abordar conceitualmente o negócio jurídico processual, verificarmos alguns conceitos paralelos, indissociáveis para a boa compreensão da temática principal.

2.1. Fatos jurídicos e fatos jurídicos processuais

Segundo Marcos Bernandes de Mello, “*fato jurídico é o resultado do fato concreto da vida que, por ser previsto em hipótese normativa, acaba por ingressar no mundo jurídico, atribuindo-lhe determinados efeitos*”.⁷⁹

Nas palavras de Pontes de Miranda, “*para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que as regras jurídicas – isto é, as normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’*. Algo como a prancha da

⁷⁹ Cf. MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39

*máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais”.*⁸⁰

Com efeito, quando o fato repercute no campo do direito, qualquer que seja a sua origem, é que toma o conteúdo e a denominação de *fato jurídico*.⁸¹

Nessa concepção, segundo Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, a partir da ideia de fato jurídico como produto da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático, separa-se o mundo dos fatos do mundo jurídico. O mundo é o conjunto formado pela totalidade dos fatos: o nascer, o morrer, o chover, o dormir etc. O mundo jurídico é o conjunto delimitado pelos fatos que adquiriram relevância para o direito, em razão da incidência. O direito seleciona fatos e estabelecer a causalidade jurídica, não necessariamente coincidente com a causalidade dos fatos; pela juridicização do fático, o direito adjetiva os fatos para serem considerados jurídicos e assim tecerem o mundo jurídico.⁸²

Classificam-se os fatos jurídicos de acordo com o suporte fático para a incidência da norma. Os fatos jurídicos *lato sensu* podem ser fatos da natureza ou atos humanos. Quando a hipótese de incidência ou o suporte fático tem como elemento um ato humano, pode entrar no mundo jurídico como ato jurídico, negócio jurídico, ato ilícito ou ato-fato.⁸³

O fato jurídico *stricto sensu* é aquele decorrente de fato não humano que possua efeito jurídico previsto. Já os atos que exteriorizam manifestação da vontade humana tornam-se jurídicos quando incidente a norma que o prevê.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Vol. I. Rio de Janeiro: Borsó, 1954. p. 4.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 396.

⁸² DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 27.

⁸³ 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. p. 28.

A processualidade ao fato jurídico pode ser compreendida pela incidência de normas processuais no respectivo fato. Segundo Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, “os fatos jurídicos *lato sensu* processuais podem ser definidos como os eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais”.⁸⁴

Continuam os autores, decompondo analiticamente a definição proposta:

“(a) o universo dos fatos processuais não está adstrito aos atos processuais, pois ganham relevo também os fenômenos da natureza e as condutas avolitivas, positivas ou negativas, relacionadas ao processo; (b) todo fato processual há de pressupor um procedimento a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja eá de pressupor um procedimento a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior, isto é, fora da ‘sede’ processual. Essa contemporaneidade entre o fato e o procedimento não significa simultaneidade, por ser possível a não coincidência, cronologicamente falando, dos dois elementos (v.g., a cláusula compromissória e o posterior ajuizamento da ação, a cessão do direito litigioso quando já pendente o processo); (c) o fato jurídico decorrerá da incidência de uma norma jurídica processual”.⁸⁵

Consideram, então, que no processo é possível cogitar de fatos processuais, em sentido amplo: (a) lícitos, dentro dos quais se inserem (a.1) fatos jurídicos *stricto sensu* processuais, (a.2) atos-fatos jurídicos processuais, (a.3) atos jurídicos *stricto sensu* processuais e (a.4) negócios jurídicos processuais, e (b) ilícitos processuais.⁸⁶

Segundo Marcos Bernandes de Mello, “*todo fato jurídico em que, na composição de se suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico scricito sensu*”.⁸⁷

⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 27.

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 28.

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 38.

⁸⁷ MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 165.

No plano do Direito Processual, também há fatos jurídicos *stricto sensu* processuais, conforme demonstram Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira:

“A morte é o exemplo característico, mas não o único. O evento morte referido a um procedimento existente (v.g. falecimento de uma das partes, ou do advogado de uma delas), gera um fato jurídico processual do qual surgem situações jurídicas processuais (v.g. direito à suspensão do processo, conforme o art. 265 do CPC-1973; NCPC, art. 288, I). A força maior (CPC-1973, art. 265, V, CPC; NCPC, art. 288, V), o parentesco (CPC-1973, art. 134, IV; NCPC, art. 124, IV), a confusão (CPC-1973, art. 267, X; NCPC, art. 472, X) e a calamidade pública, de que pode servir de exemplo umenchenche de grandes proporções (CPC-1973, art. 182, parágrafo único; NCPC, art. 190, parágrafo único) também são exemplos”.⁸⁸

Portanto, caracterizam-se o fatos jurídicos *stricto sensu* processuais por serem decorrentes de eventos afora da conduta humana, mas que produzem efeitos imediatos ou mediatos no processo.

Passando ao suporte fático que contenha ato humano, pode-se classifica-lo juridicamente como *ato jurídico*, *ato-fato jurídico* e *negócio jurídico*, conforme explanado a seguir.

2.2. Atos-fatos jurídicos e atos-fatos jurídicos processuais

Os atos-fatos jurídicos são fatos que, apesar de consequentes da atividade humana, não se leva em conta o elemento volitivo. Como aponta Marcos Bernandes de Mello, “como o ato que está a base da ocorrência do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebo como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, *se houve, ou não, vontade*

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 39.

em praticá-lo”.⁸⁹ Importa, pois, a consequência fática do ato, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade em realizá-lo.⁹⁰

Marcos Bernandes de Mello destaca que no conceito de ato-fato jurídico estão incluídos os atos reais, os casos de indenizabilidade sem culpa e os casos de caducidade sem culpa. Diante dessa percepção, classifica os atos-fatos jurídicos em: atos-reais; atos-fatos jurídicos indenizativos; e atos-fatos jurídicos caducificantes.⁹¹

Os atos reais, também denominados de atos materiais, consistem em atos humanos de que resultam circunstâncias fáticas, geralmente irremovíveis. É o fato resultante que importa para a configuração do fato jurídico, não o ato humano como elemento volitivo. Por exemplo, o absolutamente incapaz que descobre um tesouro enterrado no fundo do quintal de imóvel de seu domínio, adquire-lhe a propriedade, independentemente de ter querido, ou não, descobri-lo.⁹²

Os atos-fatos jurídicos indenizativos, segundo Marcos Bernandes de Mello, configuram-se naquelas situações em que, de um ato humano *não contrário a direito*, ou seja, lícito, decorre prejuízo a terceiro, com dever de indenizar. Nessa espécie, o suporte fático suficiente é composto apenas por dois elementos: *ato não contrário a direito + dano a patrimônio alheio*.⁹³

Por fim, os atos-fatos caducificantes concretizam-se naquelas situações que constituem fatos jurídicos, cujo efeito consiste na *extinção* de determinado direito e, por

⁸⁹ MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 168.

⁹⁰ MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 168.

⁹¹ MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 168.

⁹² MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 169.

⁹³ MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 170.

consequência, da pretensão, da ação e da exceção dele decorrentes, como ocorre na decadência e na preclusão.⁹⁴

O campo processual, conforme observam Fredie Didier Jr. e Pedro Nogueira, é fértil para a prática de atos-fatos processuais, porquanto desconsidera-se a vontade humana para a sua consequência jurídica. Por exemplo: o adiantamento das custas processuais, o preparo, a revelia etc.⁹⁵

Ainda, seguindo a classificação adotada por Marcos Bernandes de Mello, os autores classificam os atos-fatos *processuais* da seguinte maneira: a) *atos-fatos reais*: adiantamento de custas e do preparo (CPC-1973, art. 511; NCPC, art. 961) e o testemunho; b) *atos-fatos caducificantes*: a revelia (CPC-1973, art. 319; NCPC, art. 331) e a *admissão* (CPC-1973, art. 302; NCPC, art. 329) – em verdade, qualquer perda de prazo serve como exemplo; c) *atos fatos indenizativos*: a execução provisória que causou prejuízo ao executado, com superveniente reforma/anulação do título (CPC-1973, art. 475-O; NCPC, art. 506, I), a efetivação da antecipação da tutela e a medida cautelar, que tenha causado prejuízo ao requerido, desde que supervenientemente revogadas (CPC-1973, art. 273, §3º e art. 811; NCPC, art. 273).⁹⁶

Evidentemente, não se pretende esgotar esse tema neste trabalho, sob risco de desvirtuar nosso verdadeiro objetivo. A teoria dos fatos jurídicos processuais certamente merece uma dedicação acadêmica, como está sendo feito na Universidade Federal da Bahia, liderada por Fredie Didier Jr., com as principais conclusões publicadas na obra aqui referenciada.

⁹⁴ MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 172.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 44.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 46.

2.3. Atos jurídicos *stricto sensu* e atos jurídicos *stricto sensu* processuais

São espécies do ato jurídico *lato sensu* o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico. Sobre o gênero, conceitua-se como “o fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu cerne uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”.⁹⁷

Os atos jurídicos *stricto sensu*, que são aqueles nos quais a vontade é relevante para sua existência, embora insignificante para os efeitos, que são previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico e são invariáveis e inexcluíveis. Nessa espécie, a vontade manifestada pelas pessoas apenas se limita à função de compor o suporte fático de certa categoria, sendo que o fato daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariáveis e inexcluíveis pela vontade dos interessados. Vale dizer, seus efeitos são *ex lege*. Novamente recorremos ao pontual conceito de Marcos Bernandes de Mello:

“podemos formular um conceito de ato jurídico *stricto sensu*, como sendo o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas”.⁹⁸

O ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum

⁹⁷ MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

⁹⁸ MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 200.

procedimento. Esse ato pode ser praticado durante o itinerário do procedimento ou fora do processo. A “‘sede’ do ato é irrelevante para caracterizá-lo como *processual*”.⁹⁹

Portanto, conforme observa Leonardo Carneiro da Cunha, “os atos processuais em sentido estrito são manifestações ou declarações de vontade em que a parte não tem qualquer margem de escolha da categoria jurídica ou da estruturação do conteúdo eficaz da respectiva situação jurídica. São, em geral, atos de conhecimento ou de comunicação, como, por exemplo, a citação, a intimação, a confissão e a penhora”.¹⁰⁰

2.4. Negócios jurídicos e negócios jurídicos processuais

O estudo do negócio jurídico é um dos temas mais clássicos da teoria geral do direito e do direito civil. Sua concepção clássica remonta ao início do século XIX, sob a inspiração do Estado Liberal, cuja característica mais notável consistia na preservação da liberdade individual da forma mais ampla possível.¹⁰¹

Basicamente, as teorias em torno do negócio jurídico resumem-se em duas características, a saber: a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*). Para a primeira, o elemento principal do negócio jurídico é a vontade interna dos sujeitos e a declaração é apenas o meio para que se torne conhecida por terceiros.¹⁰²

⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 27.

¹⁰⁰ 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. p. 34.

¹⁰¹ MELLO, Marcos Bernandes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 201.

¹⁰² Savigny, Thibaut, Windscheid e Zitelmann, foram adeptos da teoria da vontade.

A teoria da vontade começou a ser combatida nos anos finais do século XIX em razão da exagerada liberdade particular, o que causaria um grande grau de insegurança nas relações particulares.^{103 104}

A teoria da declaração passou a sustentar que a vontade é apenas a causa do negócio jurídico, e não um elemento integrante deste. O que compõe o negócio jurídico é uma declaração (a declaração negocial) e o conteúdo desta é um dever. A vontade seria um órgão que coopera com o direito objetivo, faltando-lhe, em consequência, a força de constituir, por si só, um ato jurídico. Ainda, consideram os partidários da teoria da declaração que, na interpretação dos negócios jurídicos, o juiz deve se limitar a examinar o que foi efetivamente declarado e não se perder na busca da vontade interna e psicológica das partes.^{105 106}

O cerne da controvérsia em torno do negócio jurídico é, então, aquilo que passou a se denominar *dogma da vontade*. De um lado, a concepção subjetiva do instituto e, de outro, a concepção objetiva. Entre nós, o Código Civil brasileiro de 1916, apesar de ter sido influenciado pelas codificações francesa e alemã, não formulou o conceito de contrato como também não se ocupou do negócio jurídico.

¹⁰³ MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 729. São Paulo: RT, 1996. p. 679.

¹⁰⁴ Surge então, através de autores como Lotmar, Kohler, Isay e Bülow, a teoria da declaração. De todos estes juristas, foi Oskar von Bülow quem levou mais longe os pressupostos das Erklärungsstheorie (cf. MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 729. São Paulo: RT, 1996. p. 679).

¹⁰⁵ cf. MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 729. São Paulo: RT, 1996. p. 679.

¹⁰⁶ “Além das controvérsias entre a Willenstheorie e a Erklärungsstheorie, os juristas alemães do século passado discutiram também qual seria a fonte de onde provinha a força da vontade contratual. Afinal, apesar de a entenderem de modo diferente, tanto a teoria da vontade quanto a teoria da declaração consideram que a vontade sempre está no fundamento do negócio jurídico, ainda que seja simplesmente como vontade de declaração. Durante boa parte do século XIX, sustentava-se que um contrato obrigava simplesmente porque era o acordo entre duas vontades livres, capazes de gerar vínculos jurídicos para si mesmas. Portanto, a força do contrato estava na vontade de suas partes. Contudo, a partir de 1860, autores como Brinz, Zitelmann e Enneccerus defendem que o negócio jurídico obriga porque assim o determina o direito positivo; este permite que, dentro de certos limites, os particulares possam regular seus interesses. Deste modo, a vontade individual não tira a sua força vinculante de si mesma, mas do direito objetivo. Esta nova postura acabou sendo absolutamente vitoriosa entre os juristas germânicos, e é a aceita na atualidade” (MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 729. São Paulo: RT, 1996. p. 679).

Na concepção da doutrina clássica, o negócio jurídico tem uma conotação subjetiva, pela qual seus efeitos vinculam-se a uma manifestação de vontade. Destarte, para que o negócio jurídico produza efeitos jurídicos, é necessário que o estado de ânimo ou psicológico, em particular, o chamado querer interno (vontade) produza uma atividade, uma ação material e finalística. Não só a ação é querida, como nos atos jurídicos em sentido estrito, mas é também expressão de uma vontade dirigida a um fim que seja juridicamente relevante. Assim, pode-se afirmar que o negócio jurídico compõe-se de dois elementos: um externo que é o ato (a manifestação) e outro interno que é a vontade (o querer).¹⁰⁷

O Código Civil de 2002, ao que parece, acolheu a teoria subjetiva dos atos jurídicos, pois leva em consideração preponderantemente a vontade interna do agente, conforme se depreende de seu art. 112.¹⁰⁸

Contudo, modernamente também se sustenta que nosso ordenamento aproxima-se mais da posição do Direito alemão, que confere maior preponderância à declaração de vontade do que a vontade interna do agente. Nesse sentido, afirma Renato José de Moraes que se deve observar que a intenção referida pelo art. 112 não é a interna (ou seja, a vontade enquanto processo de foro íntimo), mas a que está *consubstanciada*, isto é, *externada* na declaração. Os negócios jurídicos devem ser interpretados com base na vontade que objetivamente se infere da declaração. Não se trata, portanto, de se perscrutar fenômenos psicológicos dos declarantes, eis que a vontade que serve de base à interpretação do negócio deve ter sido exteriorizada de forma a permitir sua análise objetiva.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cf. CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no direito privado. Revista de Direito Privado. Vol. 19. São Paulo: RT, 2004. p. 83-129.

¹⁰⁸ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

¹⁰⁹ Cf. MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 729. São Paulo: RT, 1996. p. 679.

O conceito de negócio jurídico, portanto, vem sendo substituído por um conceito de ato ou preceito de autonomia privada relegada a um papel auxiliar apenas na *formação* do negócio jurídico. Segundo Érico de Pina Cabral:

“A autonomia privada não permite que seu instrumento prático, o negócio jurídico, se prenda a uma simples manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos. Nas relações jurídicas atuais, antes de se tutelar a vontade do declarante (vontade interna, manifestada ou não) tutela-se a parte que confiou que recebeu com confiança a declaração da contraparte. Trata-se da tutela da confiança e da aparência”.¹¹⁰

O *dogma da vontade* influencia na aceitação dos negócios jurídicos processuais por parcela da doutrina nacional. Dentre a doutrina processualista brasileira clássica, Cândido Rangel Dinamarco foi o mais enfático ao negar a existência de negócios jurídicos processuais, tanto é que nas suas *Instituições* há expresso subtítulo: “*não há negócios jurídicos processuais*”.¹¹¹ Para o ilustre autor, não é possível pensar em negócios processuais porque “*a vinculação entre ato e efeito programado é característica dos negócios jurídicos (Emílio Betti) e os atos processuais não tem essa qualificação*”.¹¹² Ou seja, os efeitos dos atos processuais são sempre os que resultam da lei e não necessariamente da vontade. Arremata, então, sobre a inexistência dos negócios processuais:

“Deve prevalecer a resposta negativa, porque o processo em si mesmo não é um contrato ou negócio jurídico e em seu âmbito inexistente o primado da *autonomia da vontade*: a lei permite a alteração de certos comandos jurídicos por ato voluntário das partes mas não lhes deixa margem para o auto-regramento que é inerente aos negócios jurídicos. A escolha voluntária não vai além de se direcionar em um sentido ou em outro, sem liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados. Ou seja, podem o sujeitos optar pelo *processo arbitral* mas não podem regular eles próprios esse processo, seu cabimento, eficácia de sentença arbitral, sua exequibilidade *etc.*; podem inverter convencionalmente o *ônus probatório* mas não lhes é lícito ir além dos limites postos pela lei nem estabelecer por si próprios as consequências de seu descumprimento, agravando-as ou minorando-as em contraste com a lei; podem

¹¹⁰ CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no direito privado. Revista de Direito Privado. Vol. 19. São Paulo: RT, 2004. p. 83-129.

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 466.

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 469.

escolher o *foro*, mas não podem ditar regras sobre o regime do foro escolhido (se de competência absoluta ou relativa) *etc*”.¹¹³

Em outro momento, o autor parece concluir pela existência e legitimidade dos autorregramentos processuais, restringindo-lhes, todavia, a natureza de negócio jurídico:

“Nos limites da disponibilidade dos direitos e situações subjetivas substanciais postas no processo e da observância de regras cogentes de ordem pública inerentes a este (p.ex., competência absoluta, litisconsórcio necessário), tais acordo processuais são legítimos e vinculam as partes, como declarações de vontade que são”.¹¹⁴

A doutrina que refuta os negócios jurídicos processuais, além de vincular-se estritamente à teoria subjetiva, aproxima-se da concepção voluntarista neokantiana. Segundo Alberto Alonso Munõz e Ana Rita de Figueiredo Nery:

“a linhagem neokantiana sustenta que não há liberdade se a escolha decorrer de qualquer fator externo que a determine, exceto a própria vontade efetivamente livre do indivíduo – racionalmente determinada, ou seja, com plenitude informacional sobre o objeto e circunstâncias do negócio jurídico e ausente qualquer espécie (interna ou externa) de coação”.¹¹⁵

O conceito de negócio jurídico, conforme vimos acima, insere-se no âmbito da Teoria Geral do Direito, pelo o que é perfeitamente adaptável em qualquer área, inclusive no direito processual civil. Se no direito privado é permanente a controvérsia acerca da definição do negócio jurídico, especialmente por conta da pertinência do elemento *vontade* na sua composição estrutural, no campo do direito processual assume contornos ainda mais complicados por conta da participação do Estado-juiz na relação jurídica.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 469.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Acordos judiciais e a perícia contábil. In Fundamentos do processo civil moderno. Tomo II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 965.

¹¹⁵ MUNÕZ, Alberto Alonso; NERY, Ana Rita de Figueiredo. Fundamentos filosóficos do negócio jurídico. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de (coord.). Negócio jurídico. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 81.

Teríamos, então, dois óbices para a admissão da existência dos negócios jurídicos no âmbito processual. O primeiro, conforme destacada negativa de Cândido Rangel Dinamarco acima referida, seria a inexistência de vinculação entre o ato e o efeito programado. Ou seja, não se vislumbra o auto-regramento completo, pois a escolha volitiva no processo não permite tamanha liberdade.

A segunda barreira é sedimentada na ideia da indisponibilidade processual em razão do interesse público em manter uniforme o procedimento, bem como em razão da natureza impositiva das normas processuais. Certamente, não se tem uma larga amplitude na auto-regulação, mas dizer que a liberdade é limitada não equivale a negá-la. Assim, a existência dos negócios jurídicos processuais foi posta à controvérsia, visto que muitos negavam a possibilidade dos sujeitos processuais adequarem o processo conforme sua vontade, especialmente diante da natureza pública de suas normas.¹¹⁶

Pois bem. Sobre o primeiro óbice, é preciso, *data venia*, pensá-lo sob a premissa objetiva considerada no direito germânico, pela qual a vontade externada deve invariavelmente estar harmônica com o direito objetivo. É o próprio direito positivo que permite aos particulares a autorregulação de seus interesses, desde que observados os limites impostos. A préciência dos seus efeitos jurídicos não é suficiente para descaracterizar sua natureza jurídica, porquanto a vontade é elemento de *formação* do negócio, consoante o direito posto. Como definido por Marcos Bernardes de Mello:

“*negócio jurídico* é o fato jurídico, cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites pré-determinados e de amplitude vária, 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”.¹¹⁷

¹¹⁶ Cf. MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Revista de Processo. vol. 241. São Paulo: RT, 2015. p. 463-487.

¹¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 14. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

Nesse sentido, complementam Fredie Didier Jr. e Pedro Nogueira:

“A proposta de descaracterizar o negócio processual a partir do argumento segundo o qual os efeitos, no campo processual, seriam sempre *ex lege*, também não satisfaz. Os efeitos jurídicos, a rigor, decorrem do fato jurídico (independente de ser a espécie negocial ou não). Somente a previsão em abstrato dos efeitos se encontra nas normas jurídicas. Logo, não há propriamente efeitos *ex voluntate*”.¹¹⁸

Continuam os autores:

“Essa necessidade de correspondência unívoca entre a vontade e os efeitos resultantes do ato – como se todos os efeitos do ato estivessem ligados ao querer do agente –, nem mesmo no plano do direito material se verificaria, daí porque a rejeição ao negócio processual, por tal argumento, não nos parece decisiva”.¹¹⁹

Acrescenta-se que também foi a doutrina alemã a principal responsável pela elaboração e desenvolvimento do negócio jurídico processual.^{120 121} Segundo Fredie Didier Jr. e Pedro Nogueira:

“Schönke, já no século passado, admitia as convenções privadas sobre determinadas situações processuais (v.g., pacto de não executar), mas esses acordos não surtiriam efeitos imediatos de caráter processual, embora obrigassem os interessados a proceder segundo eles. Lent procurou identificar negócios processuais no âmbito dos atos processuais praticados pelas partes; seriam verificados quando os efeitos processuais se produziriam quando queridos pela parte. Mais recentemente, também Leible e Jauernig admitem, embora excepcionalmente, a existência de contratos processuais (v.g. compromisso arbitral), segundo a ZPO”.¹²²

Barbosa Moreira explica que “na doutrina alemã generalizou-se, para os atos de que estamos tratando, a denominação *Prozessverträge*, que se traduz literalmente por ‘contratos processuais’”. Todavia, prefere o eminente processualista carioca “a locução ‘convenções processuais’, de cunho mais técnico e, sobretudo, mais aderente à

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 59.

¹¹⁹ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 63.

¹²⁰ DENTI, Vittorio. Negozio processuale. Enciclopedia del Diritto. Vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978. p. 138.

¹²¹ SCHÖNKE, Adolf. Direito Processual Civil. Campinas: Romana, 2003.

¹²² DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 54.

linguagem do Código, que usa ‘convenção’ nos arts. 111, 181, 265, n.º II, 333, parágrafo único, e 453, n.º I, bem como palavras cognatas dessa noutros dispositivos (...)”¹²³.

Moacyr Amaral Santos prefere, ao que parece, a terminologia alemã, qualificando estes atos como “*contratuais, consistentes em declarações bilaterais expressas de vontade*”.¹²⁴ Nessa linha, também os franceses admitem a concessão de maior autonomia às partes e aos seus advogados, com o intuito de possibilitar-lhes a adequação do procedimento às necessidades do caso concreto. Para esse poder de disposição negocial deu-se o nome de *contrat de procédure*”.¹²⁵

Na doutrina italiana, Carnelutti, tratando sobre a possibilidade das partes elegerem o foro de competência para o julgamento da demanda, afirma que se deve incluir este ato na categoria dos acordos e não na dos contratos.¹²⁶ Chiovenda, por sua vez, denomina tais atos como negócios jurídicos processuais, acrescentando que os efeitos que estes atos produzem no processo referem-se imediatamente à lei e à vontade das partes.¹²⁷

De fato, a convenção das partes sobre matéria processual é ato que não está enquadrado nos conceitos tradicionais. Exemplifica-se invocando a tradicional classificação de *direito de petição* formulada por Couture: “*el derecho de petición asume una característica particular. Mientras que ante los otros poderes configura solo relación entre el particular y la autoridad, ante el Poder Judicial involucra a un tercero que se ve, así, aun contra su voluntad, envuelto en la petición*”.¹²⁸

¹²³ BARBOSA MOREIRA, J. C. . Convenções ... p. 88.

¹²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 288.

¹²⁵ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 247.

¹²⁶ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Tomo II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Unión, 1944. p. 324.

¹²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. Vol. III. p. 126.

¹²⁸ COUTURE, Eduardo J. Estudios de derecho procesal. 4ªed. Buenos Aires: Depalma, 2003. . p. 30.

No que extraímos do conceito de *direito de petição* formulado por Couture, pressupõe-se que um terceiro (entendendo-se aqui como a parte adversa) está envolvido pelo direito de petição *contra* a sua vontade. Parece, pois, que não se pode relacionar o *direito de convencionar*, na linha de Couture, como *direito de petição*, por serem as convenções declarações consensuais, e não exatamente *contra* a vontade da outra parte.

Esta correlação, sob a influência das teorias da ação que se desenvolveram ao longo dos anos, assume particular importância quando da análise da *autonomia da ação* como passo imprescindível para se chegar à conclusão pela possibilidade de as partes convencionarem sobre matéria de direito processual. É o ato de disposição processual um ponto de encontro entre direito processual e direito material? Carnelutti, ao que denomina de “negócios processuais”, não admite a ideia de serem confundidos como negócios de caráter material, “*especialmente cuando se presentaban como cláusulas de un contrato, fueron consideradas como inseparables del mismo la cláusula compromisoria, la de competencia y la cláusula de prueba. Hoy, sin embargos, cabe reputar ya como resultado adquirido el reconocimiento de sua natureza procesal*”.¹²⁹

Segundo Paulo Henrique Pedrosa Nogueira: “*pode-se, aqui, definir o negócio processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais*”.¹³⁰

¹²⁹ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Tomo III. Buenos Aires: Unión, 1944. p. 324. Buenos Aires: Unión, 1944. p. 87.

¹³⁰ NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 85.

Segundo Eduardo Talamini:

“O negócio jurídico consiste em modalidade de ato jurídico (em sentido amplo) cujo conteúdo e específicos efeitos são delineados pela manifestação de vontade do sujeito que o celebra. A voluntariedade é relevante não apenas na prática do ato em si, mas na obtenção e definição das suas consequências. Ou seja, o conteúdo e consequentemente os efeitos do ato não são todos preestabelecidos em lei, mas delineados, quando menos em substancial parcela, pela vontade do(s) sujeito(s) que pratica(m) o ato”.¹³¹

Portanto, há que se incorporar a existência do negócio jurídico processual ao nosso sistema, sem receios, porquanto seu único objetivo é propiciar um melhor rendimento ao processo. Sua razão existencial está inserida no contexto da ideia de cooperação, que permeia todo o novo Código¹³², que, cremos, se bem absorvida, tem tudo para proporcionar um processo dialético, célere e eficiente.

Trata-se de uma técnica de flexibilização procedimental e, como tal, marginal aos dogmas predominantes. De toda forma, admitida a existência do instituto em nossa sistemática processual, é hora de compreender seu contexto estrutural e respectiva análise de seus elementos identificadores. É o que pretendemos no capítulo seguinte.

¹³¹ TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em 04/11/2015, às 16h28m.

¹³² WAMBIER, Luiz Rodrigues; BASÍLIO, Ana Tereza. O negócio processual: inovação do Novo CPC. In <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,31047-O+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC>. Acesso em 04/11/2015, às 16h34m.

3 ESTRUTURA ONTOLÓGICA DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

3.1. Enquadramento principiológico e institutos afins do direito material

O ordenamento jurídico é constituído por leis ou normas jurídicas, pelas quais se estabelece a conduta daqueles que estão subordinados à sua incidência. Assim, ao definirem uma determinada conduta, também estabelecem as consequências da submissão e da insubmissão ao seu comando. Essa é, em linhas gerais, a estrutura da norma jurídica.

As normas jurídicas, ou regras, distinguem-se em duas espécies: cogentes e dispositivas. As normas cogentes, desde que ocorram os pressupostos de sua aplicação, incidem no caso concreto, independentemente da vontade das partes e até mesmo contra as suas vontades. Já as normas dispositivas, ou facultativas, são aquelas que podem ou não incidir, se não houve manifestação em contrário dos interessados.

Sem a pretensão de ingressar na tormentosa conceituação dos princípios, limitamo-nos à compreensão do seu tratamento também como norma jurídica, fruto da sua importância na sistemática processual. Nesse contexto, também vem a tona a outrora mencionada *constitucionalização* do processo, ressaltada já no art. 1º do Novo CPC:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Assim, já no artigo primeiro do NCPC, verificamos a preocupação em harmonizar a lei ordinária processual com os princípios estampados na Constituição Federal. Fica evidente que o processo, coletivo ou individual, deve sujeitar-se aos princípios fundamentais estabelecidos na CF.

Ao longo do texto, o NCPC estampa uma série de princípios fundamentais do processo civil que devem ser observados, como o princípio dispositivo e princípio do impulso oficial (art. 2º), princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 3º), da razoável duração do processo (art. 4º), da cooperação (art. 6º), da isonomia, do contraditório e da ampla defesa (art. 7º), da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência ((art. 8º) etc.

Não serão todos esses princípios objeto de análise neste trabalho. Limitamo-nos a enquadrar o tema sob a perspectiva da teoria geral do direito processual, notadamente no que se refere às garantias constitucionais.

Cândido Rangel Dinamarco relata que as garantias constitucionais do processo não teriam pertinência aos negócios jurídicos, porquanto seriam decorrentes do *poder* estatal, através de normas imperativas, em contraposto à *autonomia da vontade* presente nos negócios jurídicos:

“A referência ao *poder* como centro de emanção de decisões imperativas é o elemento de convergência responsável pela imposição das garantias constitucionais do processo, notadamente a do *devido processo legal*, entendido como sistema de limitações ao exercício do poder, a do *juiz natural*, a do dever de *imparcialidade e impessoalidade*, a do *contraditório* e a da *igualdade*. Tais garantias não têm pertinência aos *negócios jurídicos* – e daí a impropriedade metodológica da assimilação destes à teoria geral do processo”.¹³³

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 22.

Conclui, todavia, afirmando pela existência de processo – e, portanto, da incidência da teoria geral do processo –, em atividades que antecedem alguns negócios jurídicos:

“A ideia da assimilação dos negócios jurídicos à teoria geral do processo foi repelida e não obteve progresso na doutrina em geral porque, embora muitos negócios se realizem mediante um procedimento estabelecido em lei ou contrato, as atividades e as relações entre os sujeitos contratantes apoiam-se na *autonomia da vontade* e não em um suposto poder, com a sujeição de algum sujeito às imposições de outro. Processo haverá, sim, e portanto uma ligação à teoria geral do processo, nas atividades que antecedem certos negócios jurídicos, como é o caso das *licitações* realizadas pelo Poder Público em preparação da celebração de contratos com o particular”.¹³⁴

Nesse contexto, o autor conclui pela inclusão da arbitragem na teoria geral do processo, considerando que ela contém em si um autêntico *processo civil* no qual se exercer um verdadeiro *poder (a jurisdição)*, que as atividades inerentes a esse exercício têm natureza inegavelmente processual.¹³⁵

Especialmente sobre os negócios jurídicos *processuais*, parece-nos, com a devida vênia, que não há como dissociá-los da estrutura da teoria geral do processo. Independentemente do momento da convenção (extrajudicial o ou incidental ao processo), invariavelmente causará efeitos processuais e estará submetido, de uma forma geral, ao poder estatal. Com efeito, o exame técnico das convenções processuais deve ser desenvolvido sob o pano de fundo da teoria geral do processo, inclusive por seus princípios fundamentais.

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 23.

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 23.

3.1.1. Devido processo legal e “devido processo convencional”

Antes de abordar propriamente o tema subintitulado, esclarece-se que não se tem a pretensão de *criar* aqui um novo princípio processual. O termo *devido processo convencional*, é, além de paródia, apenas uma decorrência do *processo legal* e consequência da autonomia negocial entre os sujeitos litigantes.

O princípio do devido processo legal é um postulado fundamental do sistema processual, previsto no art. 5º, LIV, da CF, pelo qual “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. Do princípio do devido processo legal decorrem todos os outros princípios fundamentais. Por isso se diz que é o *princípio dos princípios*.

Isso quer dizer que toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer deve necessariamente decorrer de decisão prolatada em processo que tenha tramitado em conformidade com antecedente previsão legal e em consonância com o conjunto de garantias constitucionais fundamentais. Esse é o aspecto processual do princípio ora tratado, ou seja, é a exigência de um processo regular e ordenado a ser observado em todo o trâmite processual.

O devido processo legal, segundo Cândido Rangel Dinamarco, “*é uma garantia de justiça e consiste no direito ao processo, ou seja, direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e às oportunidades que o conjunto de normas processuais-constitucionais oferece para a defesa judicial de direitos e interesses*”.¹³⁶

Como se vê, o princípio do devido processo legal está inserido num contexto mais amplo: o das garantias constitucionais do processo. E, como tal, está

¹³⁶ A instrumentalidade do processo, p. 128. Due process of law, na visão de Kazuo Watanabe, é processo com procedimento adequado à realização plena de uma gama de valores e princípios, tais como, o direito à cognição adequada à natureza da controvérsia, o contraditório, a economia processual e a publicidade (cf. Da cognição no processo civil, p. 124).

expressamente previsto na Constituição Federal, no art. 5º, LIV. Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o devido processo legal deixou “*de ser mera garantia processual, para transformar-se, ao lado do princípio da igualdade, no mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, transmutando-se num princípio garantidor das realizações da justiça, capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações do Poder Público*”.¹³⁷

Vale mencionar que o princípio ora tratado tem recebido no processo coletivo a denominação de *devido processo social* em razão da fundamental importância para a garantia da igualdade entre as partes. Nesse sentido, podemos afirmar que o tratamento desigual aos desiguais (como, por exemplo, a inversão do ônus da prova no direito do consumidor) revela-se não como uma relativização do princípio do devido processo legal, mas, pelo contrário, demonstra o seu fortalecimento dentro do sistema processual.

Todos os sujeitos processuais estão submetidos ao devido processo legal. Tendo os sujeitos celebrado qualquer convenção, estarão eles também subordinados aos termos convencionados, que não deixam de ser, sob essa ótica, incorporados ao próprio conceito de devido processo legal.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “*a garantia constitucional do devido processo legal constitui um polo de convergência de todos os demais princípios e garantias enunciados pela Constituição Federal*”.¹³⁸ Exatamente por esse motivo o objeto do negócio processual encontra limite na sua adequação ao devido processo legal,

¹³⁷ In Revista trimestral de direito público. 18/1997.

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 26.

pois, embora não tenha o CPC/2015 feito essa ressalva de forma expressa, ela decorre do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.¹³⁹

Em resumo, para a boa aplicabilidade do instituto, há que se observar o devido processo legal desde o ato de formação do negócio jurídico (o que inclui a obediência ao contraditório e a isonomia processual) para se garantir uma flexibilização procedimental isenta de qualquer anomalia.

De forma análoga, invocamos a lição de Cândido Dinamarco sobre a arbitragem:

“Falar em *suas pontas sistemáticas* do regime dos atos e do procedimento em sede arbitral significa aludir, (a) de um lado, à necessária observância das garantias constitucionais do processo e, (b) de outro, às simplificações e flexibilizações indispensáveis à consecução dos objetivos do processo por árbitros. É para efetivar a *celeridade* na efetiva solução do litígio e para obter grande *aderência* às realidades e circunstâncias do conflito, buscando a justiça sem servidão a dogmas do processo civil comum, que o sistema arbitral confere grande liberdade de escolha às partes, e aos árbitros grande poder de condução do procedimento. É para assegurar a *segurança jurídica* devida às partes que essa liberdade encontra limites naquelas garantias constitucionais”.¹⁴⁰

A possibilidade de negociação processual é inerente à essência do devido processo legal. Conforme assinala Fredie Didier Jr.,

“O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limita injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira”.¹⁴¹

¹³⁹ Nesse sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 70.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54.

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 21.

Daí decorre o princípio seguinte, tratado como *autorregramento da vontade no processo civil*. Semelhantemente, Bruno Garcia Redondo define como *princípio da adequação*, pelo qual se:

“impõe a exigência de que os procedimentos sejam os mais adequados possíveis (às peculiaridades da causa, às necessidades do direito material, às pessoas dos litigantes, etc.) para que, mediante uma prestação jurisdicional eficiente, a tutela jurisdicional possa ser realmente efetiva. Para que o procedimento possa ser efetivamente adequado, forçoso reconhecer que tanto o juiz, quanto as partes, são dotados de poderes para promover adaptações no procedimento”.¹⁴²

A adoção sistemática dos negócios jurídicos processuais está, portanto, cercada por garantias, em interesse das próprias partes, de terceiros e da própria ordem jurídica.¹⁴³ Acima da autonomia negocial, está a segurança jurídica garantida pela observância ao princípio do devido processo legal, compreendido pelo respeito às normas positivadas e pelos termos convencionados.

3.1.2. *Autorregramento da vontade no processo civil*

O Direito Processual Civil, conforme abordamos anteriormente, continua sendo um ramo do Direito Público. Há, contudo, certa margem de *liberdade* entre os sujeitos litigantes ou potencialmente litigantes. A liberdade de escolha procedimental é, no CPC/1973, visualizada apenas na tipicidade. A evolução legislativa nesse aspecto encontra

¹⁴² REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 272.

¹⁴³ Nesse sentido: MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. A representação no negócio jurídico. 2 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 21.

respaldo principalmente na cláusula geral do art. 190 do NCPC, analisada posteriormente neste trabalho.

Na realidade, o CPC/1973 já prevê o princípio da liberdade formal em seu art. 154, pouco cultivado e explorado. Permanece e prevalece, contudo, o sistema da *legalidade*, resultante das estritas exigências formais impostas quanto a inúmeros atos do procedimento (petição inicial, citação, sentença, recursos e o próprio desenho dos procedimentos mediante rígida estruturação em fases).¹⁴⁴

Para Emilio Betti, *autonomia* significa autoridade e *potestas* de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercida pelo próprio titular dos interesses. Pode ser reconhecida pela ordem jurídica com duas funções distintas e diversas conforme a fonte seja pública ou privada: a) como fonte de normas jurídicas, destinadas a fazer parte integrante da própria ordem jurídica que a reconhece, precisamente como fonte de direito subordinada e independente; b) como pressuposto e causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas dessa ordem jurídica. A primeira seria a autonomia pública e a segunda, reconhecida pela ordem jurídica no campo do direito privado é a autonomia privada.¹⁴⁵

A liberdade jurídica pode ser concebida como "*a possibilidade da pessoa atuar com transcendência jurídica. Se encarada sob o ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas; se encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e eficácia determinada, reconhecida e protegida pelo Direito*".¹⁴⁶

¹⁴⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54, 55.

¹⁴⁵ BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. t. I, p. 71.

¹⁴⁶ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais. Vol. 791. São Paulo: RT, 2001. p. 31-64.

O princípio do autorregramento é uma consequência natural da autonomia, da liberdade dos sujeitos que convivem no Estado Democrático. Falar-se em conquista da *liberdade* abrange uma enormidade de conceitos, justamente pela importância histórica da sua conquista, nas mais variadas dimensões da existência humana.

Hodiernamente e entre nós, garante-se a liberdade como direito fundamental, expressamente avalizada pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Isso não significa, obviamente, que a autonomia da vontade no processo é ilimitada. Não é em qualquer ramo do direito e não seria diferente no processo civil. Por isso, “a mediação legislativa é indispensável para delimitar a extensão da autonomia da vontade do processo”.¹⁴⁷

Fredie Didier Jr. conceitua o referido princípio dentro dos necessários limites. Para o autor. “o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas”.¹⁴⁸

Continua o autor:

“O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resulta, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas (gênero do qual as relações jurídicas são espécie)”.¹⁴⁹

¹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 22.

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 22.

¹⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 20.

Para Bruno Garcia Redondo, “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 defeitos relativos aos planos da existência ou da validade da convenção”.¹⁵⁰

Portanto, esse acordo de vontades expressado em uma convenção constitui livre exercício da autonomia da vontade, que por sua vez é decorrência da liberdade negocial emergente da ampla garantia constitucional da liberdade.¹⁵¹ Segundo Fredie Didier:

“Pode-se localizar o poder de autorregramento da vontade em quatro zonas de liberdade: a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio; b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que mais bem sirvam aos interesses dos indivíduos; c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer ou conteúdo do negócio; d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio).”¹⁵²

O Novo Código de Processo Civil vai além das convenções típicas, denotando a insuficiência da legislação em prever todas as situações negociáveis. De forma global, eleva o grau da liberdade negocial para uma cláusula aberta, deixando às partes e ao juiz o poder de adaptação e flexibilização procedimental, nos limites do art. 190.

¹⁵⁰ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 274.

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 48.

¹⁵² DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 20.

3.1.3. Igualdade das partes e acesso à Justiça

O art. 5º, *caput*, inciso I, da Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei. O princípio da isonomia teve integral recepção no campo da legislação processual civil, notadamente no art. 125, I, do CPC, o qual preceitua que o juiz dirigirá o processo, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento.

Para Nelson Nery Junior, “*dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades*”.¹⁵³ Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “*a critério especificador escolhido pela lei a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles, todavia, necessita, inarredavelmente guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: A discriminação não pode ser gratuita ou fortuita*”.¹⁵⁴

No Código de Defesa do Consumidor, explica Nelson Nery Junior, o art. 4º, I, “*reconhece o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo. Portanto, para que se tenha isonomia real entre o consumidor e o fornecedor, é preciso que sejam adotados mecanismos como a inversão do ônus da prova, estatuído no art. 6, n. VIII, do CDC como direito básico do consumidor*”.¹⁵⁵ O ilustre Professor assevera, ainda, que “*este artigo não é inconstitucional, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria lei*”.¹⁵⁶

¹⁵³ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2004. p. 72

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público* 1/81.

¹⁵⁵ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2004. p. 72

¹⁵⁶ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2004. p. 72

Em relação aos negócios jurídicos processuais, o tratamento paritário das partes está necessariamente submetido à balança judicial para assegurar sua validade.

Segundo Flávio Luiz Yarshell:

“quanto à igualdade real das partes (tema que, a rigor, não se confunde com a questão de sua capacidade) e a correspondente paridade de armas, elas são relevantes para a validade de qualquer disposição convencional no âmbito processual, como forma de assegurar que existe livre manifestação dos sujeitos envolvidos. Não se pode admitir que uma das partes – por sua proeminência econômica ou de outra natureza – imponha regras processuais que lhe sejam mais vantajosas, consideradas as peculiaridades de cada caso”.¹⁵⁷

O simples fato de os sujeitos serem desiguais no aspecto substancial não significa que o negócio processual é, por si só, inválido. Se o negócio contiver regras que assegurem o tratamento paritário, poderão os sujeitos celebrar e convencionar livremente. Ou seja, apesar da desigualdade no plano substancial, se o negócio processual contiver regras que assegurem não apenas o contraditório, mas a igualdade real, então a validade do ato estará preservada. Em suma: pode haver negócio processual válido entre pessoas desiguais, desde que o processo assegure a igualdade real.¹⁵⁸ No mesmo sentido, afirma Rafael Sirangelo, em artigo específico sobre o tema:

“Registre-se que o tão só fato de ser a convenção desfavorável a uma das partes em termos estratégicos, no processo judicial, não impõe, por si só, a sua não-aplicação. O desequilíbrio que resulta de uma má-escolha consciente acerca de uma estratégia processual não pode relevar para fins de desconsiderar-se a manifestação autônoma de vontade que deu origem ao negócio”.¹⁵⁹

¹⁵⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 68.

¹⁵⁸ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 69.

¹⁵⁹ ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 210.

Conclui o autor, em sintonia ao nosso pensamento, que “*o tão só fato de que tenha resultado em desequilíbrio entre sujeitos processuais em termos de desempenho futuro de suas posições processuais não significa que a manifestação de vontade seja inválida*”.¹⁶⁰

A síntese desse pensamento é a hipótese de anulação da cláusula de eleição de foro em contrato envolvendo relação de consumo, que abordaremos especificamente no capítulo destinado aos negócios processuais típicos (conforme subtítulo 3.1.1. abaixo).

Evidentemente não se limite o princípio da isonomia às relações consumeristas. Deve sempre ser cumprido à exaustão, de modo a propiciar um processo de resultado, isento de nulidades.

No tocante aos negócios jurídicos processuais, “*a lente da igualdade pode funcionar como limite para a aplicabilidade de certas avencas, seja nos chamados negócios pré-processuais – efetivados antes mesmo do surgimento de determinado conflito interindividual –, seja nos negócios lavrados durante o iter procedimental (ou no momento de aplicação em concreto de previsão de negócio processual presente em contrato anterior), já após instaurado o conflito e no que diz respeito ao ato específico*”.¹⁶¹

Rafael Sirangelo, em artigo específico sobre o tema, ressalva a possível ocorrência de desequilíbrio entre as partes nas seguintes situações:

a) eventuais negócios que imponham custos desproporcionais do processo pela sua distribuição diferenciada a cada um dos sujeitos processuais a ponto de criar

¹⁶⁰ ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 211.

¹⁶¹ ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 206.

óbices de acessibilidade econômica de tamanha monta que impeçam ou dificultem em demasiado o acesso ao processo (...)

b) eventuais negócios que, previstos em determinado contrato, prevejam modificações procedimentais no que concerne a aspectos técnicos e pouco compreensíveis para alguém não-versado na prática jurídica e tenham sido estabelecidos sem a participação de advogado a orientar o signatário.

c) problemas de acessibilidade geográfica derivados de determinados negócios processuais (...).”¹⁶²

Nesse contexto, o acesso à justiça, especialmente quando se trata de relações consumeristas, pode e deve ser observado nos mais variados aspectos. Ressalta-se que a ideia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais. Na lição de Kazuo Watanabe, “*não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa*”.¹⁶³ Menciona que:

“são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características”.¹⁶⁴

¹⁶² ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 208.

¹⁶³ “Acesso à Justiça e sociedade moderna”, in Participação e processo, p. 128. Nas palavras de Horácio Wanderlei Rodrigues, “o acesso à justiça é um direito fundamental, sem o qual os demais direitos não possuem garantia de efetividade. Essa garantia depende em grande parte da existência do direito de ação e do processo como instrumentos de acesso e mediação para o exercício da atividade jurisdicional do Estado. O direito de acesso à justiça, sem instrumentos processuais que assegurem em tempo razoável, sem um Poder Judiciário consciente de suas funções constitucionais, políticas e sociais, é um mero discurso vazio. O acesso ao Judiciário é, portanto, um componente fundamental do acesso à justiça, entendido esse como acesso à ordem jurídica justa” (Acesso à justiça no direito processual civil brasileiro, p. 127).

¹⁶⁴ Kazuo Watanabe, “Acesso à Justiça e sociedade moderna”, in Participação e processo, p. 135.

Também podemos interpretar como manifestação do *acesso à justiça* a atribuição da legitimidade ativa para variados entes, aptos a pleitear a tutela do consumidor em juízo (art. 5, LACP, e art. 82 do CDC), bem como o objeto das ações coletivas, que podem ter por objeto “*a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, evitando, assim, a proliferação de demandas individuais e o desperdício de tempo, atividade, energia, e, o que é pior, a possibilidade de decisões divergentes para uma mesma situação fática*”.¹⁶⁵ Por isso, conforme observa Sérgio Shimura, “*nos conflitos gerados pela economia de massa, o processo deve servir também como instrumento de pacificação social. Com isso, viabiliza-se o acesso à Justiça, seja pelo barateamento, seja pela quebra de barreiras socioculturais, conferindo maior peso às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos*”.¹⁶⁶

Sob esse aspecto, podemos afirmar que o *acesso à justiça* compreende não apenas o seu conteúdo mais notório (literalmente, a garantia de acesso à justiça, de ingressar com a demanda judicial ou dela defender-se de uma forma financeiramente viável), mas também compreende a disponibilização de instrumentos e técnicas processuais que sejam capazes de amparar de forma justa a tutela pleiteada.

3.1.4. *Cooperação entre os sujeitos processuais e a cláusula de melhores esforços*

O modelo cooperativo do processo tem por principal objetivo a estruturação processual das relações entre o juiz e os jurisdicionados. De um lado, o juiz do processo cooperativo deve ser isonômico na condução do processo, ao passo que todos os sujeitos processuais devem, em razão dos princípios da lealdade e da boa-fé processuais,

¹⁶⁵ SHIMURA, Sérgio. Tutela coletiva e sua efetividade. São Paulo: Método, 2006. p. 48.

¹⁶⁶ Idem.

cooperarem no sentido de encontrar subsídios para a obtenção de uma boa tutela jurisdicional.

Assim, segundo Eduardo Cambi, “*o processo colaborativo surge como uma tentativa de se alcançar o ponto de equilíbrio no estabelecimento da divisão de trabalho entre juiz e partes, transformando o processo em uma verdadeira comunidade de trabalho*”.¹⁶⁷

O sistema inquisitorial é baseado fundamentalmente da adversariedade entre os litigantes. O próprio conceito de *lide* traz em sua essência o *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*. Estando os litigantes em polos opostos, a tendência natural é que aquele que não tem razão procrastine e dificulte o andamento processual, o que deve ser repellido pelo juiz. Nesse passo, é relevante o incentivo ao diálogo entre as partes, característica principal do princípio do contraditório. Segundo Marco Eugênio Gross:

“O contraditório, aliás, na conhecida definição de Calamandrei, é uma garantia suprema, o princípio fundamental do processo, a sua força motriz. Está no centro do fenômeno processual, tanto que o processo é procedimento em contraditório, cuja característica precípua é a participação dos interessados na formação do ato jurisdicional. Com efeito, nessa perspectiva, referido direito fundamental não se resume à bilateralidade dos atos processuais, mas confere, sobretudo, direito às partes de influenciar na conformação da decisão judicial, de forma que todas as decisões definitivas do juízo devem se apoiar somente em questões previamente debatidas entre as partes, proibindo-se decisões-surpresa.”¹⁶⁸

Em outras palavras, a natureza do processo apresenta-se não mais como uma batalha das partes sob os olhos do Poder Judiciário, mas como um conjunto de trabalho entre o órgão judicial e os litigantes, para possibilitar ao juiz a obtenção de

¹⁶⁷ CAMBI, Eduardo. Colaboração no processo previdenciário. Revista de Processo. Vol. 228/2014. p. 283-307. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁶⁸ GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. *Revista de Processo*. Vol. 226/2013. p. 115-145. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

decisão justa e verdadeira, capaz de restabelecer a paz jurídica entre as partes e assim melhor tutelar os interesses da sociedade.¹⁶⁹

Segundo Gilberto Gilberto Gomes Bruschi:

“a garantia consagrada no art. 5º, LV, da Carta Magna significa direito de informação, que obriga o órgão julgador a dar conhecimento à parte contrária dos atos e dos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; direito de manifestação, que garante a quem se defende a prerrogativa de se manifestar, escrita ou oralmente, acerca dos elementos de fato e de direito constante dos autos; direito a que os argumentos formulados pela defesa sejam considerados, fato que exige do órgão julgador total isenção para que examine os argumentos e contra-argumentos apresentados no processo”.¹⁷⁰

Das características citadas pelo autor, destacamos três palavras: informação, manifestação e consideração. Esses termos resumem a essência do princípio do contraditório sob o manto da cooperação processual.

O Novo Código de Processo Civil prevê de forma expressa o princípio da cooperação entre os sujeitos processuais. Conforme destaca Fredie Didier Jr., “*o modelo cooperativo de processo (art. 6º, CPC) 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. O processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é mero espectador de pedra*”.¹⁷¹

O princípio do contraditório deixa de ser uma mera faculdade de contrapor a parte contrária. Passa a exigir de todos os sujeitos processuais, inclusive do juiz, uma efetiva colaboração. Nesse sentido, afirma Antonio do Passo Cabral:

¹⁶⁹ Cf. CAMBI, Eduardo. Colaboração no processo previdenciário. *Revista de Processo*. Vol. 228/2014. p. 283-307. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁷⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 88.

¹⁷¹ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 22.

“Além da obrigação das partes em contribuir eticamente para a resolução do conflito, o contraditório impõe ainda um dever ao juiz, no sentido de instalar verdadeiro debate judicial sobre as questões discutidas no processo. Desde há muito foi superada a visão de que o magistrado não deveria empreender esforços no campo probatório para não ferir sua imparcialidade, concepção dominante há algumas décadas que ainda prevalece nos ordenamentos do *common law*, onde vigora o *adversarial system* com uma maior passividade do julgador. Ao contrário, perceberam os processualistas a necessidade de postura ativa do juiz para a busca da verdade real, afastando a aplicação irrestrita do princípio dispositivo, e não apenas na atividade probatória.

Atualmente, ganha vigor a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O contraditório é o elemento que fornece ao processo este aspecto discursivo, por força de um mandamento constitucional do diálogo judicial (*Verfassungsgebot zum Rechtsgespräch*) entre partes e órgão julgador para a formação do juízo do magistrado.¹⁷²

Com efeito, é essencial o diálogo entre o juiz e as partes para cumprimento da garantia constitucional do contraditório. Logo, no sistema cooperativo, todos os sujeitos processuais são tidos como participantes não só do processo, mas do próprio contraditório, porquanto estão igualmente submetidos ao processo dialético.

Sob essa ótica, o processo cooperativo é uma grande prova do Estado Democrático de Direito, uma vez que passa a ser coordenado por todos os sujeitos processuais de forma isonômica, sempre com o intuito final de obter um provimento final adequado. Ao agregar a cooperação processual, objetiva-se transformar o processo em uma comunidade de trabalho, na qual o magistrado assume a posição de interlocutor que dialoga com as partes.¹⁷³ Segundo Fernando Gonzaga Jayme:

“Nessa trilha, cabe ao juiz desenvolver um “diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas”.⁴⁰ A participação isonômica, coordenada, direta e influente das partes, em cooperação com o magistrado, possibilita que a motivação decisória seja construída por meio de uma comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais, o que é denominado pela doutrina anglo-americana de *fair hearing*.”¹⁷⁴

¹⁷² CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo. Vol. 126. São Paulo: RT, 2005. p. 59-81.

¹⁷³ JAYME, Fernando Gonzaga. O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 227. São Paulo: RT, 2014. p. 335-359.

¹⁷⁴ JAYME, Fernando Gonzaga. O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 227. São Paulo: RT, 2014. p. 335-359.

Enfim, o princípio da cooperação destina-se, através de uma potencialização do diálogo entre os sujeitos, a transformar o processo civil em uma comunidade de trabalho, a fim de alcançar a justa e adequada solução ao caso concreto ¹⁷⁵.

Segundo Marco Eugênio Gross:

“o processo coloca em evidência uma verdade geral, ou seja, aquele conhecimento que não se consegue sem a mediação dialética que comporta a *afirmação do verdadeiro como superação do não verdadeiro e do falso*; leva-se em conta, em outros termos, a contradição própria das posições das partes. Isso, aliás, é próprio da relação dialética do processo. Explica-se: ‘o jogo das partes’ produz conjuntos diversos e contrapostos das hipóteses incertas sobre os fatos, o que é resultado daquilo que se forma progressivamente no processo”. ¹⁷⁶

O bom resultado da cooperação processual depende dos *melhores esforços* dos sujeitos. Nessa medida, as convenções assumem relevante protagonismo, porquanto detêm aptidão técnica para instrumentalizar os respectivos deveres. Há que se entender que os negócios processuais normalmente são constituídos como uma *divisão de riscos* necessária ao respectivo acordo. Desse modo, deve-se entender que as partes buscarão sempre o melhor cumprimento (eis a cláusula de melhores esforços) para garantir o equilíbrio contratual.

Diretamente ligado ao tema, ressalta-se a a boa-fé objetiva contratual, prevista em nosso ordenamento desde 131 do Código Comercial de 1850 (art. 131), que, reintroduzida no ordenamento jurídico brasileiro por força do Código de Defesa do

¹⁷⁵ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 46.

¹⁷⁶ GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. Revista de Processo. Vol. 226/2013. p. 115-145. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Consumidor, foi expandida, paulatinamente, por obra da doutrina e da jurisprudência, sendo finalmente consagrada pelo Código Civil.¹⁷⁷

Segundo Gustavo Tepedino, em um dos poucos trabalhos nacionais específicos, a cláusula de melhores esforços desempenha, na teoria contratual, três funções fundamentais:

a) função interpretativa dos contratos: refere-se à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes, o que foi consagrado pelo art. 113 do CC/2002.¹⁷⁸

Exige-se do intérprete, com efeito, lealdade e honestidade em relação aos propósitos comuns, a busca do sentido mais consentâneo com os objetivos perseguidos pelo contrato.

b) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais: a boa-fé serve de limite para o exercício dos próprios direitos no âmbito da relação contratual. Afigura--se assim como critério para diferenciação entre o exercício regular e o irregular ou abusivo de direitos perante o outro contratante. Tal função da boa-fé foi incorporada no art. 187 do CC/2002¹⁷⁹ e no art. 422 do CC/2002.¹⁸⁰

c) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade: o papel hermenêutico desempenhado pela boa-fé, em certa medida, tem o condão de definir melhor os contornos tanto dos

¹⁷⁷ Por todos: TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade processual. Soluções práticas. Vol. 2. p. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁷⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁷⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁸⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

deveres anexos antes mencionados (função positiva da boa-fé) quanto do grau de restrição por ela imposto ao exercício das posições jurídicas individuais (função negativa), tornando abusivo o exercício que extrapola tais limites. Em outras palavras, o intérprete deverá integrar ao regulamento contratual os deveres de lealdade, de transparência e de informação, bem como impor sacrifícios individuais em favor do interesse comum perseguido pelo contrato, definidor de suas finalidades econômicas e sociais.¹⁸¹

Conclui o autor que, da análise das três funções acima explicitadas decorre que a boa-fé objetiva¹⁸² é em alguma medida moldada pelos fins objetivamente perseguidos, com lealdade, pelas partes. Seja em sua função interpretativa, seja na criação de deveres anexos, ou na restrição de condutas abusivas, a boa-fé objetiva diz sempre respeito ao conteúdo objetivo do negócio com vistas a escopo comum.¹⁸³

Em nosso sentir, faltou ao NCPC uma maior penalização para a hipótese de descumprimento do dever de lealdade. No CPC/1973, aquele que altera a verdade dos fatos, provoca incidentes manifestamente infundados, resiste de forma injustificada ao andamento do processo ou recorre com intuito protelatório, fica sujeito a uma multa de até um por cento do valor da causa, sem prejuízo da condenação a uma indenização limitada a

¹⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade processual. Soluções práticas. Vol. 2. p. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁸² “A boa-fé pode ser subjetiva ou objetiva, sendo que ambas estão ligadas à confiança⁷ e à noção de solidariedade.⁸ A boa-fé subjetiva relaciona-se com a intenção, com a ignorância de uma anomalia ou de um vício. Esse aspecto da boa-fé aparece com muita frequência nos direitos reais, principalmente nos casos de posse de boa-fé. A boa-fé objetiva, por sua vez, é um padrão de comportamento probó, honesto e leal. Assim, a boa-fé objetiva consiste em um conceito ético-jurídico, o qual prescinde do estado de espírito do indivíduo, uma vez que a análise cinde-se ao padrão de comportamento. A boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a autonomia da vontade e, em razão de ser uma cláusula geral, impõe às partes diversos novos deveres não previstos contratualmente ou na lei. A boa-fé objetiva se relaciona com a preservação do conteúdo econômico do contrato. As funções a ela associadas não servem para tutelar o interesse privado e individual de cada contratante, mas o interesse mútuo que se extrai objetivamente do contrato” (SANTOS, Paula Ferraresi. Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar. Revista de Direito Privado. Vol. 49. São Paulo: RT, 2012. P. 209-244).

¹⁸³ TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade processual. Soluções práticas. Vol. 2. p. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

20% desse valor.¹⁸⁴

No projeto do novo Código de Processo não há sinais de que esse cenário será alterado substancialmente. O valor da multa passa de um para dois por cento do valor da causa, e o teto da indenização fica no mesmo patamar do atual, ou seja, continua limitado a 20% do valor da causa.¹⁸⁵

Dada a nova ordem cooperativa que se instaura, seria providencial uma sanção patrimonial mais invasiva na esfera do sujeito desleal. Ou, melhor dizendo, uma previsão coativa mais bruta certamente teria mais força para repelir atos desonestos.

Por fim, nesse compasso, a função intermediadora do Estado também assume maior relevo. O NCPC, em diversas passagens, ressalta o dever do Estado em buscar a solução consensual dos conflitos através de métodos alternativos. Nessa valorização do diálogo, os negócios processuais assumem relevada importância, porquanto proporciona um processo mais equitativo aos seus partícipes.

¹⁸⁴ Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

¹⁸⁵ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 190. São Paulo: RT, 2010. p. 210-230.

3.1.5. Sobre a proibição do comportamento contraditório: a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*

O significado da teoria do ato próprio (ou da proibição do comportamento contraditório) é que ninguém está autorizado a contrariar um comportamento por si mesmo praticado anteriormente, na medida em que dirija a conduta dos sujeitos ou implique na tomada de decisão por parte deles. Na exata proporção em que é informação relevante e necessária para o agir, o ato próprio vincula, de modo que não pode ser contrariado sob pena de esta mudança de orientação quebrar a lealdade.¹⁸⁶

Não se admite que alguém venha a negar seus próprios atos, ou como já proclamava a glosa do direito romano: *venire contra factum proprium non valet*. Trata-se da identificação da boa fé objetiva como fundamento normativo do princípio de proibição do comportamento contraditório, com a finalidade de tutelar-se a confiança.¹⁸⁷

No processo cooperativo, o próprio comportamento dos agentes passa a integrar as regras do jogo, justamente porque exige a colaboração dos sujeitos para que se tenha o resultado almejado. Por conta desse vínculo (relação) interpessoal, o ato próprio de vontade, ou seja, o negócio jurídico, ganha relevo no contexto da proibição do *venire contra factum proprium*.

São precisas as palavras de Luciano de Camargo Penteado:

“Nota-se uma verdadeira eficácia vinculativa de atos, ainda que não atos jurídicos em sentido estrito. A parte que os pratica gerando confiança na outra parte de que aquela orientação de conduta seria mantida, ao alterar o comportamento, imprimindo-lhe direção oposta àquela original, frustra a expectativa de confiança e viola a boa-fé objetiva. Tal fenômeno agrava-se nas

¹⁸⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. Revista de Direito Privado. Vol. 27. São Paulo: RT, 2006. p. 252-278.

¹⁸⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. Revista de Direito Privado. Vol. 27. São Paulo: RT, 2006. p. 252-278.

situações em que há legítimo investimento econômico pautado por aquela expectativa, pois então verifica-se ainda com maior intensidade o dano jurídico a merecer prevenção ou reparação, conforme ao caso em que se afigure.¹⁸⁸

Segundo Luciano de Camargo Penteado, há quatro pressupostos para a configuração do *venire contra factum proprium*: a) um comportamento; b) a geração de uma expectativa; c) o investimento na expectativa gerada ou causada e o comportamento contraditório ao inicial.¹⁸⁹

O comportamento inicial (*a*) é o fato gerador da confiança. É a intenção que uma das partes demonstra de que irá seguir na mesma linha até o fim da relação jurídica. De outro lado, (*b*) a expectativa é a própria adesão da outra parte, impulsionada pela confiança no fato gerador. E (*c*) é a quebra da expectativa em razão do comportamento contraditório do autor do fato gerador da confiança.

Como explica Alejandro Borda:

"a *teoria dos atos próprios* constitui uma regra de direito, derivada do princípio geral da boa-fé, que sanciona como inadmissível toda pretensão, mesmo lícita, mas contraditória com o comportamento próprio anterior, praticado pelo mesmo sujeito. O seu fundamento assenta-se na confiança despertada em outro sujeito de boa-fé, em virtude de uma primeira conduta praticada. Esta boa-fé restaria vulnerada se se admitisse e acolhesse outra pretensão posterior e contraditória. É que não é dado ao litigante desprezar ou ignorar sua própria conduta e formular exceções contrárias ao que resulta de ato próprio".¹⁹⁰

Segundo a teoria em cogitação, "*los sujetos están obligados a asumir las consecuencias de sus propios actos, tanto en virtud de la regla pacta sunt servanda,*

¹⁸⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. Revista de Direito Privado. Vol. 27. São Paulo: RT, 2006. p. 252-278.

¹⁸⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. Revista de Direito Privado. Vol. 27. São Paulo: RT, 2006. p. 252-278.

¹⁹⁰ BORDA, Alejandro. La teoría de los actos propios. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, n. 7-f, p. 21-22; DIEZ-PICAZO. La doctrina de los propios actos, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: Bosch, 1963, p. 40. Apud. THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. Revista de Direito Privado. Vol. 38. São Paulo: RT, 2009. p. 149-175.

*cuanto por el imperativo general del derecho de ser coherentes con la propia conducta, aplicándose por ello tanto a las relaciones contractuales como extracontractuales".*¹⁹¹

Embora não contemplada em texto expresso do direito privado brasileiro, o princípio da vinculação ao fato próprio insere-se como princípio geral de direito, modernamente prestigiado e reforçado, no Código Civil brasileiro, ao submeter toda a atividade de formação, interpretação e execução do contrato aos ditames da lealdade e boa-fé entre as partes (art. 422).¹⁹²

Pois bem. Conforme destaca Humberto Theodoro Junior, *“a teoria dos atos próprios, por envolver um verdadeiro princípio geral da conduta jurídica, não se restringe ao campo dos negócios privados e deve ser observado em todos os segmentos do direito”*.¹⁹³ Por esse motivo, dada a pertinência do tema aos negócios jurídicos processuais, é fundamental a sua colocação no contexto deste trabalho, embora não se tenha o objetivo de esgotar especificamente este ponto.

O fato é que o negócio jurídico processual, tal como os demais, é formado por um ato de vontade, seja unilateral, bilateral ou plurilateral. O comportamento contraditório não deve ser admitido por nenhuma das partes aderentes, inclusive pelo juiz. Nesse sentido, afirmam Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Fábio Lindoso e Lima:

“É possível, apenas com a base legal do art. 14, II, do CPC/1973, cláusula geral de boa-fé objetiva processual, admitir justificação legal ao *venire* direcionado ao juízo. Há ainda, lateralmente a isto, a outro fundamento: aquele calcado na ideia do juízo enquanto agente do estado. Enquanto agente administrativo, o juiz está proibido de frustrar a confiança e a expectativa do particular. Pode-se afirmar,

¹⁹¹ DOBSON, Juan M. El abuso de la personalidad jurídica. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 282. Apud. THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. Revista de Direito Privado. Vol. 38. São Paulo: RT, 2009. p. 149-175.

¹⁹² THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. Revista de Direito Privado. Vol. 38. São Paulo: RT, 2009. p. 149-175.

¹⁹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. Revista de Direito Privado. Vol. 38. São Paulo: RT, 2009. p. 149-175.

portanto, que há mais de uma fundamentação para um dever de coerência do juízo. Além do dever anexo de coerência, há o limite ao exercício do poder de jurisdição, oriundo da tutela da confiança.

O que informa, especificamente, a vedação ao comportamento contraditório do juízo é a função de controle da boa-fé objetiva processual. Esta funcionalidade do princípio coloca a boa-fé objetiva como adjetivação, como limite ao dever de prestar jurisdição. Com arrimo nesta funcionalidade é que se desenvolveu a doutrina da vedação ao comportamento contraditório. Com este dever, há um afunilamento da margem de discricionariedade do juízo. A cláusula geral de boa-fé objetiva processual impõe ao juízo um dever de lealdade para com as partes. Assim, além de todas as amarras legais, aquele se vincula também às suas próprias decisões pretéritas”.¹⁹⁴

Na realidade, o dever de cooperação nada mais é do que uma consequência do princípio da boa-fé. Em um negócio jurídico processual todos os sujeitos envolvidos devem corresponder à expectativa criada, inclusive o juiz. Sendo assim, nos casos em que se tem a participação do magistrado (por exemplo, na calendarização processual), qualquer revisão ou anulação deve ser motivada para não quebrar a expectativa de processo, ou seja, a própria a segurança jurídica.

3.1.6. Sobre a instrumentalidade das formas e a conservação do negócio jurídico

Na esfera processual, é de conhecimento geral que o princípio da instrumentalidade das formas assegura o aproveitamento dos atos processuais, desde que não cause prejuízo ao processo em si e atinja o seu fim principal. Paralelamente, no direito material assegura-se a conservação do negócio jurídico mesmo quando verificada a inobservância dos seus requisitos, desde que substancialmente preserve o fim perseguido

¹⁹⁴ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso e. A contradição externa e o venire contra factum proprium do Juízo. Revista de Processo. Vol. 254. São Paulo: RT, 2015. p. 79-118.

pelas partes. São princípios co-irmãos que, diante da característica especial do tema pesquisado, aplicam-se simultaneamente.

Essa tentativa de salvar o ato que de alguma forma encontra-se viciado é o que se chama de princípio da conservação ou *favor negotii*. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo:

"Por ele, tanto o legislador, quanto o intérprete, o primeiro, na criação de normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação destas diversas normas, devem procurar conservar, em qualquer dos três planos - existência, validade e eficácia -, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente." De forma que "consiste em procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa efeitos manifestados como queridos) é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil."¹⁹⁵

De fato, mesmo que o ordenamento não permita a produção dos efeitos próprios do ato praticado, ou em toda a sua extensão, deve-se averiguar quanto a possibilidade de que o mesmo venha a gerar algum efeito socialmente útil de acordo com a ordem jurídica. Afinal, entre duas interpretações possíveis da declaração de vontade, uma que prive de validade e outra que lhe assegure validade, há de ser adotada a última.¹⁹⁶

Segundo Eduardo Luiz Bussatta, "*a idéia subjacente a tal princípio é que a ordem jurídica somente deve impor a destruição de atos jurídicos afetados de qualquer vício quando o vício não for remediável. Se possível, o negócio deve ser tratado de forma*

¹⁹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66-67.

¹⁹⁶ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. Revista de Direito Privado. Vol. 26. São Paulo: RT, 2006. p. 146-171.

que mantenha a produção de efeitos jurídicos ainda que pouco diverso dos objetivamente queridos”.¹⁹⁷

Diante deste quadro, o intérprete deverá sempre envidar seus melhores esforços a fim de que o negócio jurídico produza algum efeito prático, não obstante a invalidade que sobre ele pesa, na medida em que o negócio jurídico concreto foi criado com uma finalidade e esta deve, tanto quanto possível, ser atingida. Deparando-se o intérprete com um negócio jurídico nulo da forma com que foi convencionado, mas que poderia gerar efeitos sucedâneos aos queridos pelas partes ou aproximados da finalidade prática perseguida, deve valer-se da conversão do negócio jurídico.¹⁹⁸

Passando para a esfera processual, podemos compreender o princípio da conservação dos negócios jurídicos como o próprio aproveitamento dos atos processuais, porquanto o conteúdo de ambos é idêntico, qual seja, atribuir algum efeito válido ao ato que contenha vício, preservando o negócio e impulsionando o andamento processual.¹⁹⁹

3.2. Classificação

3.2.1. Quanto a tipicidade: típicos e atípicos

São negócios processuais *típicos* aqueles expressamente previstos em lei.

No Capítulo 3, a seguir, elencamos aqueles que compreendemos possuir essa natureza.

¹⁹⁷ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. Revista de Direito Privado. Vol. 26. São Paulo: RT, 2006. p. 146-171.

¹⁹⁸ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. Revista de Direito Privado. Vol. 26. São Paulo: RT, 2006. p. 146-171.

¹⁹⁹ Nesse sentido, dispõe o Enunciado n. 16 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “*O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo*”.

Já os negócios processuais *atípicos* são as convenções permitidas pela cláusula geral do art. 190 do NCPC. São aquelas que não estão pré-estabelecidas pela lei, mas são permitidas caso a caso.

3.2.2. *Quanto a forma: solenes ou não solenes; comissivos ou omissivos*

No tocante a forma de celebração do negócio processual, seria possível classificá-lo como *solene* ou *não solene*. Solenes são aqueles que exigem forma pré-estabelecida pela lei; não solenes, o oposto. Dada a exigência formal do próprio processo, não identificamos, adianta-se, possibilidade de negócios jurídicos processuais não solenes. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, “*processo é necessariamente formal (embora não devam ser formalistas aqueles que operam o processo), porque as suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade na jurisdição*”.²⁰⁰

A formalidade do negócio processual está subordinada, contudo, a um único requisito: que seja escrito. Não se exige a celebração por instrumento público nem qualquer outro requisito solene. Nesse sentido, segundo Flávio Yarshell o negócio processual deve ter forma escrita, ainda que eventualmente apresentado de forma oral²⁰¹. Conforme aduz o autor:

²⁰⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 2.

²⁰¹ Conforme o enunciado n. 30, elaborado pela Enfam – Escola Nacional de Formação e aperfeiçoamento de magistrados, “Não é válida convenção pré-processual oral (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 e 63, § 1º, do CPC/2015). Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>.

“para ser válido, o negócio processual não está sujeito a forma específica (CC, art. 166, IV). Não há exigência de que seja celebrado por instrumento público, nem mesmo quando esse último for requisito de validade de atos objeto da controvérsia judicial. Quando não fosse por outras razões, bastaria lembrar que, ainda que celebrado por instrumento particular, ele deverá ser juntado aos autos e, nessa medida, já ganhará a forma pública; que será originária se e quando o negócio for celebrado na presença do juiz, em audiência”.²⁰²

Identificamos, portanto, uma relevante diferença quanto aos negócios jurídicos de direito material, que em regra não exigem forma. Predomina entre os civilistas que no direito brasileiro vige princípio pelo qual, em regra, as partes são livres para escolher a forma do contrato. Ou seja, não existe necessidade de que o consenso seja formalizado em algum instrumento especificamente descrito pela legislação (art. 107 do Código Civil).²⁰³ Nesse sentido, leciona Arruda Alvim:

“A adoção deste princípio no direito pátrio identifica o *consensualismo* como uma das diretrizes do direito contratual. Em regra, portanto, não se pode exigir forma especial para a validade da manifestação de vontade e, sendo assim, a formação do contrato se dá pelo simples consenso, não havendo necessidade de instrumentalização específica”.²⁰⁴

Também quanto à forma, podemos classificar os negócios processuais como *comissivos* ou como *omissivos*. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, a maioria dos negócios jurídicos processuais é constituída de negócios comissivos, mas há omissões negociais. Cita como exemplo a prorrogação da competência territorial por inércia do réu e a revogação da convenção de arbitragem. Em suas palavras:

“a propositura da demanda em foro incompetente, aliada à inércia do réu em opor a exceção de incompetência, caracteriza um acordo tácito ou implícito de vontades. De igual modo, a propositura de demanda no juízo estatal, não obstante a convenção de arbitragem, aliada à inércia do réu em alegá-la,

²⁰²YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 73.

²⁰³ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

²⁰⁴ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Distrato. Soluções práticas. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011. p. 443-455.

caracteriza uma convenção implícita. São, portanto, omissões negociais ou negócios omissivos”.²⁰⁵

Seriam, pois, comissivos os negócios processuais celebrados com expressa anuência dos sujeitos. De outro lado, omissivos seriam aqueles acordados tacitamente, na medida da sua possibilidade jurídica. Aqui, assemelham-se os negócios processuais aos negócios jurídicos de direito material, porquanto a manifestação de vontade pode ser feita não apenas com atos expressos, mas também há manifestação até mesmo com o silêncio da parte, desde que não tenha necessidade de declaração de vontade expressa no caso específico.

Um dos dispositivos do Código Civil que trata do silêncio como hábil manifestação de vontade é o art. 111.²⁰⁶ O citado dispositivo revela a intenção do legislador em agasalhar no sistema a possibilidade de se inferir a vontade da parte, ainda que não haja expressa manifestação ou forma especial.²⁰⁷

Segundo Arruda Alvim:

“Em contraposição [à manifestação expressa], chama-se manifestação tácita de vontade aquela que resulta de um comportamento do agente, traduzindo a exteriorização por uma dada atitude. Para o direito, tem eficácia a manifestação tácita de vontade, tanto quanto a expressa, salvo nos casos em que a lei exige por esta última forma.

Este comportamento do qual deriva a necessária ilação de qual é a vontade da parte é chamado de *comportamento concludente*. Existem determinados comportamentos que geram a legítima expectativa de manifestação de vontade em sentido que ratifique a conduta da parte. Por óbvio, jamais se poderia admitir que a parte se comporte de uma maneira e na verdade “esconda” uma vontade que contradiga sua conduta.

O comportamento (exterior), seja ele positivo (comissivo) ou negativo (omissivo), tem o condão de revelar a vontade (interior) da parte, sendo certo que esta se vincula às consequências de seus atos ou omissões”.²⁰⁸

²⁰⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 43.

²⁰⁶ Art. 111: O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

²⁰⁷ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Distrato. Soluções práticas. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011. p. 443-455.

²⁰⁸ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Distrato. Soluções práticas. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011. p. 443-455.

O comportamento de um indivíduo identifica sua manifestação de vontade, seja de forma expressa ou tácita, vinculando-o ao negócio jurídico e aos seus correspondentes efeitos.

2.7.3. *Quanto ao momento de formação: incidental ou extrajudicial*

Basicamente, podemos classificar as convenções processuais por dois momentos de formação: a) incidental – ou judicial –, quando a relação jurídica processual já está formada e em desenvolvimento; ou b) extrajudicial, quando o acordo entre os sujeitos é realizado anteriormente a um possível litígio.

Nesse sentido, segundo Flávio Yarshell:

“o negócio pode ser anterior ao processo, para regular atividade processual extrajudicial (por exemplo, para tratar de providências de instrução preliminares) ou para reger futuro e eventual processo judicial. Além disso, o negócio pode ser firmado durante o processo. Isso significa que, em tese, pode ser celebrado em qualquer fase processual. Até mesmo em fase recursal isso é possível, embora seja forçoso reconhecer que, nesse âmbito, a margem para exercício da autonomia da vontade tende a decrescer”.²⁰⁹

Para Trícia Navarro Xavier Cabral, “as convenções sobre processo realizadas extrajudicialmente podem ser constituídas de forma autônoma, ou então inseridas em contratos mais abrangentes. Possui natureza jurídica de direito material, ficando os efeitos processuais condicionados à sua integração ao processo”.²¹⁰

²⁰⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 67.

²¹⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 226.

Com a devida vênia, não concordamos que o fato de a previsão contratual de matéria processual (antes do litígio) a torne de natureza jurídica de direito material. A eleição de foro possui, desde sempre, caráter eminentemente processual, pois a eventualidade da lide não pode definir a própria natureza do negócio. Nesse sentido, afirma Pedro Henrique Pedrosa Nogueira que “*certos negócios jurídicos (v.g., contrato de cessão do direito subjetivo discutido em juízo, acordo para modificação do foro etc.), mesmo estando ‘desintegrados’ do procedimento, são por si capazes de gerar situações jurídicas processuais as serem exercidas pelas partes no processo*”.²¹¹ Portanto, independentemente do momento em que é celebrado, a natureza do negócio jurídico deve ser definida pelo *objeto* envolvido.

2.7.4. Quanto ao objeto: processo e procedimento

Durante vários séculos, tratou-se processo e procedimento como se fossem a mesma coisa, confundindo-se os respectivos conceitos. Entendia-se o processo como uma sucessão de atos processuais, o que, na verdade, corresponde ao procedimento. Somente em meados do século XIX, quando se percebeu a existência, no processo e de uma força que vincula os sujeitos processuais, surgiu a preocupação em distinguir processo de procedimento.²¹²

Segundo enfatizam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Almeida e Eduardo Talamini o processo constitui-se numa relação jurídica, que se materializa no

²¹¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese de Doutorado. UFBA. Salvador, 2011. p. 48.

²¹² VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Princípio da Fungibilidade – Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: RT, 2007, p. 96.

procedimento. O processo, para eles, “*é conceito de cunho finalístico, teleológico, que se consubstancia numa relação jurídica de direito público, traduzida num método de que se servem as partes para buscar a solução do direito para os conflitos de interesses*”.²¹³

Apesar da dicotomia, processo e procedimento são indissociáveis e estão umbilicalmente soldados. Afinal, não há processo sem procedimento e não há procedimento que não se vincule a um processo, conforme leciona Teresa Arruda Alvim Wambier:

“se para o processo interessa ‘relação jurídica e finalidade’ (obtenção de um pronunciamento judicial definitivo), e o procedimento diz respeito ao ‘aspecto exterior’ e à ‘movimentação’, a cada processo corresponde necessariamente uma relação processual, e, a um mesmo procedimento podem corresponder dois ou mais processos”.²¹⁴

Assim, como se nota, processo será tido como a ferramenta utilizada pelos sujeitos processuais para o desenlace dos conflitos, nele se estabelecendo como o juiz deve exercer a jurisdição, como deverá ser exercido o direito de ação e defesa pelas partes, enquanto o procedimento constituir-se-á da sequência de atos que buscam dar forma e vida ao processo, solucionando a controvérsia.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o resultado da atividade conciliatória endoprocessual pode ser de caráter jurídico-material (transação, reconhecimento do pedido, renúncia ao direito) e pode ser puramente processual.

Entre os possíveis resultados somente *processuais* da conciliação inclui-se a *desistência da ação* e será legítimo incluir também os acordos que as partes façam *sobre fatos* (reconhecendo-os um dos litigantes e removendo a controvérsia antes reinante) ou

²¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, v. 1, p. 147. Na mesma linha, verte o escólio de Rogério Lauria Tucci, para quem a noção de processo é essencialmente finalística, teleológica, enquanto a de procedimento é de índole eminentemente formal (cf. Curso de Direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 21)

²¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os Agravos no CPC Brasileiro. 3. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 143-144.

sobre a prova – convencionando a alteração das regras sobre o ônus de produzi-la (art. 333, par. ún.) ou pondo-se de acordo quanto aos meios probatórios a serem desencadeados no processo.²¹⁵

Com efeito, tem-se disponível na esfera processual, em termos de objeto negociável: a) o próprio direito material envolvido; b) matéria eminentemente processual e; c) matéria de ordem procedimental. Trataremos, na medida do possível, da classificação individualizada de cada convenção identificada em nosso ordenamento (cf. capítulo 3).

2.7.5. *Quanto aos sujeitos: unilateral, bilateral e plurilateral*

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha:

“os negócios processuais típicos podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais. A modificação do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66) e a sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (art. 42, §1º) são negócios plurilaterais. A desistência do recurso, o reconhecimento da procedência do pedido, a renúncia ao recurso, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, a escolha do juízo da execução, a desistência da penhora pela exequente são todos negócios unilaterais”.²¹⁶

No mesmo sentido, afirma Trícia Navarro Xavier Cabral:

“No âmbito judicial, a constituição das convenções em matéria processual se dá por duas ou mais declarações de vontade que se unem para a formação de um ato uno e novo, com efeitos específicos, em contraposição do ato dispositivo concordante, em que há duas manifestações de vontade sucessivas, com a lei vinculando os efeitos do ato de uma parte à concordância do ou litigante e ao

²¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Acordos judiciais e a perícia arbitral. In Fundamentos do processo civil moderno. Tomo II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 963.

²¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 44.

pronunciamento judicial. Portanto, a convenção firmada dentro do processo é ato de natureza processual”.²¹⁷

Com efeito, podemos dizer que o negócio jurídico processual pode ser classificado quanto aos sujeitos partícipes como *unilateral, bilateral ou plurilateral*.

Negócios jurídicos processuais unilaterais seriam aqueles que demandam manifestação de apenas uma das partes. Apontam-se como exemplos de negócio jurídico processual unilateral a escolha do procedimento feita pelo autor ao ajuizar a demanda; desistência da ação, reconhecimento de procedência do pedido, renúncia ao direito discutido, desistência do recurso, etc. Os negócios unilaterais normalmente serão aqueles consistentes em renúncias individuais.²¹⁸

Negócios jurídicos processuais bilaterais são caracterizados pela manifestação de vontade de ambas as partes. São aqueles que necessariamente dependem de concordância entre o(s) sujeito(s) ativo(s) e o(s) sujeito(s) passivo(s) da relação processual.

Já os negócios plurilaterais são aqueles que, em nosso sentir, depende de homologação judicial. Diferentemente dos uni/bilaterais, que independem do consentimento judicial, temos nessa classificação uma necessária avaliação a ser exercida pelo juiz. Nesse caso, temos no mínimo três sujeitos partícipes, o que indica uma relação triangular e, portanto, plurilateral.

²¹⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 226.

²¹⁸ Cf. REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 276.

3.3. Legitimidade para a negociação

3.3.1. Partes

Embora eventualmente possam ser coincidentes dentro de uma mesma relação jurídica processual, os conceitos de legitimidade, capacidade processual e de parte não se confundem.

Normalmente, os *sujeitos* da relação processual são, além do juiz, as partes. Partes são os litigantes, as pessoas que levaram a controvérsia ao juiz.²¹⁹ Esse é um conceito puro de parte, que leva em conta exclusivamente o fato objetivo de a pessoa estar incluída em uma relação processual como um sujeito parcial e ali estar em defesa de alguma pretensão. Desse conceito puro a que se refere Cândido Dinamarco, resulta que “ser parte no processo significa ser *titular das faculdades, ônus, poderes e deveres inerentes à relação jurídica processual, em estado de sujeição ao juiz*”.²²⁰

A noção de *legitimidade* está ligada ao campo das condições da ação. Já o de parte está ligado aos elementos da ação.²²¹ Na preciosa lição de Donaldo Armelin, “*a legitimidade é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado*”.²²² Essa qualidade, conforme destaca o ilustre professor, é resultado de uma situação jurídica proveniente da titularidade de uma relação jurídica ou de uma posição em uma situação de fato, à qual o direito reconhece efeitos jurídicos.²²³

²¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de derecho procesal civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, p. 65.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 247 e p. 249.

²²¹ Cf. SHIMURA, Sérgio. Título executivo. 2 ed. São Paulo: Método, 2005. p. 41.

²²² ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 11.

²²³ Idem.

A noção de legitimidade é de fundamental importância para o tema proposto neste trabalho, já que esta qualidade deve ser aferida frente ao ato que vai ser praticado, de sorte que não é possível falar em legitimidade apenas pelo prisma subjetivo, mas pelo prisma subjetivo-objetivo.²²⁴ Por isso é que se diz que a legitimidade é um liame que se estabelece entre um sujeito, um objeto e outro sujeito.²²⁵ Assim, a noção de legitimidade para a causa, no dizer de Cássio Scarpinella Bueno, “*deve ser extraída do plano material, transformando a titularidade da relação de direito material em realidade processual, transformando os envolvidos em uma dada relação jurídica material em parte, entendida, pela doutrina dominante, como aquele que pede ou em face de quem se pede algo em juízo*”.²²⁶

Também é preciso se ter em mente a distinção entre legitimidade *ad causam*, capacidade processual e legitimidade processual. Somente tem legitimidade processual (ou legitimidade para estar em juízo) quem está apto a apresentar-se em juízo, acompanhado de um advogado (capacidade postulatória). Terá legitimidade *ad causam* se se apresentar como o possível titular do direito, em relação a uma situação a esse legitimado passivo referente.²²⁷ Já a capacidade processual “*é a aptidão abstrata para agir no processo, reconhecida pela ordem jurídica*”²²⁸, ligada essencialmente ao atributo jurídico concedido à pessoa em função de suas qualidades naturais²²⁹, sendo de caráter genérico, ou melhor, não se vinculando a um determinado ato nem à determinada pessoa. Vale dizer, ao contrário da legitimidade, que pressupõe uma relação recíproca – pois se

²²⁴ Idem. p. 12.

²²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 57.

²²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Partes e terceiro no processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 32.

²²⁷ Cf. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Tratado de direito processual. Vol. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 330.

²²⁸ Idem.

²²⁹ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade ..., p. 18.

alguém é parte legítima, o é em relação a outrem ²³⁰, a capacidade tem caráter subjetivo, atribuída a alguém em função de suas qualidades *naturais*.

Segundo Flávio Yarshell, “o negócio jurídico exige sujeitos plenamente capazes” (art. 190, caput). Isso exclui a possibilidade de que seja celebrado por absolutamente incapazes – ainda que não pessoa de seus representantes legais – e por relativamente incapazes – mesmo que regularmente assistidos”.²³¹ Todavia, por se tratar de hipótese legal, é possível que o sujeito absolutamente ou relativamente incapaz celebre negócio jurídico processual, desde que, evidentemente, representado ou assistido por seu representante legal.²³²

Assim, o negócio jurídico é concretizado através da manifestação de vontade dos sujeitos, que expressam a concordância com a produção dos efeitos negociais que irão repercutir diretamente na esfera de seus direitos ou obrigações a serem adimplidas.

3.3.2. Terceiros

São dois aspectos que merecem atenção quando nos reportamos aos terceiros no negócio jurídico processual. O primeiro é a oponibilidade da convenção

²³⁰ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Tratado de direito processual..., p. 343.

²³¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 73.

²³² Conforme Mairam Gonçalves Maia Junior, “O negócio jurídico concretiza-se por meio da manifestação de vontade das partes contratantes, que por si expressam a concordância com a produção dos efeitos negociais. Com efeito, depende do agir próprio do titular do interesse os atos que repercutam, positiva ou negativamente, na esfera, a jurídica do agente, ou seja, que constituam direitos ou obrigações a serem adimplidas”. (A representação no negócio jurídico. 2 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 27.)

perante o terceiro não participante. O segundo seria a intervenção de terceiros negociada ou a negociação da legitimação extraordinária.

Neste ponto, por opção metodológica, reservamo-nos ao primeiro aspecto. Quanto ao segundo, reportamos o leitor ao subtítulo n. 4.4.3, dedicado às convenções processuais atípicas.

Há que se considerar que “*parte é aquele que pede tutela jurídica no processo, bem como aquele contra quem essa tutela é pedida, e que esteja no processo*”.²³³ De outro lado, define o *terceiro* por exclusão. Ou seja, é terceiro quem não é parte.

O conceito de parte e de terceiro é o mesmo no âmbito do direito civil.

Nesse sentido:

“De acordo com Francesco Messineo, o conceito de terceiro não pode ser determinado, senão de forma negativa; uma definição de conteúdo afirmativo, segundo esse autor, não é possível de se formular. Para ele, terceiro seria aquele que não é parte no contrato. Por conseguinte, para se entender o conceito de terceiro é necessário compreender o que é parte, pois quem estiver excluído dessa definição será considerado aquele.

Parte, portanto, é aquele sujeito que contribuiu com sua vontade para a constituição do negócio jurídico. Em se tratando de um contrato, este exige a declaração de vontade de duas ou mais pessoas, que ainda poderão ser bilaterais ou plurilaterais, dependendo da forma como as vontades foram declaradas. Se elas se contrapuserem, estar-se-á diante de contrato bilateral, mas, se as vontades convergirem-se para um interesse comum, trata-se de contrato plurilateral. Constituída a obrigação, surge concomitantemente a relação jurídica entre as partes.

Nesse contexto, *terceiro é aquele que não contribuiu com sua declaração de vontade para a formação do negócio jurídico*. Tanto isso é verdade que, no contrato a favor de terceiro, este somente torna-se parte depois que declara sua vontade em aceitar a estipulação.⁵³ Mais ainda, na hipótese da promessa de fato de terceiro, se o terceiro não executar o que foi prometido, não pode ser responsabilizado, pois não era parte (art. 439 do CC/2002 (LGL\2002\400)) - não contribuiu com sua vontade para a formação do negócio. Porém, se o terceiro se obriga a cumprir o fato prometido, a partir daí, é parte do contrato e assim nenhuma responsabilidade pode recair sobre quem realizou a promessa (art. 440 do CC/2002 (LGL\2002\400)).²³⁴

²³³ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 34.

²³⁴ URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. *Revista de Direito Privado*. Vol. 43. São Paulo: RT, 2010. p. 180-231.

Pois bem. Especialmente sobre a não sujeição de terceiro à cláusula de compromisso arbitral, Teresa Arruda Alvim Wambier leciona:

“Por isso aplica-se a ela, também, a regra do art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996, que dispõe: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em registro, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula”.

Esse dispositivo objetiva, justamente, *proteger a livre manifestação da vontade das partes*, assegurando que, naquelas situações em que esse direito é mitigado, ninguém seja obrigado a *assumir obrigação com que, verdadeiramente, não concordou*. Por isso a necessidade de que, nos contratos em que um partícipe não possa livremente interferir em sua formação, a concordância com cláusulas restritivas de direito *se dê de modo inequívoco: com assinatura ou visto especialmente para esta cláusula*.²³⁵

Essa interpretação restritiva também se aplica aos negócios jurídicos processuais de uma forma geral, pois de acordo com as regras brasileiras, as partes somente estão obrigadas a submeterem-se aos negócios que tenham sido aderentes.

Na realidade, a questão cinge-se novamente à legitimidade dos sujeitos envolvidos. A *legitimatio ad causam* é, segundo Arruda Alvim, “a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença”.²³⁶ A legitimidade depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, por isso é que a legitimidade é “aferida em função do ato jurídico realizado ou a ser praticado”.²³⁷

²³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Não sujeição do terceiro anuente à cláusula de compromisso arbitral prevista em contrato. Pareceres. Vol. 1. São Paulo: RT, 2012. p. 123.

²³⁶ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 450.

²³⁷ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 11.

Com efeito, não vislumbramos a viabilidade de dois sujeitos convencionarem no sentido de retirar ou restringir direito alheio, sem, obviamente, o consentimento deste.

Outro é o sentido, contudo, da convenção para atribuir a terceiro função a ser exercida processualmente. O art. 471 do NCPC, por exemplo, possibilita às partes a escolha consensual do perito, que até então seria um terceiro no processo. Após sua atuação, passa a ser um colaborador processual. Também há possibilidade de nomeação de terceiro para ser administrador ou depositário do bem (art. 869, NCPC) e até mesmo a aventada possibilidade de intervenção de terceiros negociada, conforme abordaremos adiante, em subtítulo específico.

3.3.3. O juiz e o gerenciamento de processos judiciais

A atividade do juiz nos negócios processuais envolve precipuamente sua função gerencial. Embora não caiba sempre ao juiz a homologação das convenções, cabe a ele exercer seus poderes na condução do processo, incentivando e promovendo o diálogo, além de propiciar a adaptação do procedimento ao caso concreto.²³⁸

²³⁸ Para Flávio Luiz Yarshell, o juiz não é sujeito do negócio. Segundo o autor, “sujeitos são os protagonistas da relação material, atual ou potencialmente controvertida. Dessa forma, afora a hipótese particular de fixação de calendário (art. 191), o juiz (ou o órgão judicial) não é agente do negócio. Ainda que o respectivo conteúdo possa até ser discutido na presença do magistrado (o que pode eventualmente se afigurar conveniente pelo caráter profilático que isso possa ter), isso não faz do juiz um sujeito do negócio: dele não emana declaração de vontade constitutiva do negócio e, a rigor, nem é caso de o juiz homologar o ato das partes. Não há previsão legal para isso; o que é rigorosamente correto porque não há o quê homologar, mas simplesmente observar e efetivar. (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 67).

Segundo Cláudia Elisabete Schwerz Cahali, “*entende-se por gerenciamento de processos o conjunto de medidas e de práticas aplicáveis à condução do processo pelo juiz voltado para a concretização de um processo célere e efetivo, observado o devido processo legal. A gestão do processo busca conferir racionalização à atividade jurisdicional*”.²³⁹

Segundo a autora, o gerenciamento de processos judiciais contempla três vetores principais: “1) a possibilidade de o juiz adaptar o procedimento às peculiaridades do direito material; 2) a adoção de boas técnicas na prestação jurisdicional, que compreendem o planejamento, a organização, a condução da marcha processual e o conhecimento pelo juiz da causa das questões relevantes do processo e da identificação da demanda conforme a sua complexidade; 3) a utilização intensa dos meios alternativos de resolução de conflitos”.²⁴⁰

Assim, o juiz assume o papel de gerente do processo para organizar e conduzir a marcha processual, mediante sua adaptação à complexidade da causa: o juiz, de acordo com as características de determinado processo, vai realizar a condução da marcha procedimental num contexto em que a atuação judicial possa observar a relação custo/benefício de cada situação litigiosa, a fim de que cada causa mereça atenção de acordo com suas necessidades concretas, para que haja a melhor distribuição possível dos recursos judiciais entre todos os processos em curso perante a jurisdição.²⁴¹

Conforme bem observa Érico Andrade, “*no âmbito do gerenciamento processual tem-se, com isso, a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo e sua atuação mais efetiva na busca da realização dos fins institucionais da jurisdição.*”

²³⁹ CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *Gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 28.

²⁴⁰ CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *Gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 28.

²⁴¹ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*. vol. 193. São Paulo: RT, 2011. p. 167-200.

*Tudo, reitere-se, para permitir e garantir a melhor adaptação do procedimento ao caso concreto, no interesse das partes e do próprio processo em realizar uma justiça mais célere e com menor custo, de acordo com as necessidades reais de cada caso”.*²⁴²

Como se nota, o gerenciamento processual abrange uma série de fatores, todos ligados aos poderes exercidos pelo magistrado na condução do processo. Nesse passo, o tema assume relevo também às convenções processuais, uma vez que é um instituto que busca desenvolver maior cooperação entre todos os sujeitos do processo, entre o juiz e as partes e os advogados, na medida em que todos os envolvidos assumam ao menos um propósito em comum: a rápida e adequada solução da disputa judicial.²⁴³

O fenômeno mais perceptível no NCPC, decorrente da proclamada gestão processual pelo magistrado, é a calendarização processual, prevista no art. 191. Conforme veremos oportunamente (capítulo 5), trata-se de oportuna previsão legal do processo cooperativo, formalizado pelo juiz e pelas partes através de um negócio jurídico processual.

Não pretendemos neste trabalho abordar profundamente o tema *gestão processual*, até mesmo porque isso exigiria uma outra oportunidade, dada a relevância do tema e da pesquisa.²⁴⁴ Resumimos ao que nos concebe, de que o negócio jurídico processual (inclusive a calendarização) é uma das técnicas de gerenciamento do processo, mormente porque permite uma ampla flexibilização procedimental, principal característica do *gerenciamento*.

²⁴² ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. Revista de Processo. vol. 193. São Paulo: RT, 2011. p. 167-200.

²⁴³ CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *Gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 28.

²⁴⁴ Sobre o tema, há ótimos trabalhos nacionais específicos, dentre eles: CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *Gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010; ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. Revista de Processo. vol. 193. São Paulo: RT, 2011. p. 167-200.

Em relação a atividade do juiz nos negócios processuais, também merece destaque a compreensão dos limites de sua participação, ou, em outras palavras, o controle de formação e de conteúdo do negócio jurídico processual. Sobre esse aspecto, remetemos o leitor ao subtítulo 3.4 a seguir.

3.3.4. Ministério Público

Se há certa repulsa em se admitir os negócios processuais entre particulares, a dimensão é muito maior quando se imagina sujeitos públicos partícipes de convenções. O principal motivo seria a chamada *indisponibilidade dos bens públicos*.

Na realidade, não devemos confundir a indisponibilidade material com as situações de direito processual, até mesmo porque o negócio jurídico processual pode ser benéfico ao Poder Público. Segundo Antônio do Passo Cabral:

“Ainda que haja restrições sobre os direitos materiais, vimos que existe alguma margem para autocomposição. De fato, tanto no processo civil das causas do Estado, quanto no processo sancionador, e até mesmo no processo penal, há possibilidade de celebração de negócios que representam algum grau de disposição sobre os direitos materiais envolvidos, mesmo em campos de forte presença de interesse público. O mesmo acontece nos termos (ou compromissos) de ajustamento de conduta nas ações coletivas e, em nosso sentir, também nas ações de improbidade administrativa. Essa permeabilidade para os acordos existe hoje e deverá ser certamente alargada pela influência da normativa do novo CPC”.²⁴⁵

Nesse sentido, enunciou o Fórum Permanente de Processualistas Civis:

²⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 550.

Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

O Ministério Público possui uma enorme gama de atuação e não seria na celebração de negócios processuais que se lhe restringiria infundadamente. Tanto processualmente quanto na fase pré-processual, o Ministério Público possui uma gama de poderes legítimos, inclusive para constituição de título executivo (p. ex., o termo de ajustamento de conduta).

Observa Antonio do Passo Cabral que o membro do Ministério Público, nos limites do ordenamento jurídico, poderá celebrar acordos de natureza processual. Para além do direito material, o MP poderá convencionar com vistas a constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas processuais. E poderá fazê-lo em qualquer fase da investigação ou durante o processo, isto é, poderá celebrar convenções processuais prévias ou incidentais.²⁴⁶

A Resolução número 118 do Conselho Nacional do Ministério Público relaciona as *convenções processuais* como instituto apto ao Ministério Público para assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolve a atuação da Instituição:

Art. 1º Fica instituída a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as *convenções processuais*, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

²⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 553.

Na Seção V da referida Resolução, o Conselho Nacional do Ministério Público elenca as hipóteses em que se sugere a negociação processual:

Seção V – Das convenções processuais

Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais.

Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.

Portanto, no que concerne a eventual indisponibilidade sobre o direito material, consideramos que em se tratando de convenções atinentes a direitos processuais ou ao procedimento, não há propriamente a disposição de direitos materiais. A disposição de direito processual não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida na relação jurídica processual.²⁴⁷

3.3.5. *Fazenda Pública*

Tal como o subtítulo anterior, a problemática aqui insere-se na disponibilidade do bem público, fundamento principal para se negar a legitimidade da Fazenda Pública para celebrar negócios jurídicos processuais. Com a devida vênia, equivocadamente.

²⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 551.

Na verdade, é o próprio art. 190 que induz a esse entendimento, já que a redação dá a entender que a validade do negócio jurídico processual é regulada pelo objeto litigioso. Ao prever a possibilidade de negócio jurídico *processual* quando versar o processo sobre direito que admitam *autocomposição*, leva-se à conclusão de que o dispositivo só se aplica a hipóteses que permitam autocomposicao dos direitos materiais postos em juízo, além da possibilidade de autocomposição dos direitos processuais negociados.²⁴⁸

Por isso, para Flávio Luiz Yarshell. “*pelo novo texto legal, a possibilidade de negócio processual não fica restrita a litígios envolvendo direito patrimoniais. Assim, mesmo em processo que envolvem questões relativas ao estado e à capacidade de pessoas, desde que capazes as partes, afigura-se admissível o negócio processual*”.²⁴⁹

Assim embora a Fazenda Pública tenha margem muito restrita para autocomposição, em tese essa possibilidade existe. Sendo assim, segundo Flávio Luiz Yarshell, “*não parece haver óbice legal para que ela celebre eventual convenção em matéria processual, ressalvadas disposições substanciais ou processuais que se entendam cogentes*”.²⁵⁰

Na realidade, conforme destacam Mirna Cianci e Bruno Megna:

“Em verdade, o que importa saber não é se há uma possibilidade genérica de praticar tais negócios, mas sim quais os limites e condições para tanto. Tais condições não estarão apenas nos requisitos do negócio jurídico em si, que, pela mera presença da Administração Pública, não se altera ontologicamente. Aqui, como em todos os casos, o negócio jurídico deverá (i) ter a forma prescrita ou não

²⁴⁸ Cf. CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 489.

²⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 69.

²⁵⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 70.

defesa em lei; (ii) versar sobre objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) ser praticado por sujeito capaz e legitimado. Tais condições estarão, principalmente, no ato administrativo que levará à conclusão do negócio. E, como em todos os atos praticados pela Administração, devem ter expressos não só a forma, o objeto e o sujeito, mas também o motivo e a finalidade”.²⁵¹

Parece-nos de completa congruência que a Advocacia Pública siga o mesmo caminho já apontado pelo Ministério Público na citada Resolução n. 118, pois, observados os requisitos legais, não se deve excluir a possibilidade desses órgãos celebrarem convenções processuais, até mesmo porque o objetivo do instituto é somente auxiliar e colaborar para o bom desempenho processual.

3.3.6. Sobre a presença de advogado

A especificidade das convenções processuais também encontra problemática na capacidade para realizá-los, especialmente no referente à permissão para postular em juízo.

Como se sabe, a capacidade postulatória é restrita aos advogados (públicos ou privados), aos defensores públicos e aos membros do Ministério Público. Concentramo-nos, para os fins aqui propostos, na capacidade postulatória do advogado, especialmente para indagar se é necessária a participação de advogado na celebração dos negócios jurídicos processuais.

Flávio Luiz Yarshell é taxativo ao negar a necessidade de capacidade postulatória nesses casos. Segundo o autor:

²⁵¹ CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 495.

“como não se trata da prática de ato processual, não vigora a existência da capacidade postulatória. Essa mais restritamente diz respeito à aptidão de apresentar manifestações e pleitos em juízo. O fato de o negócio ter por objeto atos que integram o procedimento e posições jurídicas que compõem a relação processual não é o suficiente para tornar obrigatória a presença de advogado no ato de celebração do negócio. Para que isso ocorresse seria indispensável previsão legal expressa, tal como ocorre no caso de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, conforme previsão do §1º da Lei 8906/94 (Estatuto da Advocacia), que, além de expresso, comina taxativamente a sanção da invalidade”.²⁵²

No mesmo sentido, Trícia Navarro Xavier afirma que a convenção pode ser firmada por pessoas que não possuem o devido conhecimento técnico para tanto, ressalvando que só se exige a presença de advogado quando do ingresso do ato em sede processual.²⁵³

Realmente, o negócio processual extrajudicial não exige a presença de advogado, podendo ser praticado por qualquer cidadão capaz. Há que se ressaltar, contudo, que a ausência de advogado é indicativo de hipossuficiência técnica. Nesse sentido, afirma Rafael Sirangelo Abreu que *“a não-participação de advogado quando da lavratura do negócio pode significar a incapacidade do contraente de prever as consequências da sua manifestação de vontade. A vulnerabilidade técnica, nesse caso, especificamente quanto ao processo e suas previsões, pode significar a necessidade de não-aplicação do negócio, no ponto”*.²⁵⁴

Por esse motivo (e também evidenciando a desnecessidade de advogado para a celebração do ato), o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis patrocinou o Enunciado n. 45 no seguinte sentido:

²⁵² YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 76.

²⁵³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 227.

²⁵⁴ ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 208.

“Enunciado n. 45 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

Por fim, é oportuno mencionar que se o negócio jurídico processual for praticado por advogado, há necessidade de expressa previsão na procuração, sobretudo pela natureza dispositiva do negócio.²⁵⁵

3.4 Controle judicial dos negócios jurídicos processuais

Voltamos ao assunto outrora aventado (subtítulo n. 3.3.3), especialmente para analisar a abrangência do envolvimento judicial na formação e no conteúdo do negócio jurídico processual.

De uma forma geral, o juiz não é sujeito partícipe na formação do negócio, com algumas exceções, como é o caso da calendarização processual. A formação do negócio caracteriza-se por ser ato dispositivo e, como tal, depende essencialmente das atividades dispositivas dos sujeitos interessados. Assim, tratando-se de atos dispositivos, o juiz tem seu poder condicionado ao princípio da inércia, o que significa que só pode agir mediante a provocação de uma das partes interessadas.

Sendo assim, é possível afirmar que os negócios processuais possuem eficácia imediata, uma vez que geralmente não dependem de homologação judicial. Nesse sentido, afirma Bruno Garcia Redondo:

²⁵⁵ MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. 2 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 173.

“A eficácia imediata dos negócios processuais é confirmada, ainda, pelo parágrafo único do art. 190, que revela que o controle das convenções processuais pelo juiz é sempre *a posteriori* e limitado aos vícios de inexistência ou de invalidade. O juiz somente pode negar a aplicação a negócio processual se estiver presente e alguma invalidade (vício relativo aos planos de existência ou de validade, abusividade de cláusula ou vulnerabilidade de parte), sendo-lhe vedado negar aplicação a convenção processual por qualquer outro motivo (v.g., por não ter sido do seu maior agrado o conteúdo do negócio processual)”.²⁵⁶

A eficácia imediata dos negócios processuais não significa que estarão eles isentos de controle judicial. O fato de independer de homologação judicial não tem o mesmo significado de estar imune à interpretação e à revisão pelo juiz.

Conforme observa Nelson Nery Jr.:

“é evidente, e não se nega, que sempre haverá *bons* e *maus* contratos celebrados [dentro da *legítima* negociação entre as partes (sem que ocorra qualquer dos vícios da vontade ou sociais que podem macular o negócio jurídico)], bem como perturbações ao contrato que não dão azo à *revisão* do contrato ou à *resolução* do contrato, ou seja, perturbações que se inserem dentro da *álea normal* do contrato. Mas em se tratando de perturbação que sobeje a *álea normal* do contrato, a situação jurídica deve ser enfrentada de maneira diferente, impondo-se-lhe a *revisão* do contrato (quer por meio de *renegociação* entre as partes, quer por meio de *revisão* judicial) ou, mesmo, caso não seja possível a conservação do contrato, que se proceda à sua *resolução*”.²⁵⁷

Nessas situações, o juiz deve atuar na verificação da validade dos negócios processuais. Sua função é, então, verificar se o negócio jurídico processual está de acordo com o ordenamento jurídico.²⁵⁸ Nesse sentido, o art. 190, parágrafo único, do NCPC, determina que o magistrado deverá controlar a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em

²⁵⁶ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 274.

²⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. *Revista dos Tribunais*. Vol. 906. São Paulo: RT, 2011. p. 113-156.

²⁵⁸ AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*. vol. 246. São Paulo: RT, 2015. p. 219-238.

contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Com efeito, “o art. 190, parágrafo único, *in fine*, do CPC/2015 autoriza o controle de conteúdo do negócio jurídico processual apenas quando se trata de manifesta situação de vulnerabilidade”.²⁵⁹ Segundo Murilo Teixeira Avenino:

“O controle de validade permitido pelo parágrafo único do art. 190, nesse sentido, não é discricionário, mas vinculado. Os negócios somente não estarão aptos a modificar o procedimento caso o magistrado verifique que não preenchem os seus requisitos de validade – dentre eles o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. Assim, deve a atuação das partes ser admitida sem maiores dificuldades para a adaptação do procedimento de acordo com sua convenção, presumindo-se válidos os seus negócios, independentes de qualquer ato do juiz”.²⁶⁰

Para Marco Paulo Denucci Di Spirito, o controle de formação do negócio jurídico processual fundamenta-se sobre as seguintes bases:

- “a) os deveres cogentes de informação e transparência que atualmente representam garantias de um *iter* ao consentimento pleno, bem como de proteção do direito fundamental de liberdade na esfera contratual;
- b) o impacto operado pelos recentes deveres de informação e transparência para a apuração da formação da vontade negocial, do consentimento ou da manifestação de vontade, tarefa para a qual apresenta grande contribuição a teoria dos sistemas;
- c) o ônus de provar o cumprimento prévio dos deveres de informação e transparência, que cabem ao detentor do dado relevante para o negócio e à parte que possui ingerência sobre a condução da fase formativa;
- d) a constatação objetiva, prática e factível da inobservância aos deveres de informação e transparência, seja pela ausência de documentação neste sentido, por parte do obrigado a observar e provar o cumprimento desses deveres, seja pela apuração objetiva das medidas que geram obstáculos, intransparência ou estratégias de ocultação;
- e) a apuração da formação da vontade, do consentimento ou da manifestação de vontade sob o plano da existência do negócio jurídico, novamente com o concurso da teoria dos sistemas, donde se conclui que não há que se falar na existência de contrato sobre a informação omitida, ocultada ou desconhecida, tendo em mente que o processo formativo dá-se pela seguinte ordem: 1. informação (*input*); 2. atuação volitiva (processamento); 3. manifestação de

²⁵⁹ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. *Revista de Processo*. vol. 249. São Paulo: RT, 2015. p. 141-172.

²⁶⁰ AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*. vol. 246. São Paulo: RT, 2015. p. 219-238.

vontade (*output*). Dessa forma, a constatação da inexistência do antecedente (informação – *input*) permite concluir pela inexistência do consequente (manifestação da vontade – *output*)”.²⁶¹

Identificada de forma objetiva alguma das condutas violadoras dos deveres de informação e transparência, o juiz, aplicando o art. 190, parágrafo único, do NCPC, deverá reconhecer a inexistência o vício do negócio jurídico pactuado.

Nos casos em que se exige a homologação da convenção pelo magistrado, há que se entender como condição de eficácia do negócio entabulado. Atua o magistrado na delimitação do autorregramento da vontade, evitando que se vá além dos seus poderes, ou seja, se não estão as partes dispondo sobre matéria restrita ou dependente de atestado judicial. Segundo Marco Paulo Denucci Di Spirito:

“Por tudo isso, é possível concluir o seguinte: quando se exige a homologação, o juiz atua somente para permitir que o negócio produza os seus efeitos específicos no processo, funcionando a atuação do juiz como *conditio iuris* para a eficácia do ato; na hipótese geral de negócios sobre o procedimento, a disposição das partes presume-se válida, cabendo ao juiz somente atuar no controle de validade do ato.”²⁶²

Conforme abordaremos individualmente a seguir, alguns negócios jurídicos exigem a participação direta do magistrado, ou seja, não apenas como homologador. Nessas hipóteses, o magistrado atua para que o ato preencha seu requisito de existência, porquanto se exige a manifestação de vontade do juiz para o aperfeiçoamento do negócio processual.

Nesse sentido, afirma Érik Navarro Wolkart que “*as convenções que disserem respeito direta ou indiretamente à atividade jurisdicional devem incluir a*

²⁶¹ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. *Revista de Processo*. vol. 247. São Paulo: RT, 2015. p. 137-176.

²⁶² AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*. vol. 246. São Paulo: RT, 2015. p. 219-238.

*vontade do juízo como elemento de existência. É dizer, sem a concordância expressa do juízo, tais convenções serão juridicamente inexistentes dentro do processo”.*²⁶³

Sem a emissão volitiva do juiz, o ato não está apto a superar o plano da existência. Tratam-se, pois, de negócios processuais plurilaterais, ou seja, que exigem a manifestação de vontade válida das partes e do magistrado. Atua o juiz, então, como sujeito do ato; sem sua participação não há se falar em negócio jurídico processual existente.²⁶⁴

3.4.1. Interpretação e revisão dos negócios jurídicos processuais

A interpretação, segundo Carlos Ferreira de Almeida, é a revelação das circunstâncias que contribuem para amparar o fim negocial pretendido. É o ato ou atividade que consiste na determinação daquilo que foi compreendido de um ato de comunicação.²⁶⁵

Uma série de fatores influencia na interpretação do contexto negocial: a vontade das partes, o objeto negociado, os princípios da boa-fé e da conservação do negócio jurídico etc. É necessário a harmonização desses elementos no escopo de revelar o efetivo conteúdo negocial

Segundo Cláudio José Franzolin:

²⁶³ WOLKART, Érik Navarro. Novo Código de Processo Civil x Sistema Processual de Nulidades. Xequemate? *Revista de Processo*. vol. 250. São Paulo: RT, 2015. p. 35-59.

²⁶⁴ Cf. AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*. vol. 246. São Paulo: RT, 2015. p. 219-238.

²⁶⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. vol. 1.

“os princípios da boa-fé e da conservação do negócio jurídico contribuem para permitir que sejam interpretados e, por conseguinte, revelados o alcance do conteúdo negocial (não apenas da declaração negocial), os efeitos perante terceiros, as circunstâncias, a situação jurídica das partes, o comportamento tácito praticado, os usos pertinentes àqueles negócios, a revisão do negócio, se a vontade é ou não elemento relevante daquele negócio (no testamento a vontade do testador é extremamente relevante) etc.”²⁶⁶

Basicamente, as regras que tratam da interpretação dos negócios jurídicos em geral estão delineadas no Código Civil (arts. 112, 113, 114 e 423).²⁶⁷ Conforme aduzimos anteriormente, a corrente moderna preconiza que os negócios jurídicos devem ser interpretados com base na vontade que objetivamente se infere da declaração. Não se trata, portanto, de se avaliar psicologicamente a vontade dos declarantes, eis que essa serve de base à interpretação do negócio deve ter sido exteriorizada de forma a permitir sua análise objetiva.

Considerando a valorização da vontade declarada conferida pelo ordenamento como forma de conferir maior segurança e funcionalidade aos atos deliberativos, há que se concluir pela restrita margem de atuação interpretativa do juiz, com a ressalva da existência de vícios, conforme será abordado no subtítulo seguinte.

Segundo Nelson Nery Jr.:

“O limite dessa revisão judicial do contrato é a própria autonomia privada. Contudo, em sendo possível conciliar, judicialmente, os interesses originais das partes-contratantes (objetivamente considerados) com a readequação do contrato, deve o juiz, em respeito ao princípio da conservação dos contratos, proceder à revisão do contrato e não à sua resolução.

Nessa hipótese (*revisão judicial do contrato*), o juiz não *substitui a vontade das partes*, mas *integra e participa* do negócio jurídico (integra a relação jurídica material controvertida), proferindo *sentença determinativa* (*festsetzendes Urteil*), isto é, *integrativa* do negócio jurídico, na qual ele pode *rever e modificar* cláusulas contratuais [*função criadora* (*Richterrecht*)], a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico global do contrato, conforme

²⁶⁶ FRANZOLON, Cláudio José. Negócios jurídicos: interpretação, integração, conteúdo negocial e efeitos. *Revista de Direito Privado*. Vol. 39. São Paulo: RT, 2009. p. 61-86.

²⁶⁷ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

originalmente pactuado entre as partes-contratantes (restabelecendo a base objetiva do negócio jurídico). Os parâmetros dados ao juiz para rever e reescrever as cláusulas contratuais afetadas pela alteração das circunstâncias são os próprios parâmetros que integram a base objetiva do negócio jurídico. Entretanto, em não sendo possível a conciliação dos *interesses originais das partes-contratantes (objetivamente considerados)* com a *readequação do contrato*, alternativa não resta ao juiz senão a resolução do contrato por onerosidade excessiva.²⁶⁸

Nos negócios jurídicos processuais há que se seguir a mesma premissa. Algumas exceções são verificadas, como é o caso da cláusula de eleição de foro considerada abusiva. Nessa hipótese, conforme estabelece o art. 63, §3º, do NCPC, “*antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu*”.

Veja-se que no caso referido o intuito da revisão negocial é conservar o equilíbrio técnico-financeiro entre os declarantes. A manutenção da equação econômico-financeira do negócio é elemento do princípio da função social do contrato, que deve ser observado pelas partes, tanto na celebração como na execução dos negócios. Assim, para que o negócio cumpra a sua função social, é mister que se mantenha a equação econômico-financeira inicialmente convencionada, a fim de que não haja lesão de direito em relação a qualquer das partes declarantes.

Segundo Arnol Wald:

“deve-se reconhecer que as considerações de equilíbrio, de comutatividade e de boa-fé hão de variar conforme os usos e costumes, a natureza dos contratos e as condições em que foram celebrados, bem como que a interpretação dos negócios jurídicos deve repelir toda solução que não seja equitativa e ética, e que não se coadune com a lealdade. Uma vez rompido o equilíbrio, o contrato deve ser revisto ou resolvido, de modo a se evitar a excessiva onerosidade para uma das partes, que não podia antever que certas circunstâncias afetariam o contrato e a colocariam em uma situação de extrema desvantagem”.²⁶⁹

²⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 906. São Paulo: RT, 2011. p. 113-156.

²⁶⁹ WALD, Arnold. A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 17. São Paulo: RT, 2008. p. 11-48.

Por fim, vale mencionar que o negócio pode ser resolvido pelo *distrato*. Com o distrato há a extinção do vínculo negocial e consequente liberação das partes, tendo em vista que há uma conjunção da vontade dos declarante em sentido oposto àquele que serviu de gênese ao negócio jurídico.

Com efeito, para determinar a extinção do contrato pelo distrato há de se verificar a conjunção da vontade das partes no sentido de não mais querer a continuidade do vínculo contratual. Desta forma, identificando-se tal *contrarius consensus*, estamos também identificando a extinção do contrato pelo distrato.²⁷⁰

3.4.2. Anulação (e nulidade) dos negócios jurídicos processuais

Os vícios geradores de anulabilidade do negócio processual são aqueles arrolados pela lei civil, cujo regime jurídico deve ser observado. Também incorre em vício o negócio processual que não observa a formalidade exigida pelo ordenamento.²⁷¹

Segundo Nelson Nery Jr., os contratantes (ou declarantes) gozam de dois momentos de proteção na vida contratual: a) proteção contra os vícios na *origem*; e b) proteção contra os vícios na *execução*. Para o Professor:

“Os vícios de *origem* são aqueles que maculam o contrato já em seu nascimento, como aqueles que viciam a *consentimento*, como o erro, o dolo, a coação, o

²⁷⁰ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Distrato. Soluções práticas*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011. p. 443-455.

²⁷¹ Segundo Cândido Dinamarco, “como todo negócio jurídico, a convenção de arbitragem está sujeita, segundo o disposto no art. 104 do Código Civil, ao triplice requisito (a) da capacidade dos sujeitos, não sendo válida a convenção celebrada entre incapazes em geral (LA, art. 1º), (b) da licitude e possibilidade do objeto, não valendo a convenção quando versar sobre direitos indisponíveis (LA, art. 1º), e (c) da ‘forma prescrita ou não defesa em lei’”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 73)

estado de perigo, a lesão. A proteção contra os vícios de *origem* também podem ser percebidas na proteção que o ordenamento jurídico confere à parte mais fraca (como ocorre, por exemplo, na proteção ao consumidor, ou na proteção ao aderente, em contratos de adesão), traçando regras protetivas para tornar mais paritária a celebração de um contrato.

Por sua vez, os denominados vícios de *execução*, que são justamente aqueles que mais nos interessam para a análise da *renegociação contratual*, consubstanciam-se nas perturbações que ocorrem supervenientemente à celebração do contrato, ou seja, que ocorrem na constância de sua execução e de seu cumprimento”.²⁷²

Compreendemos que os negócios processuais são espécies do gênero negócios jurídicos, o que significa dizer que se submetem ao mesmo regime de nulidades. Ou, melhor dizendo, o tratamento dos vícios inerentes coincide com aquele regado pelo Código Civil.

Segundo Flávio Luiz Yarshell, “*partindo-se inicialmente dos elementos gerais intrínsecos do negócio, exige-se que ele resulte de processo volitivo caracterizado por adequada consciência da realidade, em ambiente de liberdade de escolha e de boa-fé. Do contrário, o negócio pode ser anulado por vício resultante de erro, dolo ou coação*”.²⁷³

A doutrina, baseada nos estudos da pandectista alemã, costuma analisar o negócio jurídico nos planos da existência, validade e eficácia²⁷⁴, sendo que a superação de cada uma dessas fases é condição necessária para a análise da seguinte: é a denominada *escada ponteana*.

²⁷² NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 906. São Paulo: RT, 2011. p. 113-156.

²⁷³ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 68.

²⁷⁴ “O texto do novo Código Civil, em boa parte escoimado dos defeitos do antigo, harmoniza-se com a sistematização científica que distingue três planos – o da existência, o da validade e o da eficácia –, se bem que ausente referência expressa ao primeiro. Não obstante tal silêncio, é intuitivo que, para se pôr a questão relativa à validade, ou a relativa à eficácia, é preciso que nos encontremos diante de negócio jurídico¹⁶ existente” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2003. p. 217-229).

No plano da existência, a análise realiza-se quanto à existência dos elementos ou pressupostos que a lei considera necessários para que o fato social possa entrar para o mundo jurídico. Tem-se por elementos do negócio jurídico tudo aquilo que lhe dá existência na área jurídica.²⁷⁵

Com efeito, em linhas gerais, o plano da existência se refere aos seus elementos estruturais: agente, manifestação de vontade, objeto e forma. Sem eles, não existe propriamente negócio jurídico algum, uma vez que todos integram, de forma indissociável, a própria definição de negócio jurídico.²⁷⁶

Por outro lado, o plano de validade refere-se aos adjetivos dos elementos que compõem o plano da existência: o agente deve ser *capaz*, a vontade deve ser *livre*, o objeto deve ser *lícito, possível e determinado* ou *determinável*, a forma deve ser *adequada*.

Segundo Edon Luiz Bussatta:

“Dois são os graus de invalidade. A invalidade mais grave é tida como nulidade, em que são atingidos interesses de ordem pública, razão pela qual não haverá sua convalidação pelo decurso do tempo, podendo ser declarada de ofício. São exemplos os negócios que não observam a forma prescrita em lei, os simulados e os praticados por menor absolutamente incapaz. A invalidade menos grave é chamada de anulabilidade, em que interesse meramente particulares são atingidos. Em razão de que o interesse é particular, admitem confirmação, convalidam-se com o decurso do tempo (decadência) e somente podem ser conhecidos em ação própria movida pelo interessado. São exemplos de anulabilidade os negócios praticados sob lesão ou estado de perigo e os praticados por menores relativamente incapazes”.²⁷⁷

Para Barbosa Moreira, “a validade não comporta gradações; a invalidade, sim. Isso depende do tratamento legal: é questão de política legislativa atrelar ao defeito conseqüências mais graves ou menos graves. Se a lei tem por muito relevante o defeito,

²⁷⁵ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 26. São Paulo: RT, 2006. p. 146-171.

²⁷⁶ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Nulidades do negócio jurídico. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de (coord.). *Negócio jurídico*, São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 161.

²⁷⁷ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 26. São Paulo: RT, 2006. p. 146-171.

faz nulo o negócio; se o tem por menos relevante, apenas o faz anulável. Variará o regime a que se submete o negócio, conforme a lei opte por uma ou por outra qualificação”.²⁷⁸

Ainda segundo o autor:

“As diferenças são as estabelecidas na lei. No sistema do novo Código Civil, como no do antigo (apesar dos deslizes terminológicos), a mais importante respeita ao modo pelo qual se dá efetividade à consequência do defeito. A nulidade pode ser alegada “por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”, e deve ser pronunciada “pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes” (art. 168 e seu par. ún., do CC/2002). Já “a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade” (art. 177, do CC/2002).

O negócio simplesmente anulável subsiste enquanto não for anulado e, em regra, nesse meio tempo, produz os efeitos a que visava. Pode ocorrer que ninguém tome a iniciativa de promover a anulação; vencido o prazo de decadência, se existe, o negócio prevalece e torna-se inatacável por aquele fundamento. A eficácia será plena, a menos que regra legal a exclua ou a restrinja”.²⁷⁹

E, por último, tem-se o plano da eficácia, que “*é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo efícial representados pelos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações ou exceções, ou os extinguindo*”.^{280 281}

Segundo Thiago Baldani Gomes De Filippo, “*o plano da eficácia diz respeito à produção dos efeitos próprios do negócio jurídico celebrado. Normalmente, o negócio deve produzir todos os efeitos visados pelos sujeitos que dele participem, mas pode haver elementos considerados acidentais (condição, termo e encargo), que impeçam*

²⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2003. p. 217-229.

²⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2003. p. 217-229

²⁸⁰ MELLO, Marcos Bernandes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 136.

²⁸¹ A eficácia não pressupõe a validade pois o negócio meramente *anulável* é eficaz, em princípio, enquanto não anulado. Por outro lado, negócio válido pode ser ineficaz. Recorde-se o caso do pacto antenupcial, que não produz efeitos se não chega a realizar-se o casamento (art. 1.653, do CC/2002). Não são poucos os casos de ineficácia de negócio válido. Os principais comportam inclusão em duas categorias: a ineficácia temporal e a ineficácia subjetiva. (cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2003. p. 217-229).

a produção de todos ou de alguns deles”.²⁸² Nesses casos, para Barbosa Moreira, os negócios são *temporalmente ineficazes*.²⁸³

Para os fins deste trabalho, essas noções nos parecem suficientes. Não nos parece necessário, ao menos nesta oportunidade, uma maior aprofundamento sobre as figuras denominaas *vícios da vontade* (erro, dolo e coação), dos vícios sociais (simulação e fraude contra credores) e do estado de perigo. Embora sejam compreendidos pelo negócio jurídico processual, resumimo-nos a afirmativa de que são eles motivos para anulação e, no caso de simulação de nulidade do negócio.

Em conclusão a este ponto, reportamo-nos a importante lição de Nelson Nery Jr.

“Em todo e qualquer contrato, com especial relevo para os contratos de *longa duração* ou de *execução diferida*, a cooperação entre as partes para a consecução das finalidades almejadas é elemento absolutamente essencial, elemento que lhe, pois, é *inerente*.

Evidentemente que quando se fala que a relação jurídica *obrigacional* (da qual a relação jurídica *contratual* é a expressão por excelência) consubstancia-se em *relação jurídica de cooperação*, não se ignora que as partes celebram um contrato tendo em vista seus interesses próprios e específicos, mas, ao celebrarem o contrato, passam a ter também um interesse jurídico *comum*, que se traduz justamente no interesse a que o contrato atinja a sua finalidade, com o seu fiel cumprimento. Sendo assim, as partes não voltam seus olhos apenas para o seu *fim* específico, como se independessem do outro; ao revés, pressupõe e determina o ordenamento jurídico que ambas as partes irão *cooperar* para que a finalidade do contrato, tal como acordado entre elas, seja atingida e para que ambas possam usufruir das benesses advindas dessa relação contratual (= função social do contrato)”.²⁸⁴

As palavras do autor são plenamente aplicáveis ao contexto social dos negócios processuais, sobretudo diante da sobrelevação do princípio da cooperação entre as partes. A conclusão inevitável é que se deve, com a participação e colaboração dos

²⁸² FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Nulidades do negócio jurídico. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de (coord.). *Negócio jurídico*, São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 161.

²⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2003. p. 217-229.

²⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. *Revista dos Tribunais*. Vol. 906. São Paulo: RT, 2011. p. 113-156.

sujeitos interessados, buscar ao máximo a preservação do negócio jurídico celebrado, sempre atentos à instrumentalidade processual, conforme abordamos no capítulo 3.1.6.

3.4.3. Meios de revisão ou anulação do negócio processual

Conforme nosso entendimento adiantado, consideramos que o instituto enquadra-se no conceito de negócio jurídico. Assim, tendo em vista que os vícios que atingem os negócios processuais são aqueles mesmos arrolados pela lei civil, parece-nos que é esse o regime a ser observado.

Inicialmente, sendo caso de nulidade do negócio, não há interesse processual do declarante em demandar exclusivamente para obter a declaração de nulidade. Tal impugnação poderá ser realizada nos próprios autos, quando existente demanda em andamento. Nesse sentido, afirma Flávio Luiz Yarshell:

“não há interesse processual para demanda cujo objeto seja exclusivamente a declaração de nulidade – total ou parcial – do negócio. Compete à parte – seja autora ou ré – alegar a nulidade de forma incidental, submetendo ao juiz da causa, que é funcionalmente competente – com exclusão de qualquer outro – para determinar se e quais as regras processuais a reger a respectiva atividade. Não há utilidade para invalidação autônoma, inclusive sob a ótica estatal. De demanda autônoma só se poderá excepcionalmente considerar se a cognição necessária para apuração do vício – por exemplo, no caso de simulação – exigir processo cujo objeto seja exclusivamente a apuração de nulidade”.²⁸⁵

Portanto, o negócio nulo não precisa ser desconstituído, pois “*não existe, para o interessado na declaração de nulidade, o ônus de propor ação com o fim de vê-la*

²⁸⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 77

*declarada. A nulidade pode ser arguida em defesa, assim como deve ser pronunciada ex officio pelo juiz (art. 168, parágrafo único, do CC/2002)”.*²⁸⁶

Já os vícios que ensejam a anulabilidade do negócio processual devem ser impugnados por demanda autônoma. Nesse caso, segundo Flávio Luiz Yarshell, a iniciativa do interessado é indispensável, porquanto, nos termos do art. 177 do Código Civil, a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença²⁸⁷, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade. Ademais, a via autônoma é necessária porque o objeto do processo enseja a cognição própria, que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia do direito material).²⁸⁸

Conforme destaca Barbosa Moreira, “*a iniciativa do interessado em promover a anulação pode naturalmente exercitar-se em ação autônoma; também pode, todavia, manifestar-se por meio de reconvenção à ação acaso proposta pela parte contrária*”.²⁸⁹ Nesse caso, em razão da prejudicialidade, o juiz deverá julgar primeiro a reconvenção, pois, se anulado o negócio, a situação jurídica retorna ao estado anterior, conforme disposto no art. 182, do CC/2002.

²⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2003. p. 217-229.

²⁸⁷ “O negócio (ou ato) anulável é tratado como se não contivesse defeito, até que o anule sentença proferida em processo da iniciativa de algum interessado (art. 177, do CC/2002). Se, portanto, aquele em cujo favor o negócio gera crédito propõe ação para cobrá-lo, a existência do vício não impede que o juiz julgue procedente o pedido. Não aproveita ao réu argüir o vício *como argumento de defesa*. Menos ainda é lícito ao juiz rejeitar o pedido fundando-se, de ofício, no defeito”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2003. p. 217-229)

²⁸⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 77

²⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2003. p. 217-229.

3.4.4. *Recorribilidade da decisão que nega efeito ou altera negócio processual*

Em geral, a decisão que rejeita um negócio jurídico processual é interlocutória e, como tal, impugnável via agravo.

Veja-se, por exemplo, a cláusula de eleição de foro, que quando abusiva, pode ser reputada ineficaz pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro do domicílio do réu (art. 63, §3º, NCPC). Não há, portanto, extinção do processo, que continuará seu trâmite no foro do domicílio do réu. A insurgência contra essa decisão deve ser realizada por meio de agravo.

Leonardo Carneiro da Cunha traz também os seguintes exemplos:

“Convenção de arbitragem é um negócio processual. A decisão que a rejeita é decisão que nega eficácia a um negócio processual. A eleição de foro também é um negócio processual. Como vimos, a decisão que nega eficácia a uma cláusula de eleição de foro é impugnável por agravo de instrumento, em razão da interpretação extensiva. Pode-se ampliar essa interpretação a todas as decisões que negam eficácia ou não homologam negócio jurídico processual – seriam, também por extensão, agraváveis.

Assim, por exemplo, se o juiz negar-se a homologar a desistência da ação, será cabível agravo de instrumento, e não mandado de segurança para que se possa ter a extinção do processo sem resolução do mérito. Seria absurda a situação de o autor desistir, o juiz não homologar a desistência e o processo prosseguir, mesmo contra a vontade do autor, sem a possibilidade de impugnação imediata. A própria apelação contra eventual sentença seria bem esquisita.

Outro exemplo. As partes convencionam sobre a suspensão do processo. O juiz, a despeito disso, não suspende o processo. Nada justifica que essa decisão não seja recorrível imediatamente – ela é, substancialmente, uma decisão que nega eficácia a um negócio processual, exatamente a mesma situação da decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem. A interpretação extensiva impõe-se, também aqui.

Mais um exemplo. As partes escolhem consensualmente o perito. O juiz ignora o acordo e nomeia perito distinto do escolhido. Está-se diante de um caso claro de rejeição de eficácia de um negócio processual. A não impugnação imediata praticamente elimina o direito de autorregramento que a lei processual confere às partes”.²⁹⁰

²⁹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. Revista de Processo. vol. 242. São Paulo: RT, 2015. p. 275-284.

A conclusão que chega o autor é de que *“são todas decisões que se assemelham e se identificam, devendo ter o mesmo tratamento. Em razão do princípio da igualdade (CPC/2015, art. 7.º), todas não podem, nesse ponto, ser tratadas diferentemente”*.²⁹¹

De fato, em uma passada d’olhos nos negócios processuais, principalmente nos típicos elencados no capítulo seguinte, parece-nos que a decisão que os rejeita terá natureza interlocutória. Assim, em razão do princípio da adequação (e não propriamente pelo princípio da igualdade), tais pronunciamentos devem ser impugnados via agravo retido ou de instrumento.

²⁹¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 43.

4 **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS TÍPICOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Por opção legislativa, algumas situações jurídicas já estão pré-estabelecidas na própria legislação. De forma específica, o NCPC destaca algumas convenções processuais, caracterizando-as, pois, como típicas. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha:

“O negócio jurídico é produto da autonomia privada e da autorregulação de interesses, implicando liberdade de celebração e de estipulação. Isso não impede que a legislação fixe o regime de determinado negócios. Nesse caso, tem-se um tipo previsto em lei, estando nela regulado. É o chamado negócio jurídico *típico*, sendo dispensável o esforço da(s) parte(s) na sua regulação. A regulação já está estabelecida em lei”.²⁹²

Portanto, quando o negócio jurídico é típico, sua regulação já vem definida em lei. Isso não significa, todavia, que não haja nenhuma margem de interpretação ou de adequação, conforme observaremos nas situações individualizadas tratadas a seguir.

De lado contrário, em razão da impossibilidade prática de se antever legislativamente todas as situações, o NCPC adotou, através da cláusula geral do art. 190, o princípio da atipicidade dos negócios jurídicos, na forma tratada no subtítulo 3.2 abaixo.

Inicialmente, passamos ao tratamento das hipóteses tipificadas pelo Novo Código de Processo Civil.

²⁹² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 43.

4.1. Eleição convencional de foro (art. 63, NCPC)

A escolha pelos sujeitos de qual o foro competente para julgar eventuais litígios que lhes envolvam é, provavelmente, o negócio jurídico processual de maior aplicabilidade. A disposição acerca do foro convencional é bastante comum, a ponto de ter se tornado uma cláusula de praxe em qualquer espécie de contrato. Até mesmo em contratos que envolvam competência indisponível em razão da matéria, por precaução ou por mera formalidade, não se deixa de estabelecer o foro convencional.

Por estar normalmente previsto em meio a cláusulas contratuais de conteúdo material, a eleição de foro nunca fora motivo de espanto, com têm sido os negócios processuais em geral, sobretudo com o novel CPC. Todavia, vale mencionar, é tema eminentemente processual, há muito já disponibilizado às partes. Segundo Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, tratando da prorrogação voluntária de competência:

“os titulares da situação jurídica controvertida fazem acordo expresso e prévio para que a demanda a ser aforada o seja em local diverso do previsto na lei. Seu fundamento está no poder dispositivo das partes. A prorrogação voluntária expressa se dá com a adoção, pelas partes, do foro de eleição, permitido pelo artigo 111 do Código de Processo Civil”.²⁹³

Cândido Rangel Dinamarco define a eleição de foro “*como um negócio jurídico e, como tal, resolve-se numa avença pela qual os contratantes estabelecem um auto-regramento de seus próprios interesses – no caso, auto-regramento do foro onde aceitam litigar, caso no futuro venham a fazê-lo*”.²⁹⁴

²⁹³ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Modificações de competência no processo civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 55.

²⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Eficácia ultra partes da eleição de foro. In Fundamentos do processo civil moderno. Tomo II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 1003.

Com efeito, podemos classificar a eleição convencional de foro como um negócio processual típico, formal, extrajudicial, bilateral, cujo objeto tratado é essencialmente matéria de direito processual (a própria competência).

Poder-se-ia, ainda, defini-lo como *condicional*, no sentido de que somente seria eficaz se se confirmasse o litígio entre as partes. Para Cândido Rangel Dinamarco, isso tornaria eventual o efeito *processual* da cláusula:

“A lei processual exige que, para produzir efeito no processo, a *eleição de foro* tenha forma escrita (art. 111), mas ela é feita fora do processo e antes dele, sendo eventual o seu efeito processual: se as partes não vierem a litigar, não ocorrerá a prorrogação de foro”.²⁹⁵

Em nosso sentir, o fato de ser convencionada antes do processo não retira a natureza processual do foro, apenas seus efeitos estão condicionados a evento futuro e incerto, qual seja, a instauração da demanda. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. afirma:

“Não há muito utilidade, para o estudo do direito processual, afirmar que a eleição do foro, por se tratar de cláusula de um contrato, não é um ato processual, pois não é realizado no processo. Trata-se de ato importantíssimo para o processo, pois define a competência jurisdicional, situação jurídica eminentemente processual, tanto que é estudado pela doutrina processualista”.²⁹⁶

a) É *típico* porque possui previsão expressa em lei. O art. 63 do NCPC, *caput*, repetiu em sua essência o art. 111, *caput*, do CPC/1973, preocupando-se com a objetividade do texto legal e adequações terminológicas. Vejamos:

²⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 468.

²⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 26.

NCPC/2015	CPC/1973
Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.	Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

Segundo os dispositivos citados, “*as regras de competência em razão do valor ou do território podem ser modificadas pelas partes, que podem estabelecer o chamado foro de eleição*”.²⁹⁷ Basicamente, quando o interesse público não é o dominante, têm as partes a possibilidade de alterar o foro originalmente destinatário, optando por outro que lhes seja conveniente.

Como se sabe, são quatro os critérios para a definição da competência: a) material; b) funcional; c) territorial; e d) em razão do valor. O primeiro, por óbvio, define-se em razão da matéria envolvida no processo. A segunda, em razão da função que o órgão jurisdicional exerce no processo, podendo ser subdividida levando-se em conta a sua *hierarquia* (por exemplo, competência recursal) ou a sua *fase procedimental* (por exemplo, carta precatória para a oitiva de testemunha). Nesses dois critérios, por expressa disposição legal, é vedado às partes a modificação da competência, pois se tratam de competência absoluta dos órgãos originalmente destinados.

²⁹⁷ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: GZ, 2012. p. 205.

O mesmo não ocorre com o critério *territorial e em razão do valor*. Nessas situações, permite-se às partes a eleição de foro convencional da forma que mais lhes parecer pertinente. Nas didáticas palavras de Patrícia Miranda Pizzol, “a cláusula de eleição de foro não é possível nas hipóteses de competência absoluta, sendo admitida apenas nos casos de competência relativa e desde que atendidas as prescrições contidas no caput e nos parágrafos do art. 111 – se se referir a ações oriundas de direitos e obrigações e se fizer alusão a determinado negócio jurídico”.²⁹⁸

Quanto a esses aspectos, não nos parece de grande importância, ao menos para o objetivo deste trabalho, tecer maiores considerações sobre *competência absoluta e competência relativa*. Basta sabermos que a primeira é *inderrogável* e a segunda é *negociável*.

b) *É formal* pois se exige um contrato escrito com expressa alusão a determinado negócio jurídico. Ou seja, sua forma é delimitada pela lei, tanto no §1º do art. 63, do NCPC, quanto no §1º do art. 111 do CPC/1973:

NCPC/2015	CPC/1973
§1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.	§1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

²⁹⁸ PIZZOL, Patrícia Miranda. A competência no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 322.

c) Pelo mesmo motivo, é extrajudicial, porquanto se exige um instrumento escrito. Na realidade, o dispositivo em comento não faz menção à necessidade de *prévio* instrumento, mas essa conclusão é consequência de interpretação lógica, consonante sobretudo com a regra da *perpetuatio jurisdictionis*.

Conforme Thereza Alvim, “*as partes podem eleger, antes da propositura da ação, foro, se a competência deste não tiver sido determinada em razão da matéria ou da hierarquia*”.²⁹⁹ No mesmo sentido, Athos Gusmão Carneiro observa que se trata de uma forma de *prorrogação* da competência, cuja origem é uma cláusula *contatual e prévia*: “*em um contrato, os contratantes desde logo convencionam que quaisquer ações deles oriundas serão propostas em um determinado foro, o ‘foro de eleição’, mesmo que pelas regras gerais o foro devesse ser outro*”.³⁰⁰

Já para Cândido Rangel Dinamarco, “*a prorrogação dita convencional pode dar-se antes do processo (eleição de foro: prorrogação efetivamente convencional) ou durante a litispendência, resultado ‘du fait par le défendeur d’accepter la compétence de la juridiction saisie à tort par le demandeur, en n’opposant pas l’exception d’incompétence’*”.³⁰¹

Ou seja, haveria, em ambos os casos, uma convenção das partes (expressa ou tácita), porquanto se estaria efetivamente alterando as regras dispositivas de competência.

d) É *unilateral* ou *bilateral*, a depender da quantidade de sujeitos envolvidos. Em termos de classificação, talvez a maior problemática seja a admissão de eleição unilateral do foro. Em um primeiro momento, pode parecer impossível a resposta positiva, até mesmo porque o próprio texto legal faz referência à pluralidade de “*partes*”.

²⁹⁹ ALVIM, Thereza. A organização judiciária e o Código de Processo Civil: competência em razão do valor. Revista de Processo. n. 3. p. 32-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 35.

³⁰⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 143.

³⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Declaração ex officio da incompetência relativa? In Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 474.

Conforme já mencionamos, há expressa exigência de instrumento escrito para a formalização do foro convencional. A ausência de oposição pelo réu acarreta na prorrogação da competência relativa (art. 114 do CPC/1973), consequência da preclusão, agora mencionada no art. 63, §4º, do NCPC.

Poder-se-ia, então, aduzir que a inércia do réu seria manifestação da sua vontade implícita? Para Patrícia Miranda Pizzol: “o que há é apenas a omissão do réu, que faz com que um órgão em princípio incompetente se torne competente (prorrogação): ‘a omissão do réu traduz manifestação tácita de vontade’”.³⁰²

Para Leonardo Carneiro da Cunha, “a propositura da demanda em foro incompetente, aliada à inércia do réu em opor a exceção de incompetência, caracteriza um negócio tácito ou implícito entre as partes”.³⁰³ O raciocínio, em nosso sentir, não se altera por conta da alteração legislativa que modificou a forma de oposição. Conforme o §4º do art. 63, passa-se a arguir a incompetência através da própria contestação.

Todavia, conforme observa Patrícia Miranda Pizzol, “a prorrogação voluntária também é chamada de convencional, mas esse termo é criticado por parte da doutrina, pois, no caso de ausência de exceção de incompetência não se pode propriamente falar que as partes tenham ‘convencionado’ no sentido da modificação da competência”.³⁰⁴

Não nos parece que seja possível, pois, a eleição unilateral. A aceitação tácita é apenas uma forma diferente de formalização, mas não deixa de ser bilateral. Também não deixa de ser convencional. O que de fato ocorre é a ausência de “instrumento escrito”, exigido pela lei.

³⁰² PIZZOL, Patrícia Miranda. A competência no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 333.

³⁰³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Jurisdição e competência. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 191.

³⁰⁴ PIZZOL, Patrícia Miranda. A competência no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 333.

Contudo, a renúncia ao foro convencional pode ser realizada unilateralmente pelo autor, que pode abdicar do foro eleito e optar pelo foro comum, ou seja, pelo domicílio do réu. Nesse sentido, afirma Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves:

“o foro de eleição é um privilégio, e não um ônus para a parte, sendo possível então ao autor da ação abrir mão do privilégio e optar pelo foro comum, do domicílio do réu, que poderia até mesmo trazer vantagens para o demandado”.³⁰⁵

É possível, mesmo com a existência de foro eleito, que a demanda seja proposta no foro do domicílio do réu. Esse também é o entendimento de Patrícia Miranda Pizzol, para quem “a existência de cláusula de eleição de foro não impede seja proposta a ação no foro do domicílio do réu, não podendo este arguir a incompetência relativa, em princípio, por ausência de prejuízo”.^{306 307}

Nesse caso, segundo Athos Gusmão Carneiro, se o réu for demandado, não no foro de eleição, mas no foro de seu domicílio, em princípio não teria interesse em suscitar a exceção de incompetência em defesa da cláusula. Com efeito, a renúncia ao foro eleito é um direito potestativo do autor, desde que opte pelo foro mais benéfico ao réu. Sob essa perspectiva, é possível, sim, dizer que o distrato pode ser unilateral por parte do demandante. De outro lado, é assente o entendimento de que, mesmo havendo eleição de

³⁰⁵ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Modificações de competência no processo civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 81.

³⁰⁶ PIZZOL, Patrícia Miranda. A competência no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 325.

³⁰⁷ O Superior Tribunal de Justiça também decidiu no sentido de que o autor pode abdicar da cláusula de eleição de foro e optar pelo foro comum. Nesse sentido: FORO. ELEIÇÃO. COMARCA DIVERSA. SEDE. Na espécie, foi eleito o foro do Rio de Janeiro-RJ para dirimir questões referentes ao contrato. Contudo, a ação executória foi proposta na comarca de Campo Grande-MS. Nenhuma filial situada nesta cidade realizou serviços referentes ao contrato, não incidindo, então, o art. 100, IV, b, do CPC. Ora, o valor vultoso do contrato demonstra a capacidade econômica da exequente, bem como a possibilidade de ela exercer seu direito de ação no foro contratualmente eleito. O demandante pode abrir mão da cláusula de eleição de foro e optar pelo foro comum, ou seja, o do domicílio do réu, que são comarcas que se confundem. Assim, a Turma conheceu, em parte, do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento para determinar o processamento do feito na comarca do Rio de Janeiro. REsp 961.326-MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 16/3/2010.

foro entre as partes, não tem o demandado interesse legítimo a opor-se quando a demanda é ajuizada no foro do seu domicílio.

Ainda em relação aos sujeitos, Cândido Dinamarco, em parecer publicado nos seus *Fundamentos*, faz interessante questionamento: “*o direito admite a eficácia ultra partes da eleição de foro*”?³⁰⁸ Quais são, então, os limites subjetivos da eleição de foro?

O relato do caso menciona a existência de dois contratos, com teores divergentes: a) o contrato entre a autora e uma empresa-ré elegia o foro de São Paulo; b) outro contrato entre a autora e outra empresa, litisconsorte passiva, elegia o foro do Rio de Janeiro. A demanda foi ajuizada no Rio de Janeiro. Poderia, então, impor-se à litisconsorte o foro escolhido por ato entre a autora e a outra empresa?

Segundo o ilustre processualista:

“Atos de vontade de um sujeito só têm o poder de impor-se a outros sujeitos quando fincados no *poder*, não na autonomia da vontade. Um dos elementos do poder é a capacidade de *decidir imperativamente*, ou seja, de decidir com relação a situações jurídicas alheias e ser capaz de impor as próprias decisões. Os atos de autonomia da vontade não se impõem a quem não haja participado deles, salvo por disposição legal (herdeiros e sucessores *etc.*). Por isso é que a jurisprudência seguidamente nega à eleição de foro a eficácia de impor-se a certos terceiros, como depositários, seguradoras *etc.*”³⁰⁹

O referido caso ilustra hipótese de direito patrimonial e disponível, com litisconsórcio facultativo. A melhor solução, como mencionada o autor, seria a divisão dos foros eleitos, respeitando a vontade das partes. Contudo, um dos litisconsortes passivos facultativos renunciou ao foro eleito contratualmente (Rio de Janeiro), excepcionando e aderindo ao foro de São Paulo. A conclusão, nesse caso, é inevitável: dissolve-se o

³⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Eficácia ultra partes da eleição de foro. In *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 1002.

³⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Eficácia ultra partes da eleição de foro. In *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 1004.

impasse e o foro de São Paulo passa a ser o único competente, até mesmo porque foi opção da autora o processo litisconsorcial.³¹⁰

Também foi objeto de cuidado legislativo a isonomia entre as partes contratantes, tendo em vista a grande incidência da referida cláusulas em contratos de adesão. Acrescentou-se, então, o §3º ao art. 63, em substituição ao texto anterior do art. 111, admitindo-se a declaração de ineficácia da cláusula pelo juiz que a reputar abusiva:

NCPC/2015	CPC/1973
Art. 63 (...)	Art. 111. Argui-se, por meio de exceção, a incompetência relativa.
§3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.	Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.

Como se vê, a redação anterior previa que a nulidade da cláusula de eleição de foro poderia ser declarada em sendo caso de contrato de adesão. Muito se debateu se a mera existência de contrato de adesão seria, por si só, caso de nulidade da cláusula. Assentou-se que haveria necessidade de hipossuficiência e abusividade, que se consolidada com o entendimento prevalecente.³¹¹

³¹⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Eficácia ultra partes da eleição de foro. In Fundamentos do processo civil moderno. Tomo II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 1009.

³¹¹ Nesse sentido: (...) 4. Não se acolhe a alegação de abusividade da cláusula de eleição de foro ao só argumento de tratar-se de contrato de adesão.

5. A cláusula que estipula eleição de foro em contrato de adesão é, em princípio, válida, desde que sejam verificadas a necessária liberdade para contratar (ausência de hipossuficiência) e a não inviabilização de

A nova redação, além de expandir a aplicação a qualquer tipo de contrato, resume a aplicabilidade aos casos em que se constata abusividade. Segundo Athos Gusmão Carneiro. *“a validade de cláusula de eleição de foro supõe que ela não implique privilégio injustificado em favor de uma das partes (dificultando à outra o acesso à Justiça) e não venha de encontro a normas de ordem pública”*.³¹²

Assim, segundo Athos Gusmão Carneiro, *“a proibição da cláusula, em contratos de adesão, passou a ser considerada regra de ordem pública, cuja infringência conduz à nulidade absoluta, decretável de ofício”*.³¹³

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo, definiu os seguintes critérios para se considerar inválido e ineficaz a cláusula de eleição de foro: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatoria

acesso ao Poder Judiciário. Precedentes.

6. O porte econômico das partes quando da celebração do contrato e a natureza e o valor da avença são determinantes para a caracterização da hipossuficiência. Verificado o expressivo valor do contrato, não há que se falar em hipossuficiência.

(REsp 1073962/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 13/06/2012)

Informativo n. 0147. Período: 16 a 20 de setembro de 2002. COMPETÊNCIA. CONSUMIDOR. ELEIÇÃO DE FORO. NULIDADE. CDC. Nos contratos regidos pelo CDC, o Juiz pode decretar, ex officio, a nulidade da cláusula que institui foro de eleição diverso do domicílio do consumidor, quando prejudicial à sua defesa. Precedentes citados: CC 26.354-RJ, DJ 4/10/1999, e CC 18.652-GO, DJ 26/3/2001. REsp 436.815-DF, Rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 17/9/2002.

Informativo nº 0423. Período: 15 a 19 de fevereiro de 2010. Terceira Turma. COMPETÊNCIA. FORO. ELEIÇÃO. ABUSIVIDADE. A Turma decidiu que, na hipótese em que uma empresa com filiais em diversas localidades firma contrato com consumidores nelas domiciliados, com cláusulas prévias, elegendo sua sede como o foro para futuras e eventuais demandas, é possível avaliar, desde logo, a intenção do fornecedor de restringir a defesa do consumidor aderente. Daí que o fundamento adotado pelas instâncias ordinárias, i.e., a existência de relação jurídica regida pelo CDC, por si só, não determina que seja abusiva a cláusula de eleição de foro. Assim, provido em parte o recurso, para determinar que o tribunal de origem analise o foro eleito pelas partes nos termos propostos, no sentido de melhor examinar se tal cláusula dificulta o acesso da parte hipossuficiente ao Poder Judiciário. Ademais, é vedado, na via especial, aferir a abusividade da cláusula de eleição de foro nos termos propostos, por demandar a análise de elementos fáticos. Precedentes citados: REsp 56.711-SP, DJ 20/3/1995; CC 64.524-MT, DJ 9/10/2006; REsp 403.486-SP, DJ 12/8/2002, e CC 30.712-SP, DJ 30/9/2002. REsp 1.089.993-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 18/2/2010.

³¹² CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144.

³¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 150.

adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresas.

Por fim, vale destacar o §4º do art. 63, que traz importante alteração, primando pela economia processual, ao dispor que a abusividade da cláusula de eleição de foro deve ser alegada na própria contestação e não mais em exceção declinatória, como previa o art. 114 do CPC/1973.

4.2. Sucessão do adquirente ou cessionário em juízo (art. 108, §1º, NCPC)

O art. 108, §1º, do NCPC, repetiu a redação do art. 42, §2º, do CPC/1973:

CPC/2015	CPC/1973
Art. 108 (...) § 1º O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária.	Art. 42 (...) § 1º O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.

É um negócio jurídico processual típico, formal, incidental, bilateral, cujo objeto trata de matéria essencialmente processual.

a) É típico em razão da sua expressa previsão legal.

b) É formal porque exige, embora minimamente, uma estrutura de formatação. O fato de o negócio jurídico de direito material não exigir forma típica não influencia na formalidade processual. Com efeito, mesmo que os sujeitos (adquirente e cessionário) tenham celebrado negócio informal no campo do direito civil, aqui, no processual, exige-se o consenso das partes para a regularização do polo passivo da demanda.

c) É incidental, como pressupõe, pois se trata de sucessão processual. Segundo William Santos Ferreira, o momento em que a coisa ou o direito se torna litigioso é sem dúvida, no curso do processo, mais especificamente, quando há a denominada litispendência, ou seja, lide pendente.³¹⁴

Importa, para os fins deste trabalho, compreender o momento em que a coisa ou direito se torna litigiosa. O conceito pode ser extraído do art. 263, do CPC/1973, pelo qual se conclui que a estabilidade da lide se dá com a citação válida:

“Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que validamente citado”.

Portanto, a sucessão aqui tratada pode ocorrer após a citação válida do réu-cedente. Esse é o termo inicial da ocorrência do instituto previsto no art. 108, §1º, do NCPC. De outro lado, não há propriamente um limite processual para a ocorrência da sucessão convencional, podendo ocorrer até mesmo em fase de execução, conforme expressa o art. 567, do CPC/1973, e o art. 778, §1º, do NCPC.³¹⁵

³¹⁴ FERREIRA, William Santos. Situação jurídica do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros de sucessores no caso de falecimento da parte diante do novo Código Civil. In *Leitura complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 261.

³¹⁵ Desde que observados os critérios legais, parece-nos que é possível a cessão de crédito após o trânsito em julgado da sentença. Nesse sentido decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DA ELETROBRÁS. RESTITUIÇÃO DO

CPC/2015	CPC/1973
Art. 778. Podem promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo. §1º Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário: III – o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for	Art. 567. Podem promover a execução, ou nela prosseguir: II – o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi

VALOR RECOLHIDO PELO CONTRIBUINTE. CESSÃO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. IMPEDIMENTO LEGAL. INEXISTÊNCIA. DISPONIBILIDADE DO DIREITO DE CRÉDITO. ART. 286 DO CÓDIGO CIVIL. SUBSTITUIÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DOS DÉBITOS NO CONSUMO DE ENERGIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO TÍTULO EXECUTIVO. COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os créditos decorrentes da obrigação de devolução do empréstimo compulsório, incidente sobre o consumo de energia elétrica, podem ser cedidos a terceiros, uma vez inexistente impedimento legal expresso à transferência ou à cessão dos aludidos créditos, nada inibindo a incidência das normas de direito privado à espécie, notadamente o art. 286 do Código Civil.

2. O art. 286 do Código Civil autoriza a cessão de crédito, condicionada a notificação do devedor. Da mesma forma, a legislação processual permite ao cessionário promover ou prosseguir na execução "quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos" (art. 567, II, do CPC).

3. No caso em exame, a discussão envolve relação processual entre o credor (possuidor de um título judicial exequível) e o devedor, cuja obrigação originou-se de vínculo público, qual seja, o empréstimo compulsório à Eletrobrás, denominação, por si, reveladora de sua natureza publicística, cogente, imperativa, a determinar o dever de "emprestar" os valores respectivos, nas condições impostas pela legislação de regência.

4. A liberdade da cessão de crédito constitui a regra, em nosso ordenamento jurídico, tal como resulta da primeira parte do art. 286 do vigente CC, cujo similar era o art. 1.065 do CC de 1916, o que, de resto, é corroborado, em sua compreensão, pelos arts. 100, § 13, da CF e 78 do ADCT, que prevêem a cessão de créditos consubstanciados em precatórios. A natureza da obrigação, a vedação legal expressa e cláusula contratual proibitiva constituem as exceções.

5. No caso em exame, não se verifica nenhuma exceção, uma vez que a transferência ocorreu após o trânsito em julgado da ação de conhecimento.

6. A regra contida no art. 123 do CTN, que dispõe sobre a inoponibilidade das convenções particulares à Fazenda Pública, em matéria tributária, destina-se a evitar acordo entre particulares, que poderiam alterar a responsabilidade tributária para com a Fazenda. Seus destinatários são os sujeitos passivos das obrigações tributárias, o que não é o caso dos autos.

7. O art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal submete as sociedades de economia mista (natureza jurídica da ELETROBRÁS) ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, o que robustece, mais ainda, a aplicação da regra inscrita na primeira parte do art. 286 do Código Civil ao caso, observado, obviamente, o art. 290 do mesmo código.

8. In casu, sob o manto da coisa julgada, verifica-se que no título executivo, base da execução, não se facultou à devedora a compensação dos débitos com valores resultantes do consumo de energia, o que afasta a alegação de ofensa às normas contidas nos §§ 2º e 3º do art. 2º do DL 1.512/76.

9. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art.

543-C do CPC e da Resolução STJ 8/08.

(REsp 1119558/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2012, DJe 01/08/2012)

transferido por ato entre vivos; IV – o sub-rogado, nos casos de sub- rogação legal ou convencional.	transferido por ato entre vivos; III – o sub-rogado, nos casos de sub- rogação legal ou convencional.
--	---

A regra é que a execução deverá ser dirigida contra aqueles que, no título, figuraram como executados. Permanece a imutabilidade das partes de que trata o art. 42, *caput*, do CPC/1973, também aplicada à fase de execução de sentença.

Da mesma forma permanece, em regra, a imutabilidade do polo passivo da execução, conforme estabelece o art. 568, do CPC/1973, e art. 779, do NCPC:

CPC/2015	CPC/1973
Art. 779. A execução pode ser promovida contra: (...) III – o novo devedor que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;	Art. 568. São sujeitos passivos na execução: (...) III – o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;

O CPC/2015 trouxe, nesse aspecto, importante inovação que encerra a polêmica em torno da necessidade de consentimento do executado para a sucessão do polo ativo na execução. O §2º do art. 778 dispõe expressamente que “*a sucessão prevista no §1º independe de consentimento do executado*”. De outro lado, a alteração do polo executado continua a depender da concordância pelo exequente, conforme art. 779, III, do NCPC. Nesse aspecto, é válida a conclusão de que a alteração do polo ativo da execução,

nos moldes do art. 778, §2º, do NCPC, é um negócio jurídico processual *unilateral*, porquanto depende unicamente da vontade do exequente.

d) É bilateral, porque depende do consentimento do adquirente ou cessionário e da parte contrária, sendo irrelevante a vontade do alienante ou cedente. Na verdade, conforme observa William Santos Ferreira, em relação alienante “há preclusão lógica pois não poderia alienar um bem ou direito e, posteriormente, não aceitar a sucessão processual, porque seu primeiro ato é logicamente incompatível com a vontade de litigar em processo que discute direito ou bem que não é mais seu, por ato de vontade dele mesmo”.³¹⁶

Concordamos com o posicionamento do Professor, com a ressalva de que não nos parece hipótese de preclusão, tendo em vista que o ato de disposição inicial é realizado extraprocessualmente. Levando-se em conta que a preclusão somente se verifica de forma endoprocessual, parece-nos que não se deve permitir a contrariedade do alienante apenas em razão da proibição do comportamento contraditório.

Contudo, em relação à parte contrária àquela que alienou, “basta a sua negativa para restar inviabilizada a sucesso processual, permanecendo inalterada a relação subjetiva no processo”.³¹⁷ Segundo Cassio Scarpinella Bueno:

“a intervenção do adquirente no pólo correspondente da relação processual só será possível se houver concordância da parte adversa, nunca por imposição legal. É nesta hipótese, com exclusividade, que o art. 41 fala de voluntariedade. Não estando a parte adversa concorde com o ingresso do adquirente na relação processual, o alienante do bem litigioso prossegue na relação processual, agindo, a partir de então, em nome do adquirente (em nome alheio, portanto) e, aí sim, como verdadeiro *substituto processual*. Substituição, aliás, que não é voluntária, e que decorre da própria lei”.

³¹⁶ FERREIRA, William Santos. Situação jurídica do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros de sucessores no caso de falecimento da parte diante do novo Código Civil. In *Leitura complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 267.

³¹⁷ FERREIRA, William Santos. Situação jurídica do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros de sucessores no caso de falecimento da parte diante do novo Código Civil. In *Leitura complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 267.

Em resumo, é possível afirmar que o negócio processual aqui tratado somente se concretiza com a concordância entre o cessionário ou adquirente e a parte contrária. Importa ressaltar que não é necessária a aceitação do alienante ou do cedente.³¹⁸

Havendo discordância da parte contrária, o negócio não se realiza e o adquirente ou cessionário poderá intervir no processo na qualidade de assistente litisconsorcial, segundo a regra do §2º do art. 42. Nesse caso, trata-se de assistência litisconsorcial, pois o bem da vida em disputa passou a dizer respeito ao adquirente ou cessionários, que será atingido diretamente pela sentença que vier a ser proferida (§3º do art. 42).³¹⁹

e) É matéria de direito processual, porquanto a figura tipificada trata-se de uma verdadeira sucessão processual, umbilicalmente ligada à legitimidade do sujeito. Segundo Fredie Didier Jr., “*um negócio jurídico de alienação de direito litigioso produz efeito (tipicamente processual) de conferir ao adquirente o poder jurídico de ingressar no processo na condição de assistente*”.³²⁰

O NCPC fez valer a observação doutrinária de que o §1º do art. 42 alude impropriamente à “substituição” quando a hipótese é de “sucessão” processual pelo adquirente ou cessionário.³²¹ O art. 108, §1º, do NCPC, passou a adotar a terminologia correta, prevendo a *sucessão* processual.

A substituição processual tem seu conceito explanado pelo art. 6º do CPC, sendo que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Assim, “*quando a lei fala ‘substituição’, na verdade trata-se de*

³¹⁸ Nesse sentido: ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Comentários ao Código de Processo Civil. GZ: Rio de Janeiro, 2012. p. 100.

³¹⁹ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Comentários ao Código de Processo Civil. GZ: Rio de Janeiro, 2012. p. 100.

³²⁰ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm: 2011. p. 33.

³²¹ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Comentários ao Código de Processo Civil. GZ: Rio de Janeiro, 2012. p. 100.

‘sucessão’, porque embora, em termos coloquiais, substituir possa significar trocar um por outro (‘trocar o autor ou o réu’), na terminologia processual substituição processual é empregada, em termos gerais, quando alguém age em nome próprio defendendo direito alheio (art. 6º, CPC)”.³²²

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, *“pela interpretação sistemática do Código, não há como admitir da voluntariedade das partes como determinante da substituição processual, sob pena de ferir a excepcionalidade e a taxatividade que decorre do art. 6º do Código de Processo Civil”*.³²³

De outro lado, segundo William Santos Ferreira, *“sucessão e a alteração subjetiva e ocorre quando autorizada por lei (art. 41); em outras palavras, a sucessão ocorre quando outra pessoa assume o lugar do litigante, tornando-se parte na relação jurídica processual. Defende, em nome próprio, direito próprio decorrente da mudança na titularidade do direito material discutido em juízo”*.³²⁴

Conclui, então, que *“na substituição processual, o substituto age em nome próprio para defender direito alheio, enquanto na sucessão processual o sucessor age em nome próprio para defender direito próprio”*.³²⁵

No mesmo sentido, leciona Cassio Scarpinella Bueno:

“Ao contrário da nomenclatura utilizada pelo art. 41, não cuida este (como, de resto, não cuidam os arts. 42 e 43), de hipótese de substituição processual ou de partes. O que está regulado nestes dispositivos são casos de sucessão processual, estes sim dependentes da vontade dos litigantes, embora dependam, também, de previsão legal. Este instituto, o da sucessão processual, não pode,

³²² FERREIRA, William Santos. Situação jurídica do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros de sucessores no caso de falecimento da parte diante do novo Código Civil. In *Leitura complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 259.

³²³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67.

³²⁴ FERREIRA, William Santos. Situação jurídica do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros de sucessores no caso de falecimento da parte diante do novo Código Civil. In *Leitura complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 260.

³²⁵ FERREIRA, William Santos. Situação jurídica do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros de sucessores no caso de falecimento da parte diante do novo Código Civil. In *Leitura complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 260.

destarte, ser confundido com aquele da *substituição s processual*, porque ‘a substituição das partes referida no art. 41 do CPC pressupõe a convergência de vontades cumulada com admissibilidade legal (só é permitida nos casos expressos em lei), ao passo que, na substituição decorrente da legitimidade extraordinária e exclusiva, o substituto pode atuar independentemente da vontade do substituído e até mesmo contra a vontade ou interesse deste último’.³²⁶

A hipótese retratada evidencia caso de legitimidade ordinária superveniente, pois “*a regra é que somente aquele que tem condições de se afirmar titular do direito material deduzido em juízo pode ser parte ativa ou passiva*”.³²⁷

Segundo Araken de Assis, a legitimidade ordinária pode ser classificada assim:

“Ela se divide em originária, ou primária, e superveniente: às vezes, a relação jurídica constitui-se com a pessoa que vai a Juízo; mas, concebe-se que o figurante do processo sucedeu a outra pessoa, por negócio *inter vivos*, ou *causa mortis*, originando legitimidade derivada ou superveniente. Esses eventos podem suceder previamente a formação do processo ou no seu curso. Neste último caso, impõem-se proceder à sucessão da(s) parte(s) originária(s), nas hipóteses permitidas em lei (art. 264, *caput*, parte final), a exemplo do ingresso do adquirente do objeto litigioso em lugar do alienante, mercê do consentimento da parte adversa (art. 42, §2º)”.³²⁸

Novamente nos valem da mais valiosa obra nacional sobre o tema *legitimidade* para conseguir nosso raciocínio. Segundo Donaldo Armelin, “*a legitimidade é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado*”.³²⁹ Essa qualidade, conforme destaca o ilustre professor, é resultado de uma situação jurídica proveniente da titularidade de uma relação jurídica ou de uma posição em uma situação de fato, à qual o direito reconhece efeitos jurídicos.³³⁰

³²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Partes e terceiros no processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67.

³²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Partes e terceiros no processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33.

³²⁸ ASSIS, Araken de. Substituição processual. In Leitura complementares de processo civil. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 218.

³²⁹ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 11.

³³⁰ Idem.

Na situação do adquirente de objeto litigioso, a legitimidade da parte alienante passa de ordinária para extraordinária, em havendo recusa da parte contrária para a realização da sucessão. Nesse caso, embora o adquirente continue como parte legítima, justamente pela titularidade do objeto litigioso, é impedido de demandar autonomamente e estará limitado a ingressar na relação processo ao lado da parte originária (alienante), como assistente litisconsorcial.

4.3. Redução de prazos peremptórios (art. 222, §1º, NCPC)

É tarefa do legislador o estabelecimento dos atos e respectivos prazos a serem realizados no processo: são os prazos *legais*. Além desses, classificam-se os prazos, ainda, como *judiciais* ou *convencionais*. Os judiciais são aqueles que podem ser fixados pelo próprio juiz, na medida em que se constata a omissão legislativa e de acordo com a complexidade da causa, conforme reza o art. 177 do CPC/1973. Na omissão legislativa e também na omissão judicial, aplica-se o prazo de cinco dias (art. 185, do CPC/1973). Essas regras foram sistematizadas pelo NCPC, em seu artigo 218:

Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

§1º Quando a lei for omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato.

§2º Quando a lei ou o juiz não determinar prazo, as intimações s somente obrigarão a comparecimento após decorridas 48 (quarenta e oito) horas.

§3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

§4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Interessa-nos, aqui, os prazos *convencionais*, que são aqueles que decorrem da vontade conjunta das partes, em hipóteses especificamente permitidas tanto pela legislação de 1973 quanto pela próxima.

O CPC/1973 veda a redução ou prorrogação de prazos peremptórios, ainda que todas as partes estivessem de acordo. O art. 222, §1º, do NCPC, alterou significativamente essa regra, passando a autorizar a redução dos prazos peremptórios pelo juiz, desde que anuentes as partes.

Vale a ressalva de que a novel legislação continuou proibindo a *prorrogação* dos prazos peremptórios. Evidencia-se, pois, que a intenção do legislador é privilegiar a celeridade processual, evitando a livre procrastinação pelos próprios sujeitos.

A teoria dos prazos subdivide-os, para os fins aqui tratados, em duas espécies: dilatórios e peremptórios. Os prazos dilatórios, conforme já estabelece o art. 181, do CPC/1973, dispõe que as partes podem, de comum acordo, reduzi-lo ou prorrogá-lo, desde que requerido antes do seu vencimento e fundar-se em motivo legítimo. Em resumo, a distinção entre prazos peremptórios e dilatórios está justamente na possibilidade dos últimos serem alterados pela vontade das partes.³³¹

A objetividade dessa conclusão, todavia, é alvo de crítica por Barbosa Moreira:

“Os dispositivos supracitados [arts. 181 e 182] não devem resolver-se em tautologias; lança-se ao Código uma pecha quase infamante se se faz dizer ao art. 181, tão-somente, que as partes podem, de comum acordo, reduzir ou prorrogar os prazos redutíveis e prorrogáveis, e ao art. 182 que lhes é proibido reduzir ou prorrogar os irredutíveis e improrrogáveis... Ademais, subtrai-se ao juiz qualquer possibilidade de tirar do texto um critério que lhe faculte distinguir na prática – e é o que acima de tudo interessa – as hipóteses de redutibilidade e prorrogabilidade e as de irredutibilidade e improrrogabilidade, sem mergulhar no mais baço casuísmo”.³³²

³³¹ Cf. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Manual de direito processual civil. Vol. 1. 12 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 518.

³³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre prazos peremptórios e dilatórios. Temas de direito processual. Segunda série. Saraiva, 1980. p. 49.

Segundo o ilustre processualista, a peremptoriedade relaciona-se com a extinção do direito (ou faculdade), uma vez chegado o *dies ad quem*. Assim, os *termini perentori* não podem ser abreviados nem prorrogados, sequer por acordo das partes. A síntese conceitual de prazo peremptório estaria, pois no art. 183 do CPC/1973.³³³ Então, seriam peremptórios, no sistema do Código, aqueles prazos dentro dos quais se há de praticar ato que corresponda ao exercício de direito (ou faculdade), ou que represente o cumprimento de dever.³³⁴

Já os prazos dilatórios seriam compreendidos como aqueles que devem transcorrer *antes* da prática de determinado ato e são redutíveis ou prorrogáveis mediante convenção das partes. Porém, somente terá eficácia (*rectius*: será válida) se requerida antes do vencimento do prazo e se fundar em motivo legítimo, a critério do órgão judicial.³³⁵

Sem a intenção de tangenciarmos ao debate doutrinário acerca da impropriedade da classificação, cumpre-nos ater à classificação legislativa para os fins aqui propostos, afinal, “nossa Lei Processual, ao dispor sobre prazos peremptórios e dilatórios, não se ateve a nenhuma dessas doutrinas, consideradas clássicas”.³³⁶ Com efeito, para o CPC/1973, “o que distingue um prazo peremptório do dilatório é a possibilidade de as partes poderem ou não prorroga-lo de acordo com a sua *vontade*”.³³⁷

Os prazos *peremptórios*, são, em sua essência, *fixos*. Assim, tem-se o prazo de quinze dias para o réu apresentar defesa (art. 297 do CPC/1973); o prazo de quinze dias

³³³ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre prazos peremptórios e dilatórios. Temas de direito processual. Segunda série. Saraiva, 1980. p. 52.

³³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre prazos peremptórios e dilatórios. Temas de direito processual. Segunda série. Saraiva, 1980. p. 57.

³³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre prazos peremptórios e dilatórios. Temas de direito processual. Segunda série. Saraiva, 1980. p. 58.

³³⁶ FERRAZ, Cristina. Prazos no processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2001. p. 134.

³³⁷ FERRAZ, Cristina. Prazos no processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2001. p. 134.

para interpor apelação (art. 508 do CPC/973) etc. Sob o trato do CPC/1973, é vedado às partes e ao próprio juiz alterá-los ou ampliá-los, prevalecendo o prazo fixado em lei.³³⁸

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

“Variam os graus de imperatividade das normas que estabelecem prazos (prazos legais), como aliás variam os graus de imperatividade das normas jurídicas em geral. Algumas delas são *cogentes*, dotadas de imperatividade absoluta e portanto imunes a qualquer derrogação por ato de vontade das partes; outra, de caráter *dispositivo*, em certa medida comportam alterações pelo consenso destas. Os prazos legais absolutos, ditados por normas cogentes, dizem-se *peremptórios*; os que comportam reduções ou ampliações consensuais, *dispositivos* ou meramente ordinatórios”.³³⁹

Podemos, pois, definir a redução de prazo peremptório como um negócio processual típico, formal, extrajudicial ou judicial, plurilateral, cujo objeto é eminentemente procedimental³⁴⁰. Ainda, em seu plano de validade, exige-se a *condição* de haver motivo legítimo, conforme destaca Arruda Alvim: “*para a validade deste acordo entre as partes é necessário: a) que seja feito antes de vencido o prazo legal; b) que se funde em motivo legítimo*”.³⁴¹

a) É *típico* porque possui expressa previsão legislativa, no art. 222, §1º, do NCPC:

CPC/2015	CPC/1973
Art. 222 (...) § 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes.	Art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60(sessenta) dias.

³³⁸ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual civil. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 480.

³³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 556.

³⁴⁰ Segundo Cassio Scarpinella Bueno, “os prazos dos atos processuais são temas que se relacionam intimamente à noção de procedimento”. (Curso sistematizado de Direito Processual civil. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 479).

³⁴¹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Manual de direito processual civil. Vol. 1. 12 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 519.

Conforme já mencionado, o art. 183 do CPC/1973 veda, além da *prorrogação*, até mesmo a *redução* dos prazos peremptórios. Segundo Barbosa Moreira:

“a proibição de acordo para prorrogar o prazo é fácil de compreender: se a limitação temporal fosse imposta exclusivamente para atender ao interesse da parte contrária, seria concebível que dele pudesse esta abrir mão, e já nada se teria que objetar à dilatação do prazo em que acordassem ambos os litigantes; como se notou, porém, está igualmente em jogo o interesse público na rapidez do feito, e desse nenhuma das partes tem o poder de dispor”.³⁴²

Não é facilmente explicável, todavia, a vedação de acordo para *redução* do prazo, uma vez que isso não contraria o interesse público. Para Barbosa Moreira, é possível que se explique “menos em razão da inconveniência do que por motivo de inutilidade”:

“a proibição constante do art. 182 não impede que, na prática, se produza resultado equivalente ao que defluiria da redução convencional. Com efeito: se o titular do direito (ou faculdade), que teria interesse na utilização do *prazo inteiro*, se dispõe a sacrificá-lo, nada lhe incumbe fazer senão *praticar o ato antes do termo final*, sendo desnecessária qualquer manifestação formalizada de vontade. E, se disse se fizer questão, sempre se poderá *renunciar* (parcialmente) ao prazo, com base no art. 186. Supérflua será, em todo caso, a concordância dos outros litigantes, e portanto a celebração do *acordo*”.³⁴³

Finaliza, asseverando que “a proibição é, de certo modo, inócua, mas não traz inconveniente algum”.³⁴⁴

Parece-nos que o substrato trazido pelo NCPC altera significativamente a interpretação que pode ser aplicada aos negócios jurídicos que alterem os prazos processuais. Em nosso sentir, é possível a redução dos prazos peremptórios até mesmo em fase pré-processual (extrajudicial). Nesse caso, mostra-se de absoluta utilidade a previsão legislativa. Por exemplo, os sujeitos podem fixar extrajudicialmente que, em eventual

³⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre prazos peremptórios e dilatatórios. Temas de direito processual. Segunda série. Saraiva, 1980. p. 54.

³⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre prazos peremptórios e dilatatórios. Temas de direito processual. Segunda série. Saraiva, 1980. p. 54.

³⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre prazos peremptórios e dilatatórios. Temas de direito processual. Segunda série. Saraiva, 1980. p. 55.

litígio, o prazo para contestar será de cinco dias. Sobrevindo o litígio judicial, o autor pede desde logo a homologação do acordo procedimental e consequente citação do réu para que apresente defesa no prazo convencionado de cinco dias. É essa a essência da alteração legislativa.

b) é *formal*, porque segue a regra geral estipulada pelo art. 190 do NCPC. Deve ser expressa, escrita e homologada pelo juiz. Não há possibilidade de redução tácita do prazo.

c) pode ser extrajudicial ou judicial. Embora seja possível a convenção extrajudicial sobre redução dos prazos, somente terá eficácia após a sobrevinda do litígio e consequente homologação judicial.

d) É *plurilateral*, porque, além da anuência de ambas as partes, depende de homologação judicial. Por expressa disposição legal, não se permite a redução de prazos peremptórios unilateralmente pelo juiz (art. 222, § 1º, NCPC). A prorrogação de prazos dilatórios ou nas excepcionais hipóteses de prorrogação dos peremptórios (art. 222, *caput*, e art. 182, do CPC/1973), deverá o juiz agir com cautela, sob risco de prejudicar a própria tutela jurisdicional. Nesse sentido, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

“O juiz só tem o poder de prorrogar prazos dentro dos limites estabelecidos em lei e quando isso for da estrita conveniência do serviço jurisdicional, ou angustiosamente indispensável ao efetivo exercício do amplo direito de defesa, também assegurado constitucionalmente”.³⁴⁵

Barbosa Moreira refuta a possibilidade de modificação de prazo que envolva terceiro:

“Em se tratando de *terceiro*, como candidato à remição, no caso do art. 693, não parece curial que às partes seja dado, mediante acordo, modificar o prazo, quer

³⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 559.

para mais, quer para menos, pois estão em jogo interesses alheios, dos quais não podem elas dispor. Afigura-se acadêmica, aliás, a hipótese de pretenderem fazê-lo; se ocorrer, porém, o órgão judicial usará do poder, conferido pela lei, de recusar eficácia à convenção, por falta de ‘motivo legítimo’”.³⁴⁶

e) Tem como objeto matéria *processual*: forte nos conceitos e definições apresentadas no capítulo anterior, concluímos que os prazos peremptórios envolvem matéria de índole processual, somente disciplinável por intermédio de lei federal, dado a importância e o relevo para a sistemática processual, funcionando muito mais como um meio para se atingir os fins do processo (tutelando e protegendo efetivamente o direito material controvertido), do que como um mero invólucro ou aspecto externo do processo, com caráter procedimental.³⁴⁷

4.4. Suspensão do processo (art. 313, II, NCPC)

A suspensão do processo por convenção das partes já era matéria prevista no art. 265, II, do CPC/1973. Com a mesma redação, o NCPC dispôs em seu art. 313 que “*suspende-se o processo pela convenção das partes*”.

A suspensão convencional do processo é, pois, *um negócio jurídico típico, formal, incidental, bilateral ou plurilateral, com objeto essencialmente procedimental*.

³⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre prazos peremptórios e dilatórios. Temas de direito processual. Segunda série. Saraiva, 1980. p. 57.

³⁴⁷ Nesse mesmo sentido, o escólio de Nelson Nery Jr.: “O CF 22 I estabelece a competência exclusiva da União Federal para legislar sobre direito processual. Quando o texto constitucional menciona União Federal, quer referir-se, por óbvio, ao Poder Legislativo da união Federal, formado pelas duas casas: a Câmara dos Deputados (câmara baixa) e o Senado Federal (câmara alta). Os estados federados não têm, via de consequência, competência concorrente ou residual para legislar sobre o processo. Em virtude dessa proibição, não podem os estados criar novos recursos, ou restringir os já existentes, afrontando o texto da lei emanada do poder legislativo federal. Como o legislador federal tem atribuição para regulamentar o direito processual, integra essa competência a possibilidade de, por intermédio de leis extravagantes situadas fora do corpo do CPC, criar novos recursos, complementando o sistema recursal deste, e, até, se for o caso, alterando os já existentes e previstos naquele código”(NERY JUNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2004. p. 56).

a) É típico porque possui expressa previsão legal: art. 313, II, do NCPC, e art. 265, II, do CPC/1973.

CPC/2015	CPC/1973
Art. 313. Suspende-se o processo: (...) II – pela convenção das partes; (...) § 4º O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II. § 5º O juiz determinará o prosseguimento do processo assim que esgotados os prazos previstos no § 4º.	Art. 265. Suspende-se o processo: (...) II - pela convenção das partes; (...) § 3o A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o no II, nunca poderá exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.

b) É formal porque exige forma escrita ou declaração reduzida a termo, com limite de prazo expressamente previsto em lei. Tanto o CPC/1973 quanto o NCPC determinam o prazo máximo de suspensão por seis meses em se tratando de acordo entre as partes. A única diferença encampada pelo NCPC é que, após decorrido o referido prazo, não mais se atribui ao escrivão a responsabilidade pelo encaminhamento dos autos ao juiz. O NCPC limitou-se a prescrever que cabe ao juiz, por impulso oficial, dar prosseguimento do processo (art. 313, § 5º, NCPC).

O limite temporal é uma condição necessária para se garantir a entrega da tutela jurisdicional. É, sim, um direito das partes a suspensão, mas pelo prazo máximo de

seis meses. Caso contrário, correr-se-ia o risco de perpetuar a demanda sem a correspondente resolução judicial.³⁴⁸ Segundo Leonardo Greco:

“A lei não quer que essa suspensão seja extremamente prolongada, porque a pendência do processo gera uma situação de insegurança no gozo dos direitos subjetivos e o interesse do Estado é o de que o processo se encerre com a maior rapidez possível e, então, a lei não permite que essa suspensão ultrapasse o prazo máximo de seis meses (CPC (LGL\1973\5), artigo 265, § 3.º), salvo no processo de execução (CPC (LGL\1973\5), artigo 792) em que a suspensão durará todo o prazo que o credor tiver concedido ao devedor para o cumprimento da obrigação”.³⁴⁹

Por esse mesmo motivo, não vemos possibilidade de as partes convencionarem mais de uma vez, ultrapassando o prazo legal. Seria ilógico que se permitissem convenções sucessivas, procrastinando indevidamente o processo e fraudando a lei processual.

Parece razoável, todavia, que se permitam convenções sucessivas, desde que somadas não atinjam o limite temporal exigido. Com efeito, se, por exemplo, as partes informem a suspensão pelo prazo de trinta dias, pois estão dialogando para composição extrajudicial, nada impede que, decorridos os trinta dias, venham as partes novamente suspender por mais trinta, sessenta dias ... até o limite de seis meses, somando-se todo o período suspenso.

³⁴⁸ Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. CONVENÇÃO DAS PARTES. LIMITE TEMPORAL. ARTIGO 265 DO CPC.

1. Embora a lei confira o direito de as partes convencionarem a suspensão do processo, este é limitado pela disposição do §3º do artigo 265 do CPC e tal limite funda-se na necessidade de que as pendências judiciais não se perpetuem, sobretudo diante da garantia constitucional dirigida a todos (não exclusivamente às partes processuais) da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

2. Encerrado o prazo de seis meses, imediatamente os autos devem ir conclusos para o magistrado para que este restabeleça o curso do procedimento.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1231891/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 18/02/2013)”.
³⁴⁹ GRECO, Leonardo. Suspensão do processo. Revista de Processo. Vol. 80. São Paulo: RT, 1995. p. 90-102.

c) É incidental porque somente se suspende algo que já está em curso. Não há definição exata de qual o momento processual exato para a suspensão convencional, sendo viável a sua realização em qualquer fase, até mesmo na esfera recursal.

Não é possível a suspensão pré-processual, pois, como dito, apenas se suspende o que já teve início.

d) É bilateral porque depende unicamente do consenso entre os jurisdicionados, independentemente de homologação judicial, desde que obedecido o prazo legal. Segundo Leonardo Greco, *“as partes podem formular um negócio processual ou um ato convencional bilateral, suspendendo o processo, por razões de sua exclusiva conveniência, que o juiz é forçado a aceitar”*.³⁵⁰

A suspensão convencional do processo é um direito das partes, ao qual o juiz não pode opor-se. Segundo Egas Dirceu Moniz de Aragão:

“O Código de 1939, em sua letra, apresentava subordinar a suspensão ao despacho do juiz, após lhe haver sido denunciado o fato, com o que seria tal despacho constitutivo.

Mas há aí, ao que tudo indica, um equívoco,: o juiz não suspende o processo, declara-o suspenso; a causa não está no despacho e sim no fato gerador da suspensão. O ato do juiz não tem efeito constitutivo mas declarativo; logo, retroage ao momento em que ocorrera o fato gerador”.³⁵¹

No mesmo sentido, Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda

Alvim:

“As partes podem, também, acordar em suspender o curso do processo (inc. II do art. 265), hipótese em que o juiz deverá determinar a suspensão, pois trata-se de direito das partes. Tal suspensão, porém, segundo o que dispõe o §3º do art. 265, não deverá exceder a seis meses. Cuida-se, pois, de uma mitigação do princípio do impulso oficial do processo (art. 262), que retomará compulsoriamente o seu curso, após a suspensão convencional”.³⁵²

³⁵⁰ GRECO, Leonardo. Suspensão do processo. Revista de Processo. Vol. 80. São Paulo: RT, 1995. p. 90-102.

³⁵¹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, p. 404.

³⁵² ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Comentários ao Código de Processo Civil. GZ: Rio de Janeiro, 2012. p. 395.

Mas, conforme observa Leonardo Greco, o juiz não é um estranho nessa questão. A ele cabe fiscalizar a validade e eficácia dos atos das partes e conduzir o processo em direção ao seu fim. Por isso, a convenção das partes necessariamente será comunicada ao juiz para que este verifique a sua legalidade e para que o juiz ordene aos seus auxiliares as medidas cabíveis em decorrência da suspensão do processo. A função do juiz é meramente declaratória. Não é o juiz que suspende o processo em razão da convenção das partes. O processo já está suspenso. O juiz simplesmente reconhece que o processo está suspenso e adota as providências daí resultantes.³⁵³ Para o referido autor:

“A suspensão ocorre desde o momento da celebração do acordo, pouco importando quanto tempo demore o juiz para despachar a petição que o comunique. Mas as partes não podem guardar consigo o acordo de suspensão. *Quod non est in actis non est in mundo*. O acordo somente se torna eficaz como ato processual a partir do seu ajuizamento, da entrega do seu instrumento em mãos do juiz, no cartório ou no protocolo forense. Protocolado o acordo, o processo está suspenso com fundamento no artigo 158 do CPC (LGL\1973\5) e nenhum ato processual poderá ser desde então praticado e, se o for, não terá eficácia, devendo ser declarado nulo”.³⁵⁴

e) Matéria procedimental: A suspensão do processo é a paralisação do curso do processo pela ocorrência de motivos legalmente previstos, dentre eles a suspensão convencional.

A suspensão tem por efeito o bloqueio para realização de qualquer ato. Impede, pois, o curso normal do processo, salvo os de caráter urgente. O ato indevidamente praticado durante a suspensão deve ser considerado ineficaz.

Segundo Barbosa Moreira:

“a suspensão do processo necessariamente adia o vencimento dos prazos que, na ocasião, estejam fluindo: conquanto o art. 180, ao tratar da suspensão de prazos, pareça excluir a hipótese do art. 265, n. II, não é possível supor que nesta

³⁵³ GRECO, Leonardo. Suspensão do processo. Revista de processo. Vol. 80/1995. p. 90-102. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

³⁵⁴ GRECO, Leonardo. Suspensão do processo. Revista de processo. Vol. 80/1995. p. 90-102. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

continue o prazo a fluir normalmente, de tal modo que dentro dele, ou logo após, venha a realizar-se o ato, apesar de ainda suspenso o *processo*. Tal suposição encontra óbice incontornável no preceito do art. 266, que proíbe de maneira categórica – com a ressalva final, aqui irrelevante – a prática de qualquer ato processual durante a suspensão”.³⁵⁵

Por fim, considera-se impossível a suspensão convencional do processo enquanto estiver em curso qualquer prazo peremptório. Não se admite, por exemplo, a suspensão convencional enquanto transcorre o prazo para interposição de recurso, uma vez que o trânsito em julgado não pode sofrer adiamento pela simples vontade dos litigantes.³⁵⁶

4.5. Aditamento ou alteração do pedido e da causa de pedir (Art. 329, II, NCPC)

Os limites da prestação jurisdicional são determinados pelo autor da demanda (princípio da demanda), considerando-se, para tanto, que o direito ao exercício da ação lhe foi assegurado constitucionalmente.³⁵⁷ Segundo Humberto Theodoro Jr., duas são as derivações importantes do princípio dispositivo em nosso sistema processual civil:

³⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre prazos peremptórios e dilatórios. Temas de direito processual. Segunda série. Saraiva, 1980. p. 59.

³⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre prazos peremptórios e dilatórios. Temas de direito processual. Segunda série. Saraiva, 1980. p. 59.

³⁵⁷ Conforme Humberto Theodoro Jr. “esse princípio é de altíssima relevância porque se acha umbilicalmente vinculado à garantia de liberdade, valor supremo para a instituição do Estado Democrático de Direito, reconhecido e proclamado pelo preâmbulo da Constituição e inserido entre os direitos e garantias fundamentais pelo art. 5.º, caput, da Lei Maior. Com a observância desse princípio, na ordem processual, busca-se dimensionar a garantia de acesso à justiça, sobrepondo-lhe a liberdade que tem o indivíduo de recorrer, ou não, à tutela jurisdicional, preferindo, segundo sua conveniência pessoal, outras formas de solução para as lesões ou ameaças sofridas em sua esfera jurídica. O Estado, portanto, não pode se furtar à prestação da tutela aos direitos subjetivos em crise, quando esta seja postulada na forma e condições legítimas”. (THEODORO JR., Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 244/2015. Pp. 195-204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

(i) o princípio da *demanda*: só se reconhece à parte o poder iniciativo processual. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte, de sorte que não há instauração de processo pelo juiz *ex officio*.

(ii) o princípio da *congruência*: que também se nomeia como princípio da *adstrição*, o juiz deverá ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide “nos termos em que foi proposta”, sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelos litigantes.³⁵⁸

Pode-se afirmar que o pedido estabelece o alcance máximo da prestação jurisdicional, pois as atividades reservadas ao demandado não têm o condão de ampliar o campo de abrangência do provimento jurisdicional, mas sim de reduzi-lo (pela procedência parcial) ou de impedi-lo (pela improcedência). O pedido, portanto, delimita o resultado pretendido pelo autor da prestação jurisdicional. A prestação jurisdicional deve guardar correspondência com o pedido e seus fundamentos (art. 128 e 460 do CPC).

O pedido nada mais representa do que o bem da vida pretendido, como resultado final do processo, e o pleito ao juiz de uma providência para a ele ter acesso, considerando-se que, sem a intervenção estatal, não poderia ser obtido (exemplos: divórcio, separação etc). No pedido, especifica-se concretamente o bem e indica-se a espécie de tutela pretendida: declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental. Assim, segundo Dinamarco, "os meios de tutela não passam de mera instrumentalização técnico-jurídica empregada para a outorga do bem".

O pedido é composto de dois elementos: um imediato e outro mediato. O conteúdo imediato é a solicitação da tutela jurisdicional (providência declaratória, condenatória etc) que se deseja obter, dirigido ao poder estatal, a quem está afeto o poder-

³⁵⁸ THEODORO JR., Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 244/2015. Pp. 195-204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

dever de prestar o serviço. O conteúdo mediato refere-se ao bem da vida (direito material), o qual se pretende obter, em face do demandado.

A alteração unilateral dos limites objetivos da demanda encontra barreira no princípio da estabilização do processo, também denominado de estabilidade da instância.

O CPC/1973 estabelece que “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento das partes”. O CPC/2015, na mesma linha, definiu temporalmente a possibilidade de alteração ou aditamento do pedido: a) até a citação, sem o consentimento do réu; b) após a citação e até o saneamento do processo, com o consentimento do réu:

CPC/2015	CPC/1973
Art. 329. O autor poderá: I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.	Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

Diante desse quadro, podemos classificar o aditamento ou alteração do pedido ou causa de pedir, nos moldes aqui tratados, como um negócio jurídico *típico, formal, incidental, bilateral, cujo objeto trata de matéria processual*.

a) É típico em razão da expressa previsão legal. Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

“Os arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil, parcialmente sobrepostos, são portadores da regra segunda a qual, angularizada a relação processual pela citação – e portanto integrado a ela o demandado – a demanda permanecerá imutável e a sentença a ser afinada proferida não poderá pronunciar-se fora dos limites que ela estabelece (Arts. 128 e 460). A finalidade desses dois dispositivos é limitar com bastante severidade a possibilidade de alterações na demanda proposta”.³⁵⁹

Como visto alhures, a regra básica é que se permite ao autor o aditamento ou alteração do pedido/causa de pedir de forma unilateral, desde que realizado antes da citação do réu. Após a citação, as modificações somente se concretizam com a expressa concordância do requerido. E, após o saneamento, não se permite de forma alguma qualquer modificação, dada a estabilização da demanda.

Cabe, nesse contexto, distinguir entre as modificações quantitativas (ampliação e redução) e qualitativas (alteração). Segundo Barbosa Moreira, “a *ampliação do pedido só se permite antes da citação do réu, mediante aditamento da petição inicial, correndo por conta do autor as custas acrescidas*”.³⁶⁰ A *redução*, por outro lado, pode resultar: a) de desistência *parcial*; b) de renúncia *parcial* ao direito postulado; c) de transação *parcial*, na pendência de processo; d) de convenção de arbitragem relativa a

³⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 67.

³⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14.

parte do objeto do litígio, na pendência do processo; e) da interposição, pelo autor, de recurso *parcial* contra a sentença de mérito desfavorável”.³⁶¹

Tanto a ampliação quanto a redução do pedido ou causa de pedir, se pretendida após a citação, dependem do consentimento da parte contrária.

Já a *alteração* do pedido é a substituição do pedido originário por outro. Nesse caso, a lei faculta: a) antes de citado o réu, pela simples manifestação do autor (art. 264, *caput*, *a contrariu sensu*); b) após a citação (mas nunca depois de saneado o processo: art. 264, parágrafo único), mediante o consentimento do réu, exigível ainda na hipótese de revelia (art. 321) e insuprível pelo juiz. Ao réu, naturalmente, há de assegurar-se novo prazo para resposta, pois, alterado o pedido, a ação passa a ser diversa (art. 301, §2º, *a contrariu sensu*).³⁶²

É sabido que o saneamento do processo é o ato final da estabilização da demanda, pelo qual se estabelecem os pontos controvertidos. A partir de então, nenhuma mudança de ordem objetiva está autorizada. Segundo Cândido Dinamarco:

“Esse é um reflexo da *rigidez do procedimento* no processo civil brasileiro, o qual se desenvolve em fases razoavelmente bem delineadas e não comporta retrocessos que seria inevitáveis caso novos fatos, novos pedidos e novos sujeitos pudessem a qualquer tempo ser inserido no processo pendente. Não sendo possível retroceder para citar outra vez o réu pelos sucessivos aditamentos e para permitir novos atos de defesa complementar, seria ilegítimo permitir essas alterações depois da citação, porque prejudicariam sensivelmente a efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.³⁶³

b) É formal porque exige, nos termos do art. 282, do CPC/1973, a petição inicial é o instrumento da demanda, em que o autor formula por escrito o pedido.³⁶⁴ Para que o Poder Jurisdicional possa se impor, é necessário que lhe seja submetido um pedido

³⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14.

³⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14.

³⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 67.

³⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 11.

formalmente apresentado pelo jurisdicionado. Nada mais é que a própria integração da petição inicial originariamente ajuizada.

Nesse contexto, Cândido Rangel Dinamarco é pontual:

“os requisitos para que a demanda tenha o efeito de dar formação a um processo *válido* estão impostos nos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil e são exigências *formais* quanto à estrutura a ser observada na petição inicial que a instrumentaliza e documentos que devem acompanhá-la”.³⁶⁵

c) É bilateral, porquanto somente podemos falar de alteração convencional do pedido ou da causa de pedir quando há consentimento da parte contrária. Antes da citação, é possível a alteração unilateral, mas nesse caso não se trata de negócio jurídico propriamente dito.

Antes da citação, o processo não existe para o réu, razão óbvia pela qual não há necessidade de seu consentimento. Segundo Arruda Alvim, “*a existência da citação, no início de cada ação, seja de conhecimento, cautelar ou de execução, prende-se ao princípio da bilateralidade da audiência, sendo uma exigência impostergável para a existência do processo (em relação ao réu) e da sentença*”.³⁶⁶

Depois de saneado o processo é absoluto o veto a qualquer alteração subjetiva ou objetiva, *mesmo com o consentimento do réu*.³⁶⁷ Segundo Arruda Alvim, “é de se ter presente, todavia, que haverá estabilização de instância definitiva ser admitida – nenhuma

³⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

³⁶⁶ ARRUDA ALVIM, Manial de Direito Processual civil. Vol. 2. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 261.

³⁶⁷ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 68.

alteração objetiva ou subjetiva poderá ser admitida – após o saneamento do processo, como determina o art. 264 do CPC”.³⁶⁸

Para Humberto Theodoro Jr., o sistema de estabilização da demanda, adotado pelo novo Código é o mesmo do Código anterior, que estabelece a livre modificabilidade do pedido pelo autor, antes da citação do réu, e que, após a citação, sujeita qualquer modificação do objeto litigioso, ao acordo entre as partes. Segundo o autor. *“vários dispositivos do próprio Código, no entanto, autorizam negócio processual, com o fito de alterar o procedimento e introduzir questões novas no objeto litigioso, negócio esse que as partes podem ajustar em qualquer fase procedimental, e não apenas antes do saneamento”*.³⁶⁹

Conclui categoricamente que em nenhum momento o novo Código reproduziu a vedação categórica feita pelo CPC/1973 a qualquer inovação do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo. Por isso, de forma alguma, se poderia atribuir ao art. 329, II, do novo CPC a mesma rigidez e o mesmo alcance do art. 264, parágrafo único, do Código anterior.³⁷⁰

De fato, a nova regra aparenta ter fragilizado a rigidez do art. 264, parágrafo único, do CPC/1973, sobrelevando a livre convenção para alterar o pedido enquanto não sentenciado o feito. Não vemos nenhum problema em admitir-se a convenção processual para aditar ou alterar o pedido após o saneamento e antes da sentença, desde que observado o contraditório e com manifesta concordância entre os litigantes.

³⁶⁸ ARRUDA ALVIM, Manial de Direito Processual civil. Vol. 2. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 243.

³⁶⁹ THEODORO JR., Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 244/2015. Pp. 195-204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁷⁰ THEODORO JR., Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 244/2015. Pp. 195-204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

d) É matéria de ordem processual, porquanto o *pedido* e/ou *causa de pedir*, ao lado das *partes*, constituem os elementos integrantes da tríplice identidade. Dentre os três dados identificadores da ação (*partes*, *causa de pedir* e *pedido*), o *pedido* constitui o último elemento caracterizador da demanda.

Como vimos alhures, por força do princípio dispositivo, a tutela jurisdicional não é prestada espontaneamente pelo Estado (princípio da *inércia* da jurisdição).. A pretensão processual é, pois, a manifestação exposta por intermédio de um pedido globalmente considerado. O pedido constitui, enfim, o pleito processual de providência jurisdicional, indispensável à parte para que seja apreciada sua pretensão à tutela judicial.

O pedido, todavia, não existe individualmente, porquanto deve estar amparado por fundamentos que o sustentem. O Código de Processo Civil de exige, assim, a indicação expressa da causa de pedir (art. 319 do CPC/2015 e art. 282 do CPC/1973) na petição inicial, cujo descumprimento pode acarretar o indeferimento liminar por inépcia da peça inaugural.

No tocante à *causa petendi*, o art. 264 impede que o autor imponha ao réu qualquer alteração dos *factos* descritos na petição inicial à guisa de fundamento do pedido”.³⁷¹

Desta forma, o negócio jurídico que permite a alteração ou aditamento do pedido ou causa de pedir é tema fundamentalmente pertencente ao direito processual, porquanto envolve matéria referente ao próprio exercício do direito de ação.

³⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 71.

4.6. Sobre a distribuição do ônus da prova (art. 373, §3º, NCPC)

A distribuição do ônus da prova está positivada no art. 333 do CPC/1973 e no art. 373 do NCPC, sendo que incumbe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O §3º do art. 373 do NCPC reproduz as hipóteses do art. 333, parágrafo único, do CPC/1973, em que não se admite a convenção sobre o ônus da prova. No §4º, uma nova e específica previsão legislativa que permite a convenção das partes sobre o ônus probatório *antes* ou *durante* o processo:

CPC/2015	CPC/1973
Art. 373. O ônus da prova incumbe: §3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.	Art. 333. (...) Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Temos, pois, como regra geral, a distribuição estática do ônus probatório, que é a definida pela legislação. Assim, cabe ao autor prova o fato constitutivo do seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Há duas hipóteses de alteração da regra legal. A primeira é a distribuição dinâmica do ônus da prova a critério judicial. A segunda, conforme dispositivos acima transcritos, é a distribuição convencional.

De acordo com os critérios estabelecidos neste trabalho, podemos classificar a distribuição convencional do ônus da prova como um negócio jurídico *típico, formal, extrajudicial ou incidental, plurilateral, cujo objeto envolve matéria essencialmente processual*.

a) É típico porque possui expressa previsão legal, tanto no art. 333, parágrafo único, do CPC/1973, quanto no art. 373, §3º, do NCPC.

b) É formal, porquanto segue a regra geral dos negócios jurídicos processuais. Segundo Robson Renault Godinho, “*os contratos probatórios são acordos ou convenções processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova*”.³⁷²

Conforme Ravi Peixoto, a convenção sobre ônus da prova:

“Cuida-se de negócio jurídico processual, portanto deve ser realizado em harmonia às disposições gerais acerca dos negócios jurídicos. Para a existência de convenção é essencial sujeito capaz de direitos, manifestação de vontade e objeto – que, nesse negócio processual típico, é a distribuição do ônus da prova. Há, portanto, os pressupostos de existência de qualquer negócio jurídico.

Quanto à validade, os requisitos da lei cível de validade dos atos jurídicos *lato sensu* em geral aplicam-se plenamente às convenções sobre o ônus da prova. Assim, para que seja válido o negócio processual, exige-se a presença de agentes capazes, objeto lícito e forma admitida ou não defesa em lei”.³⁷³

³⁷² GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 411.

³⁷³ PEIXOTO, Ravi. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Revista de processo. vol. 241/2015. p. 463-487. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

c) Pode ser celebrado extrajudicialmente, em contrato particular, ou incidentalmente ao processo, conforme expressa previsão do art. 373, §4º, do novo CPC. O próprio instrumento contratual que regula a relação de direito material pode prever que, sobrevindo um litígio entre as partes, a prova de determinado fato caberá especificamente a uma delas.

É possível também que a inversão seja feita no transcurso processual, caso em que as partes convencionam que determinado ponto deve ser esclarecido pela parte que normalmente não possuiria o ônus. É certo, então, que a convenção sobre o ônus da prova pode ser celebrada no âmbito judicial ou extrajudicial, mesmo quando já iniciado o processo.³⁷⁴

e) É plurilateral, porquanto depende de homologação judicial. Por mais que as partes possa livremente convencionar de forma diversa, em última análise sempre necessitará de aval do juiz.

O principal ponto a ser pesquisado é a influência da convenção processual sobre o princípio do livre convencimento motivado. Na atual conjectura, em que cada vez mais se proclama o poder do juiz na direção e instrução processual, encontra-se a encruzilhada: de um lado, o autorregramento das partes; de outro, o próprio convencimento do juiz. Estariam necessariamente apartados ou há um ponto convergente?

Segundo Trícia Navarro Xavier Cabral:

“A primeira constatação é a de que o modelo dispositivo, na sua singular concepção, não possui nenhuma relação com os poderes instrutórios do juiz, sendo fenômenos distintos que se prestam a finalidade diversas, podendo ambos conviver harmoniosamente no processo, já que os atos das partes não interferem na atividade do juiz, e nem vice-versa. (...)

Na verdade, os atos de disposição das partes devem ser reconhecidos, garantidos, e estimulados pelo juiz, da mesma forma que o comando do processo pelo magistrado deve ser respeitado, exigido e interpretado como meio

³⁷⁴ Cf. PEIXOTO, Ravi. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Revista de processo. vol. 241/2015. p. 463-487. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

de assegurar a regularidade, o equilíbrio e a efetividade da relação jurídica processual. São condutas, pois, que se complementam, e não se excluem”.³⁷⁵

Com efeito, “*os poderes instrutórios oficiais utilizados para apuração da verdade dos fatos e a compreensão do ocorrido não são excludentes e nem concorrentes da atividade probatória das partes, pois o ônus probante é incumbência delas*”.³⁷⁶

O princípio fundamental na valoração das provas, bem sabemos, é o da liberdade do juiz, é o princípio da livre apreciação das provas, expressamente consagrado no art. 131.³⁷⁷ O poder instrutório oficial não é afetado pela liberdade dos litigantes em convencionar sobre o ônus probatório, porque se o direito versado for disponível, independentemente da atuação judicial na fase probatória e dos resultados que dela surgirão, os litigantes podem, a qualquer tempo e de acordo com as suas vontades, utilizar os meios previstos na legislação para resolver a contenda apresentada, como renunciar, transigir ou dispor”.³⁷⁸ No mesmo sentido, afirma Robson Renault Godinho que “*é inegável que a celebração de negócios probatórios pelas partes não afetará, em maior ou menor medida, a atividade do juiz, mas isso não é exclusividade ou algum tipo de efeito idiossincrático desse tipo de acordo. Na realidade, todo e qualquer negócio jurídico processual repercute inexoravelmente na atividade do juiz*”.³⁷⁹

Segundo Sérgio Alves Gomes, “*o ônus da prova (CPC, art. 333) não tem o condão de diminuir o alcance dos poderes instrutórios do juiz, que para a formação de seu convencimento pode determinar a produção de provas não requeridas pelas partes*

³⁷⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 48.

³⁷⁶ CAMAPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p 93/

³⁷⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. Revista de Processo. Vol. 76. São Paulo: RT, 1994. p. 114-126.

³⁷⁸ Cf. CAMAPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p 92.

³⁷⁹ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 412.

(CPC, art. 130)”.³⁸⁰ Assim, por mais que as partes convençionem sobre ônus probatório, continuaram sujeitos aos poderes instrutórios do juiz, porquanto esse não é obrigado a julgar com base apenas no que provam as partes, podendo ele também, de ofício, ordenar a produção das que entender necessárias.³⁸¹

Evidentemente, “na utilização de tais poderes o juiz há de respeitar o princípio do contraditório e da igualdade, dando oportunidade de igual participação para ambas as partes na produção da prova por ele determinada. O respeito a tais princípios impedirá qualquer conotação arbitrária da iniciativa do magistrado quanto à prova”.³⁸²

d) A prova é matéria de ordem processual.³⁸³

Basicamente são cinco correntes que tratam da natureza jurídica das provas: 1) são exclusivamente de direito material; 2) são exclusivamente de direito processual; 3) possuem natureza mista; 4) possuem natureza dúplice, material e processual; e 5) pertencem à específica natureza de direito “judicial”.³⁸⁴

Parece-nos que a disciplina do ônus da prova deve ser compreendida na esfera processual. Segundo Robson Godinho:

“a figura do ônus deve ser remetida para o domínio processual: traduz, aí, deveres no processo com a particular índole de terem consequências

³⁸⁰ GOMES, Sérgio Alves. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 257.

³⁸¹ “O dever de cooperação do juiz está presente em todo o formalismo processual e visa a atender aos escopos do processo, de modo que o instrumento jurisdicional produza os resultados que dele se espera. Assim, o juiz deve se comportar em diálogo constante com as partes, principalmente no desenvolvimento da instrução probatória, emitindo alertas quanto ao cumprimento de seus ônus processuais, indicando a necessidade de apresentação de documentos, testemunhas ou mesmo na produção de prova pericial. Isso, independentemente da técnica de distribuição de ônus da prova aplicável”. (MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 208. São Paulo: RT, 2012. p. 295-316).

³⁸² GOMES, Sérgio Alves. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 261.

³⁸³ Sem a pretensão de equacionar o problema da pertinência da prova ao direito material ou ao direito processual, resguardamo-nos à teoria processualista. Sobre o tema, sugerimos a leitura do artigo Regras de Prova no Código Civil, de Egas Moniz de Aragão, publicado no volume 116 da Revista de Processo (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. Revista de Processo. Vol. 116. São Paulo: RT, 2004. p. 11-28).

³⁸⁴ Cf. GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 182.

substantivas. Devis Echandía percebe uma vinculação entre os argumentos sobre a natureza das normas sobre prova e aqueles sobre ônus da prova, concluindo sobre a natureza processual ainda que influenciem as condutas das partes, por não se tratar de algo inerente a esse tipo de norma. Gian Antonio Michelli observa que tais regras oferecem um meio idôneo, um critério, que possibilita o julgamento e se destina a produzir efeitos sobretudo no processo, embora possa ser fixada fora do processo, não sendo ocioso registrar que é irrelevante a topografia da norma para indiciar sua natureza jurídica. Não se questiona que há uma íntima conexão entre as normas sobre o ônus da prova e o direito material, assim como entre as questões probatórias e o direito material, já que estamos trabalhando com suportes fáticos, mas a disciplina sobre a fixação, incidência e eficácia das regras sobre ônus da prova é eminentemente processual”.³⁸⁵

Conforme Ravi Peixoto e Lucas Macêdo, “*as convenções acerca do ônus da prova são negócios processuais que têm por objeto a distribuição específica e diferenciada da carga probatória, colocando-a de maneira distinta da regulada previamente em lei. Os sujeitos definem, de acordo com sua vontade, quem deve provar determinados fatos e, portanto, qual deles assumirá as consequências da ausência de prova sobre eles*”.³⁸⁶

Em que pese entendermos que a prova é matéria processual, admite-se que a questão em torno da sua natureza jurídica é ainda bastante controversa, conforme as teorias acima referidas. Contudo, parece-nos que o *ônus probatória* indubitavelmente deve ser compreendido na esfera processual, porquanto está ligado ao próprio desenvolvimento processual e, mais do que isso, ao contraditório (e cooperação), subsídios importantes para sustentar o processo como uma relação jurídica.

³⁸⁵ GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 183.

³⁸⁶ MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*. vol. 241. São Paulo: RT, 2015. p. 463-487.

4.7. Escolha consensual do perito (art. 471, NCPC)

A escolha consensual do perito é um negócio jurídico processual típico, formal, extrajudicial ou incidental, bilateral, cujo objeto trata de matéria processual.

a) É típico: Sem referência no CPC/1973, o art. 471 do NCPC traz interessante novidade ao possibilitar às partes a indicação comum do perito judicial:

Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

I – sejam plenamente capazes;

II – a causa possa ser revolvida por autocomposição.

§ 1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que e realizará em data e local previamente anunciados.

§ 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz.

§ 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha:

“O novo CPC mantém a regra segundo a qual o perito deve ser escolhido pelo juiz, como alguém de sua confiança. O art. 471 do novo CPC brasileiro permite, todavia, que as partes possam, de comum acordo, escolher o perito. Para tanto, é preciso que sejam capazes e que a causa admite solução por autocomposição. Ao escolherem o perito, as partes já devem indicar seus respectivos assistentes técnicos, que irão acompanhar a realização da perícia em data e local previamente anunciado. Não se trata de um novo tipo de perícia. É uma prova pericial como outra qualquer. O detalhe está apenas na escolha do perito: em vez de ser escolhido pelo juiz, será escolhido por comum acordo entre as partes. Será, enfim, alguém de confiança das partes”.³⁸⁷

³⁸⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 55.

Algumas características merecem ser destacadas, de acordo com o estudo de Bruno Bodart.³⁸⁸

Primeira: O perito consensualmente escolhido pelas partes não precisa ser inscrito no cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz da causa está vinculado. Afinal, a principal razão do cadastro é assegurar a competência técnica ou científica do profissional nomeado. A eleição do perito pelas partes demonstra que ambas reconhecem a competência do profissional eleito.

b) É formal, porque há necessidade de consentimento escrito entre os sujeitos litigantes, mesmo se realizada extrajudicialmente.

c) Pode ser extrajudicial ou incidental: Segundo Bruno Bodart, “a convenção entre as partes para a escolha do perito pode ser formulada antes ou durante o processo, desde que não o façam após a nomeação de perito pelo juiz, o que normalmente ocorre na decisão de saneamento do processo”.

d) É plurilateral, pois sempre haverá necessidade de homologação judicial. Compete, pois, ao juiz, o controle da validade e aplicação do negócio entabulado.

No mesmo ato, as partes devem estipular o valor e a forma de pagamento do perito escolhido. A forma de pagamento do perito é de absoluta liberdade negocial, não podendo ser objeto de interferência estatal, porquanto se trata de objeto disponível e interessante apenas aos sujeitos negociantes.

A prova é produzida para o processo, não para um sujeito ou outro, por isso o reconhecimento de princípios como o da *aquisição processual da prova*, com desdobramento específico: vez requerida e admitida a produção da prova, ou ordenada de ofício pelo juiz, a desistência de sua produção exige a concordância de todos os sujeitos.

³⁸⁸ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. Revista de processo. Vol. 244/2015. p. 33-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

e) é material processual, porquanto enquadrada no sistema de direito probatório. Através do negócio jurídico processual, as partes podem não apenas decidir quem será o perito que irá atuar no processo. Podem convencionar o método do laudo, a quantidade de assistentes técnicos, o prazo para apresentar o laudo etc.

Nesse contexto, tratando-se de matéria inerente ao livre convencimento motivado do juiz, há que se ressaltar que não a prova pericial convencional não faz verdade absoluta.³⁸⁹ Ou seja, *“o magistrado não está vinculado ao atestado no laudo. É possível que a prova pericial, ao ser analisada individualmente, leve a certa posição não corrobora pelos demais elementos de prova constante nos autos. Assim, a perícia não pode servir como regra de julgamento, ou seja, o atestado pelo perito, por si só, não é suficiente para fazer com que o pedido seja julgado (im)procedente”*.³⁹⁰

Voltamos à problemática do livre convencimento motivado e dos poderes instrutórios do juiz, já tratados anteriormente. E repetimos nosso posicionamento no sentido de que caberá ao juiz a apreciação e valoração das provas para proferir sua sentença. Não estando satisfeito com o resultado, mesmo que consentido entre as partes, não deverá o juiz proferir o resultado final. Assim, por mais que os litigantes conformem-se com o resultado da perícia, nada impede que o juiz não se convença. Nesse caso, poderá determinar a realização de nova perícia, caso entenda insuficiente os elementos probatórios concluídos pelo laudo.

Nessa hipótese, conforme ressalva Bruno Bidart, deverá o magistrado solicitar nova perícia, permitindo às partes a designação de novos assistentes técnicos e a apresentação de novos quesitos, se assim desejarem. Nesse caso, havendo realização de

³⁸⁹ Por todos, BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. Revista de processo. Vol. 244/2015. p. 33-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁹⁰ AVELINO, Murilo Teixeira. O juiz e a prova pericial no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 242. São Paulo: RT, 2015. p. 69-89.

uma segunda perícia, permanecerá válida a primeira, com o objetivo de comparação e avaliação concomitante pelo juiz.

4.8. Parcelamento do débito pelo executado, na forma do art. 916 do NCPC

O art. 916 do CPC/2015, tal como o art. 745-A do CPC/1973, traz a possibilidade de parcelamento do débito pelo executado:

CPC/2015	CPC/1973
Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e honorários de advogado, o executado poderá pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês. §1º O exequente será intimado para manifestar-se sobre o preenchimento dos pressupostos do <i>caput</i>, e o juiz decidirá o requerimento em 5 (cinco) dias.	Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês. §1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

Para o anseio deste trabalho, cabe, inicialmente, compreender se realmente trata-se de um *negócio processual*, seja unilateral, bilateral ou plurilateral.

O intuito do art. 745-A do CPC, conforme bem destaca Welder Queiroz dos Santos, é facilitar a satisfação do crédito do exequente, possibilitando ao executado que tenha interesse em quitar a dívida uma oportunidade para efetuar o pagamento a prazo, com a suspensão dos atos executivos. Trata-se, pois, de um estímulo ao cumprimento espontâneo da obrigação, que atua como uma medida de coerção indireta ao incentivar a realização do adimplemento com condições facilitadas.³⁹¹

À luz desse conceito, podemos definir o parcelamento do débito exequendo como um negócio jurídico processual típico, formal, incidental, bilateral, cujo objeto é inerente ao direito processual.

a) É típico porque, conforme transcrito acima, possui previsão legislativa específica, tanto no CPC/1973 (art. 745-A) quanto no CPC/2015 (art. 916).

b) É formal porque possui uma forma pré-estabelecida pela lei, exigindo sua formalização escrita, com o depósito de 30% do valor executado, sendo que o restante poderá ser parcelado em até seis vezes, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

c) É incidental, porque obviamente depende, para sua formalização, de um processo existente. O acordo poderá ser celebrado extrajudicialmente, mas não se configura, nesse caso, na hipótese retratada pelos artigos ora comentados.

d) É unilateral: nesse ponto, a maior controvérsia do assunto. Seria o parcelamento um direito potestativo do executado? Poderia o exequente opor-se e inviabilizar o benefício legal?

³⁹¹ SANTOS, Welder Queiroz. Uma proposta para a aplicação do art. 745-A do CPC no cumprimento da sentença. In SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). Execução civil e cumprimento da sentença. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009. p. 720.

Segundo Araken de Assis:

“O art. 745-A conferiu inequívoco direito ao executado. Desse modo, exercido no prazo, e observados os respectivos pressupostos, o pedido do executado subordina, em princípio, o exequente, cabendo ao órgão deferi-lo. Não se cuida de negócio processual, perante o qual o juiz desempenharia a função de simples intermediário, colhendo a manifestação do exequente e, se positiva, homologando-o. Admissíveis que sejam negócios dessa natureza, a teor do art. 158, *caput*, do CPC, têm ou podem ter abrangência mais larga do que o art. 475-A, consoante a autonomia da vontade das partes. O parcelamento limitado, consagrado na regra, não se equipara na extensão e no conteúdo às múltiplas variantes que podem ser criadas ao abrigo do art. 158”.³⁹²

Conforme observado por Rodrigo Barioni, às exigências constantes do art. 745-A do CPC, o Projeto do Novo CPC, na versão aprovada pela Câmara dos Deputados, acrescia um: a motivação (art. 932, *caput*). Pretendia-se coibir abusos do executado, especialmente em vista das previsões do Código Civil sobre o pagamento: “as dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal (...)” (art. 315); e “(...) não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou” (art. 314). Para se autorizar o pagamento de maneira distinta à convencionada, ou seja, em parcelas, pareceu razoável aos deputados federais estabelecer a necessidade de o executado apresentar justificativa, em conformidade com a boa-fé.³⁹³

Na versão final do Senado, porém, o texto retornou à sua redação original, que dispensa a apresentação, pelo executado, dos motivos pelos quais pretende o parcelamento do débito (art. 916, *caput*, do CPC), assim como restringiu a manifestação do executado ao controle do preenchimento dos requisitos previstos em lei para a concessão do parcelamento. Percebe-se que o CPC de 2015 optou por considerar o parcelamento direito potestativo do executado, isto é, impõe a sujeição do exequente,

³⁹² ASSIS, Araken de. Parcelamento da dívida em execução. Revista Forense. N. 400. Vol. 104, 2008. p. 31.

³⁹³ BARIONI, Rodrigo. O parcelamento do crédito do exequente no Novo CPC. Revista de Processo. vol. 244. São Paulo: RT, 2015. p. 153-164.

quando preenchidos os requisitos legais. Por isso, não se têm por relevantes os motivos que conduziram à decisão do executado em requerer o parcelamento.³⁹⁴

É preciso lembrar, porém, “que o fato de se tratar de direito potestativo não significa que possa ser exercitado de maneira ilimitada e arbitrária. No direito civil, a teoria dos direitos absolutos há muito está superada, para reconhecer a necessidade de que o direito seja exercitado dentro de determinados limites, de maneira a guardar obediência aos fins sociais e econômicos perseguidos. Daí reputar-se ilícito o exercício excessivo de um direito, quando destinado a servir de modo exclusivo ao interesse emulativo de seu titular, em detrimento da finalidade”.³⁹⁵

Para Marcela Kohlbach de Faria, o parcelamento do débito pelo executado, conforme autorizado pelo art. 745-A, do CPC/1973, também é hipótese de negócio jurídico processual unilateral. Inicialmente, tal conclusão, linear ao seu raciocínio, só é possível mediante a interpretação de que o referido parcelamento é um direito potestativo do executado. E assim o faz:

“a norma processual em comento é clara ao determinar que a opção pelo parcelamento tem como consequência a perda do direito de opor embargos à execução. Assim, diante da gravidade da consequência, por certo que o exercício da faculdade nele prevista não pode depender da concordância do exequente”.³⁹⁶ Sendo assim, chega à conclusão de que “o artigo 745-A do CPC em vigor traz a possibilidade de as partes realizarem verdadeiro negócio jurídico processual unilateral típico”.³⁹⁷

³⁹⁴ BARIONI, Rodrigo. O parcelamento do crédito do exequente no Novo CPC. Revista de Processo. vol. 244. São Paulo: RT, 2015. p. 153-164.

³⁹⁵ BARIONI, Rodrigo. O parcelamento do crédito do exequente no Novo CPC. Revista de Processo. vol. 244. São Paulo: RT, 2015. p. 153-164.

³⁹⁶ FARIA, Marcela Kohlbach de Faria. Negócios jurídicos processuais: unilaterais e o de parcelamento do débito pelo executado. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 287.

³⁹⁷ FARIA, Marcela Kohlbach de Faria. Negócios jurídicos processuais: unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 288.

Welder dos Santos Queiroz também assinala que o parcelamento do débito é um direito potestativo do executado, de modo que lhe cabe o exercício do contraditório apenas para conferir o cumprimento das exigências legais pelo executado, como a suficiência do valor depositado.³⁹⁸ Concluiu o autor que a norma referida tem caráter vinculante, o que impediria o juiz de exigir qualquer outro requisito (como, por exemplo, uma garantia): “isso quer dizer que, preenchidos os requisitos legais, independe da demonstração de capacidade de pagamento das parcelas restantes, deve ser deferido o parcelamento”.³⁹⁹

Tem-se entendido pela aplicação do art. 745-A do CPC/1973 ao regime de cumprimento da sentença. É um posicionamento que ganhou força na doutrina e na jurisprudência pátria, que vem decidindo no sentido de que o parcelamento do débito previsto no artigo 745-A do Código de Processo Civil também é aplicável ao cumprimento de sentença, desde que o pedido de parcelamento da dívida seja feito pelo devedor em 15 dias, conforme estabelecido pelo art. 475-J do CPC/1973 para cumprimento voluntário da obrigação. O argumento jurídico é a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial ao cumprimento de sentença, conforme disposto no art. 475-R do CPC/1973.⁴⁰⁰

³⁹⁸ SANTOS, Welder Queiroz. Uma proposta para a aplicação do art. 745-A do CPC no cumprimento da sentença. In SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). Execução civil e cumprimento da sentença. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009. p. 725.

³⁹⁹ SANTOS, Welder Queiroz. Uma proposta para a aplicação do art. 745-A do CPC no cumprimento da sentença. In SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). Execução civil e cumprimento da sentença. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009. p. 728.

⁴⁰⁰ Nesse sentido: (...) 2. A efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos é o principal desiderato das reformas processuais engendradas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006. O art. 475-R do CPC expressamente prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial, naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença, sendo certa a inexistência de óbice relativo à natureza do título judicial que impossibilite a aplicação da norma em comento, nem mesmo incompatibilidade legal. Portanto, o parcelamento da dívida pode ser requerido também na fase de cumprimento da sentença, dentro do prazo de 15 dias previsto no art. 475-J, caput, do CPC.

3. Não obstante, o parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motivo justo e de forma fundamentada, sendo certo que o juiz poderá deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do exequente, uma vez que tal proposta é-lhe bastante vantajosa, a partir do momento em que poderá levantar imediatamente o depósito relativo aos 30% do valor exequendo e,

Está, portanto sedimentado que, no prazo para adimplemento espontâneo da obrigação, poderá o devedor *impor* o parcelamento do débito, conforme autoriza o art. 745-A, do CPC.

Com a devida vênia, não concordamos com esse entendimento. Na execução extrajudicial, ainda seria admissível que se compreendesse o parcelamento como um direito potestativo, afinal nenhum prejuízo resultaria ao credor, uma vez que o não há penhora concretizada. Vale dizer, o pedido de parcelamento é feito no prazo de quinze dias, conforme arts. 738 e 745-A do CPC, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.

Agora, no cumprimento de sentença atual (anterior ao NCPC), apenas terá início o prazo para pagamento do débito após a realização da penhora, nos termos do art. 475-J, §1º. Ou seja, somente se oportuniza o contraditório após a garantia do juízo. Ora, qual o sentido de se conceder ao executado um direito potestativo de parcelamento do débito, sem qualquer garantia, livrando-se o bem penhorado? Com a devida vênia, nenhum!

ainda, em caso de inadimplemento, executar a diferença, haja vista que as parcelas subsequentes são automaticamente antecipadas e é inexistente a possibilidade de impugnação pelo devedor, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 745-A.

4. Caracterizado o parcelamento como técnica de cumprimento espontâneo da obrigação fixada na sentença e fruto do exercício de faculdade legal, descabe a incidência da multa calcada no inadimplemento (art. 475-J do CPC), sendo certo que o indeferimento do pedido pelo juiz rende ensejo à incidência da penalidade, uma vez configurado o inadimplemento da obrigação, ainda que o pedido tenha sido instruído com o comprovante do depósito, devendo prosseguir a execução pelo valor remanescente.

5. No caso sob exame, a despeito da manifestação de recusa do recorrente (fl. 219), o Juízo deferiu o pedido de parcelamento ante a sua tempestividade e a efetuação do depósito de 30%, inclusive consignando o adimplemento total da dívida (fl. 267), ressoando inequívoco o descabimento da multa pleiteada.

6. A Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.028.855/SC, sedimentou o entendimento de que, na fase de cumprimento de sentença, havendo o adimplemento espontâneo do devedor no prazo fixado no art. 475-J do CPC, não são devidos honorários advocatícios, uma vez desnecessária a prática de quaisquer atos tendentes à satisfação forçada do julgado. No caso concreto, porém, conquanto tenha-se caracterizado o cumprimento espontâneo da dívida, o Tribunal condenou a recorrida ao pagamento de honorários advocatícios, o que, em face de recurso exclusivo do exequente, não pode ser afastado sob pena de reformatio in pejus.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1264272/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 22/06/2012)

Após anos de labuta judicial, o exequente obtém êxito em uma penhora que garantirá a satisfação integral do seu direito. Bastaria ao executado o pagamento de 30% de entrada, com o parcelamento do restante em até seis parcelas, sem nenhuma garantia. Frustrada a obrigação, caberia ao exequente novamente buscar a penhora de um bem que provavelmente não estará sob propriedade do executado. Não teria lógica!

Nesse ponto, o NCPC cortou o mal pela raiz, pois seu art. 525 desvinculou o início do prazo para a impugnação à realização da penhora. Passa-se a contar o prazo para opor a impugnação a partir do transcurso do prazo do art. 523, ou seja, após findo o prazo para satisfação voluntária do débito, independentemente de penhora ou nova intimação.

Contudo, a nova redação legislativa perdeu a oportunidade de esclarecer o assunto. Aparenta ter limitado à manifestação do exequente ao “preenchimento dos pressupostos”, conforme reza seu §1º do art. 916. Com efeito, continuamos entendendo que o parcelamento do débito pode, sim, ser caracterizado como um negócio jurídico processual, mas é necessariamente *bilateral*. Ou seja, depende do consentimento do credor.

O Código Civil, aliás, dispõe em seu art. 313 que o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa. No mesmo sentido, o artigo 314 garante que ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber por partes, *se assim não ajustou*.

No aspecto processual, garante-se, à luz do direito fundamental ao contraditório, a prévia manifestação do exequente acerca do pedido de parcelamento realizado pelo devedor. Todavia, a legislação parece deixar a manifestação do exequente à mercê do preenchimento dos requisitos necessários, o que não inclui a anuência do credor. Segundo Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré, o devedor inadimplente de boa-fé, que

reconhecer o débito e justificar a mora, poderá purgá-la de forma fracionada, evitando o agravamento de suas consequências gerais, como juros, correções monetárias, cláusulas penais, indenizações, bem como de seus efeitos específicos como rescisão do contrato de locação, a consolidação da propriedade ao credor fiduciário e a interrupção de serviços públicos essenciais como o fornecimento de água e energia elétrica.⁴⁰¹

Nesse exato sentido, teria o legislador criado um absoluto direito subjetivo ao devedor, que por simples manifestação de vontade opta, unilateralmente, ao parcelamento do débito. Sob esse entendimento, caberá ao juiz e ao credor apenas a averiguação do preenchimento dos requisitos dessa faculdade.

Compartilhamos a opinião de Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré, para quem:

“A submissão *automática* do exequente ao requerimento de pagamento parcelado do executado, se já é incompatível com os princípios da efetividade e da disponibilidade da execução, mais ainda se mostra descabida frente aos artigos do Código Civil que tratam do ‘objeto do pagamento’, em especial os arts. 314 e 315 do CC/2002. Isto porque estes artigos são iluminados pelo princípio da indivisibilidade do objeto do pagamento,³¹ pelo qual o credor não será obrigado a receber por partes se assim não se convencionou. Somente ao credor cabe optar por receber em parcelas pagamento que desta forma não foi convencionado”.⁴⁰²

Em conclusão, temos que a anuência do credor deve ser levada em consideração para a formalização do parcelamento, o que caracteriza o negócio como *bilateral*, sobretudo nos casos em que o juízo não está garantido, não ficando o contraditório submisso apenas ao preenchimento ou não dos requisitos legais.

e) É negócio jurídico de direito procedimental, uma vez que não trata propriamente do *título executivo* já constituído, unicamente sobre a forma da sua satisfação. Na realidade, nas palavras de Sérgio Shimura:

⁴⁰¹ RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. O direito material ao pagamento parcelado. Revista de processo. vol. 166/2008. p. 177-189. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴⁰² RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. O direito material ao pagamento parcelado. Revista de processo. vol. 166/2008. p. 177-189. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

“No conceito de título executivo, refletem-se as duas ideias, podendo disntiguir-se um título executivo *processual*, como documento, e um título executivo *substancial*, como negócio jurídico documentado. Na verdade, o título que se reclama como pressuposto da execução forçada é tanto *título-documento* como *título-direito*. Isso porque há de se considerarem os requisitos *formais* e os requisitos *substanciais*: quer dizer, o título há de satisfazer a uma certa forma e ter um certo conteúdo. Não é só prova, nem só documento, mas sim um ‘fato complexo’.”⁴⁰³

Conclui o autor que é possível conceituar o título executivo como o documento ou o ato documentado, tipificados em lei, que contém uma obrigação líquida e certa e que viabilizam o uso da ação executivo.

Em interessante estudo, Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré argumenta que a faculdade acima descrita não é meramente processual, mas constitui um verdadeiro direito subjetivo material. Segundo o autor, o direito material ao pagamento parcelado condiz com o ideal de parceria e cooperação entre as partes, visando à regular solução da avença, viabilizada com o pagamento fracionado da prestação.⁴⁰⁴

Entendemos, contudo, que o parcelamento do débito é uma procedimento especial disponível e a convenção sobre a sua vigência trata apenas do procedimento pelo qual o débito exequendo será satisfeito. Com efeito, o título executivo, que em nosso sentir é matéria processual, não será objeto da negociação, mas sim o procedimento pelo qual deverá ser satisfeito.

⁴⁰³ SHIMURA, Sérgio. Título executivo. São Paulo: Método, 2005. p. 137.

⁴⁰⁴ RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. O direito material ao pagamento parcelado. Revista de processo. vol. 166/2008. p. 177 -189. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

4.9. A convenção de arbitragem

A arbitragem foi, sem dúvida, a matriz para que se desenvolvesse o negócio jurídico no âmbito do processo judicial. É a fonte inspiradora do diálogo processual como forma alternativa de resolução da controvérsia.

A cláusula compromissória consiste em dispositivo pelo qual as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios eventualmente derivados de um contrato. Antes da promulgação da Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.09.1996), havia uma discriminação no trato do ordenamento jurídico pátrio entre cláusula e compromisso arbitral. Entendia-se que apenas o compromisso arbitral apresentava caráter vinculante, enquanto a cláusula era mero pré-contrato, de tal maneira que o *pacto de compromittendo* não gerava qualquer efeito negativo para as partes.⁴⁰⁵ De acordo com a Lei 9.307/1996, que disciplina atualmente a arbitragem no Brasil, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (art. 3.º da Lei 9.307/1996).

Dito isso, podemos classificar a convenção arbitral como um negócio jurídico processual, típico, formal, extraprocessual ou incidental, bilateral, cuja matéria envolvida pode ser de direito processual e procedimental.

a) É típico porque conta com lei específica que o regula. A Lei 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem, especifica os requisitos e características do processo arbitral, bem como os pressupostos para a configuração do negócio processual.

⁴⁰⁵ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. Revista de Processo. vol. 237. São Paulo: RT, 2014. p. 223-236.

b) É formal, porque exige requisitos solenes para a sua formação. Dispõe o art. 4º, §1º, da Lei 9.307/1996, que a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

O §2º do mesmo dispositivo traz a hipótese específica dos contratos de adesão, sendo que, nesse caso, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

c) Pode ser extraprocessual ou incidental a um processo já em andamento. Consoante o disposto no art. 4º, da Lei 9.307/1996, a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a um contrato específico. Trata-se, nesse caso, de um contrato dentro de outro contrato, que somente terá eficácia na eventualidade de litígio superveniente.

O art. 9º, da Lei 9.307/1996 dispõe que “*o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial*”. Ainda, tem-se que o compromisso arbitral judicial celebrar-se-á nos termos dos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda (§1º). Sendo extrajudicial, o §2º exige ainda a formalidade de ser assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Segundo Edoardo Ricci, “*enquanto a cláusula prevê a simples eventualidade de lides oriundas do contrato, o compromisso certifica que determinada*

lide surgiu efetivamente e fixa seu objeto. Por essa razão, a utilidade do compromisso pode ser, em tese, mais ampla do que a da cláusula”.⁴⁰⁶

Segundo o citado autor, os arts. 6.º e 7.º da Lei 9.307/96, prevendo a formação de compromisso mesmo depois de estipulada a cláusula, evidenciam que o Direito brasileiro o emprega de maneira mais abrangente. O compromisso é útil na ausência de cláusula compromissória, quer para eliminar o poder decisório da autoridade judiciária e reservar a lide à jurisdição arbitral, quer para propor tal lide no procedimento arbitral. Tendo sido estipulada a cláusula, o poder decisório da autoridade judiciária fica eliminado, mas a lide, surgida posteriormente, restringe-se à situação de simples conflito, ainda não proposto como controvérsia a ser decidida no procedimento. Assim, a formação do compromisso é prevista para que esse conflito se torne objeto de decisão pelos árbitros. Em outras palavras, a formação do compromisso depois de estipulada a cláusula é meio de proposição da lide.⁴⁰⁷

d) É bilateral, porque exige a manifestação expressa de ambas as partes na opção pelo juízo arbitral. Por isso é que se diz que a arbitragem, como meio alternativo de solução de controvérsias, tem origem em *convenção privada* celebrada entre as partes interessadas. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Essa convenção, como tem o efeito de afastar a tutela estatal dos litígios que venham porventura a surgir, ou que já existam, entre as partes - nos termos dos arts. 267, VII, e 301, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5) - só pode ter lugar se preenchidos dois relevantes requisitos: tratar-se de direitos patrimoniais disponíveis e haver *manifestação inequívoca da vontade das partes no sentido de, realmente, renunciar à jurisdição estatal*, sendo este último de especial importância neste caso concreto”.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ RICCI, Edoardo F. Presente e futuro da cláusula compromissória e de sua atuação. *Revista de Processo*. Vol. 100. São Paulo: RT, 2000. p. 88-105.

⁴⁰⁷ RICCI, Edoardo F. Presente e futuro da cláusula compromissória e de sua atuação. *Revista de Processo*. Vol. 100. São Paulo: RT, 2000. p. 88-105.

⁴⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Não sujeição do terceiro anuente à cláusula de compromisso arbitral prevista em contrato. *Pareceres*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2012. p. 123.

Com efeito, trata-se de convenção contemplada entre duas ou mais pessoas, por meio da qual se comprometem à renúncia da jurisdição estatal, levando futuras eventuais controvérsias decorrentes de um determinado negócio jurídico para serem solucionadas por arbitragem.

e) Trata de matéria de cunho processual e procedimental, uma vez que, além de afastar a jurisdição estatal, tem ampla aptidão para dispor sobre o desenvolvimento do processo. Segundo Rodrigo Mazzei:

“a convenção de arbitragem, seja na forma de cláusula, seja na de compromisso, primeiramente afasta a jurisdição estatal. Além disso, apresenta a opção das partes quanto às normas de direito material e processual a serem aplicadas ao deslinde da controvérsia. Ainda, dispõe sobre o pagamento das custas e honorários. Do ponto de vista dos árbitros, à adesão ao compromisso arbitral cria a obrigação de proceder e julgar conforme as regras estipuladas pelas partes, submetendo-se, inclusive, aos prazos ali determinados.”⁴⁰⁹

Portanto, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são negócios jurídicos de natureza processual, uma vez que afastam o processo estatal, e também podem ser de cunho procedimental, quando estipulam um conjunto de obrigações pelas partes.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. Revista de Processo. vol. 237. São Paulo: RT, 2014. p. 223-236.

⁴¹⁰ Já é célebre a controvérsia em torno da natureza jurisdicional da arbitragem. Seguimos o entendimento de que os árbitros exercem de fato a Jurisdição. “Parece que a opção do legislador da Lei 9.307/96 foi a de dar mais relevância à arbitragem, pois a decisão final dos árbitros foi elevada à categoria de título judicial, quando de natureza condenatória. Não existe mais a necessidade de que a decisão do árbitro seja homologada pelo Poder Judiciário. Assim, se se tomar em conta a natureza da atividade, e não quem a desempenha - que, no caso, não é o Estado - somando-se a isso à força (= o grau de eficácia) que lei atribui à decisão do árbitro, parece correto afirmar-se que se trata de atividade jurisdicional. Os árbitros não exercem plenamente a atividade jurisdicional, pois, por exemplo, há matérias sobre as quais não podem decidir e também não apreciam existência e validade de lei em tese, nem fixam qual seria a correta interpretação do direito. Mas estas limitações e a possibilidade de que a decisão dos árbitros seja “controlada” pelo Poder Judiciário não descaracterizam, a nosso ver a atividade dos árbitros como jurisdicional, mas faz com que não se possa afirmar categoricamente que a arbitragem seja um equivalente jurisdicional, em termos absolutos”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentos do processo. Revista dos Tribunais. Vol. 855. São Paulo: RT, 2007. p. 11-29.)

As partes podem optar pela regras preexistentes de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, conforme disposto no art. 5.º da Lei 9.307/96. Não sendo esse o caso, a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem ou ainda delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento (art. 21 da Lei 9.307/96).

Por fim, estabelece o §2º, do art. 21, que sempre serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

5 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E A CLÁUSULA GERAL DO ART. 190 DO NCPC

5.1. Noções gerais

Como falamos anteriormente, a existência dos negócios jurídicos processuais em nosso sistema não é propriamente uma novidade. Já temos no CPC/1973 a previsão de negócios processuais típicos, além do próprio art. 158, tido como ascendente legislativo do art. 190 do NCPC, embora se tenha mantido sua redação no art. 200 do NCPC.

De toda forma, é no art. 190 que se encontra o protótipo da nova ordem dos atos volitivos processuais. Estabelece o referido dispositivo a disponibilidade das partes para convencionar alterações processuais e procedimentais, adaptando o processo à realidade do caso específico. Trata-se da cláusula geral dos negócios jurídicos processuais, pela qual se permite às partes a convenção sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.⁴¹¹

⁴¹¹ Sobre o conceito de cláusulas gerais, é fundamental a leitura das lições de Teresa Arruda Alvim Wambier, sempre mencionadas em suas obras e concentrados em um artigo específico publicado na Revista dos Tribunais. Segundo a Professora, “cláusulas gerais são normas em que vêm explicitados princípios jurídicos e que têm por função dar ao Código Civil (LGL\2002\400) aptidão para acolher (= passar a abranger) hipóteses que a experiência social ininterruptamente cria e que demandam disciplina. Assim, estas cláusulas, pode-se dizer, têm um potencial de abrangência infinitamente maior do que as regras jurídicas de estrutura tradicional, mais minuciosas e que contêm em si mesmas descrita sua hipótese de incidência. As normas de estrutura tradicional não são mais capazes, sozinhas, de disciplinar a totalidade da vida social. Por isso, como dissemos antes, vêm variando as feições das técnicas de que se vale o legislador, sendo a das cláusulas gerais uma das mais adequadas à complexidade das sociedades contemporâneas, mais especificamente da segunda metade do século XX.
(...)

A cláusula geral prevista no art. 190 do NCPC não apenas rompe uma barreira estrita do direito processual, mas também força uma redefinição do dualismo direito publico-direito privado. Segundo Rosa Maria de Andrade Nery:

“o sujeito de direito, no âmbito das situações particulares, pode agir livremente no contexto de todas as situações jurídicas que não lhe sejam proibidas (atipicidade dos negócios jurídicos privados). Diferentemente se dá com o sujeito que realiza atos e negócios que se inserem no contexto do trato das coisas públicas, a quem se permite apenas a realização daquilo para cujo exercício esteja previamente autorizado (princípio da legalidade ou da tipicidade dos negócios de direito público: a administração pública só pode agir *secundum legem*).⁴¹²

Essa expressiva inovação flexibiliza a concepção de normas cogentes que permeiam o direito processual. Certamente, essa mudança foi inspirada no processo arbitral, cuja principal característica é a liberdade das partes de pactuarem a respeito do procedimento ao qual estarão sujeitas em litígio a ser submetido à arbitragem.⁴¹³

Concede-se às partes, pois, uma ampla autonomia para tratar de matéria outrora restrita ao direito público. Com efeito, além dos negócios típicos, é possível que as partes pactuem negócios que não se encaixem nos tipos legais, estruturando-os de modo a

Não devem estes termos excessivamente vagos das ditas "cláusulas gerais" servir de instrumento ao *direito alternativo*, gerando o caos, a ausência integral de previsibilidade e o comprometimento definitivo e irreversível do valor segurança.

(...)

As cláusulas gerais têm a função de "oxigenar" o sistema, prolongando sua vida útil, criando aberturas para o mundo extrajurídico (não expressamente positivado). Mas, evidentemente, antes que haja reiteradas decisões da jurisprudência num mesmo sentido, antes que ocorra o que antes chamamos de "amadurecimento" dos conceitos vagos ou indeterminados, constantes da formulação.

os princípios, assumidos pela cláusula geral, não se pode atribuir a esta cláusula sentido que rompa abruptamente com o que até hoje se tem entendido como liberdade de contratar.

As cláusulas gerais utilizam em sua formulação linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, e esta técnica tem diversas funções (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 – A função social do contrato. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2005. p. 831).

⁴¹² NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 172.

⁴¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; BASÍLIO, Ana Tereza. In <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,310470+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC>. Acesso em 11/11/2015, às 21h24m.

atender as suas conveniências e necessidades. Pelo fato de não haver detalhamento legal, o negócio jurídico é, nesse caso, atípico.⁴¹⁴

Sem correspondência específica, há quem relacione a atipicidade dos negócios processuais ao art. 158 do CPC/1973. Segundo Leonardo da Cunha, *“daí já se poderia construir o princípio da atipicidade dos negócios processuais, concluindo que é possível qualquer tipo de negócio entre as partes ou entre estas e o juiz”*.⁴¹⁵ Vejamos:

CPC/2015	CPC/1973
Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito as partes plenamente capazes, estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades na 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.	Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direito processuais.

⁴¹⁴ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 44.

⁴¹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 56.

Diante da nova ordem processual que se apresenta, o art. 158 do CPC/1973 é bastante restrito se comparado ao art. 190, do CPC/2015. Mas, de fato, pode ser proclamado como um ascendente legítimo, longe, ressalta-se, da amplitude do NCPC.

Sob esse ângulo, há muito a se desenvolver sobre o tema, pois, embora já existente, nunca antes fora explorado pela doutrina e jurisprudência como será a partir do NCPC.

5.2. Requisitos

Na leitura superficial do art. 190, do NCPC, extraem-se os seguintes requisitos para a admissão do negócio jurídico processual: a) direitos que admitam autocomposição; e b) partes plenamente capazes.

Para Leonardo Greco ainda, outros dois são necessários para a realização da *negociação processual*: o respeito à paridade de armas, ou seja, que haja equilíbrio entre as partes envolvidas e o respeito e a observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado de Direito, de modo que não sejam, tampouco, *contra legem*.⁴¹⁶ Tais requisitos, contudo, são necessários não apenas para a realização do negócio processual, mas são princípios fundamentais do próprio processo que devem ser observados sempre.

⁴¹⁶ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 290.

Antonio Aurélio Abi Duarte traz a experiência do direito lusitano como parâmetro para se definirem os requisitos do negócio jurídico:

“Temos como fecundo parâmetro a bem-sucedida experiência portuguesa, reafirmada no novo CPC português de 2013 (art. 265-A do CPC – Lei 41/2013), admitindo a adequação formal, desde que preenchidas determinadas condicionantes, como:

- 1) a prévia oitiva dos interessados;
- 2) alteração procedimental fundada e pautada em critérios objetivos norteados pelo direito material;
- 3) a alteração não pode servir para determinar o afastamento da preclusão já verificada, retardando o curso processual;
- 4) estabelecimento, em princípio, de uma sequência de atos procedimentais, ofertando um mínimo de certeza aos litigantes: a necessidade de segurança e o acesso à Justiça impõem que se garanta um conhecimento prévio e efetivo de todo o procedimento que se seguirá, e
- 5) respeito aos demais princípios fundamentais do processo, como: contraditório, ampla defesa, dispositivo, economia processual e fundamentação.⁴¹⁷

As condicionantes mencionadas, por se tratarem de requisitos gerais, também devem ser observadas nos negócios processuais. Na realidade, é possível divisar a presença no art. 190 de limites gerais, atinentes a todos os negócios jurídicos, e limites específicos, que prevalecem apenas para os negócios jurídicos processuais.⁴¹⁸

Segundo Marco Paulo Denucci Di Spirito:

“Os limites específicos estão expressos no dispositivo e dizem respeito: (i) à natureza dos direitos para os quais se permite o pacto processual (direitos que admitam autocomposicao; (ii) ao objeto negociável – limite material (procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais); (iii) à impossibilidade de inserção abusiva em contrato firmado com parte encarta-se na classificação de controle de formação e de conteúdo.⁴¹⁹

Já os limites gerais, segundo o autor, dizem respeito à mais ampla rede de negócios jurídicos. São eles: (i) participação de partes capazes; (ii) impossibilidade de

⁴¹⁷ DUARTE, Antonio Aurélio Abi. Negócios processuais e seus novos desafios. Revista dos Tribunais. Vol. 955. São Paulo: RT, 2015. p. 211-227.

⁴¹⁸ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. *Revista de Processo*. vol. 247. São Paulo: RT, 2015. p. 137-176.

⁴¹⁹ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. *Revista de Processo*. vol. 247. São Paulo: RT, 2015. p. 137-176.

disposições que a lei repute como nulas; (iii) inserção de disposição abusiva em contrato de adesão.⁴²⁰

Como requisitos específicos, concentramo-nos naqueles mencionados pelo art. 190 do NCPC e destacados no primeiro parágrafo deste subtítulo: a) direitos que admitam autocomposição; b) capacidade plena das partes.

Quanto à capacidade das partes, já manifestamos nossa opinião detalhada no subtítulo 3.3, onde tratamos da capacidade e da legitimidade dos sujeitos aptos à celebração dos negócios processuais.

Já quanto ao segundo requisito, encontramos uma maior problemática. Em crítica à redação do Novo CPC, sobretudo pela limitação imposta pelo termo “direitos que admitam autocomposição”, Mirna Ciani e Bruno Lopes Megna afirmam que “*o objeto do negócio jurídico processual não é o meritum causae ou os direitos próprios da relação jurídica material posta em juízo (pois aí haverá fenômeno diverso, que é a transação prevista no art. 269, III, do CPC-1973 e no art. 478, III do NCPC-2015), mas sim os direitos próprios da relação jurídica processual*”.⁴²¹

Por conta disso, teríamos uma interpretação literal e restritiva de que o dispositivo só se aplica para processos originários de relações jurídicas materiais que comportam autocomposição: “*nesse caso, a validade do negócio jurídico processual dependeria de duas condições cumulativas: a possibilidade de autocomposição dos direitos materiais postos em juízo e a possibilidade de autocomposição dos direitos processuais negociados*”.⁴²²

⁴²⁰ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. *Revista de Processo*. vol. 247. São Paulo: RT, 2015. p. 137-176.

⁴²¹ CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no Novo CPC: pontos de partida para o estudo. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 489.

⁴²² CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no Novo CPC: pontos de partida para o estudo. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 489.

Segundo Antonio do Passo Cabral:

“Em se tratando de convenções atinentes a direitos processuais ou ao procedimento, não há propriamente a disposição de direitos materiais da coletividade. A disposição de direito processual, como visto à exaustão nesta coletânea, não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida na relação jurídica processual. As convenções, por exemplo, que alteram a forma da citação, ou os negócios que renunciam previamente a certos tipos de recurso ou meios de prova, não versam sobre o direito material, embora possam, é verdade, impactar a solução final do processo em relação a eles”.⁴²³

Conforme tratamos anteriormente (subtítulo 3.3.5), há uma aparente incongruência entre o art. 190 do NCPC, que a rigor é a norma áurea dos negócios processuais, e seu próprio texto, que limita tais negócios aos “direito que admitem autocomposição”, o que leva à precoce conclusão de que o dispositivo só se aplica a hipóteses que permitam a disposição de direitos materiais. Há que se buscar, portanto, uma interpretação valorativa para o dispositivo legal, de sorte que não se restrinja indevidamente a sua aplicação.

O Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe que “*a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual*”.

Pois bem. Teoricamente, os direitos que admitem autocomposição seriam os patrimoniais, cujos opostos seriam os extrapatrimoniais. O critério contempla se o direito é passível ou não de valoração pecuniária. O direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo *inter vivos* ou causa mortis; pode, também, renunciar ao direito; bem como pode, ainda, transigir seu direito.

⁴²³ CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 550.

Os extrapatrimoniais não possibilitam extração de utilidade econômica e normalmente são ínsitos na essencialidade do homem e dizem respeito à condição da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, ao nome, à honra e à intimidade. Já os direitos patrimoniais compreendem os direitos que tutelam diretamente o interesse econômico. Compreendem, pois, os direitos reais, direitos autorais e direitos pessoais obrigacionais etc.

A par dessa classificação, evidencia-se que os direitos que admitem autocomposição normalmente são os direitos disponíveis, que, por sua vez, seriam os direitos patrimoniais. De toda forma, tais conceitos estão diretamente ligados ao direito substancial.

A leitura do art. 190 do NCPC não pode ficar presa a esses conceitos. Em nosso sentir, há que se interpretar os direitos que admitem autocomposição sob a ótica processual, o que equivale dizer que seriam todos aqueles que não são de ordem essencialmente cogente.

É evidente que um negócio jurídico processual não pode (nem deve) tratar de direito substancial indisponível, como, por exemplo, a renúncia à paternidade. De outro lado, é plenamente possível que os sujeitos convencionem sobre matéria processual, mesmo que o direito substancial a que versa o processo seja indisponível, desde que não seja abusivo e corresponda a todos os demais requisitos legais, como deve ocorrer em qualquer negócio processual.

Há que se levar em consideração que o objetivo principal dos negócios processuais é, através da flexibilização procedimental, imprimir eficiência e celeridade ao processo. Sob esse contexto, não é e nem pode ser prejudicial ao direito substancial envolvido. Pelo contrário!

Portanto, em nosso sentir, a interpretação do dispositivo só se torna coesa ao seu próprio instituto se considerarmos que os direitos que não admitem autocomposição são as normas processuais impositivas, que asseguram um mínimo de previsão procedimental resguardada pelo interesse público.⁴²⁴

5.3. Alcance da norma e os enunciados interpretativos

Talvez a maior dificuldade interpretativa seja compreender os limites desta cláusula geral. Conforme observa Rafael Sirangelo Abreu:

“O legislador, por meio do uso de técnica legislativa aberta, outorgou às partes o poder de ‘estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre o seu ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo’ (*caput* do art. 190), sem especificar, entretanto, as hipóteses específicas em que o uso dessa prerrogativa será possível ou não, traçando limites abstratos”.⁴²⁵

Para Bruno Garcia Redondo, há que quebrar todos os paradigmas para a efetiva aplicação do art. 190. Segundo o autor:

“Inúmeras situações surgirão para que o intérprete analise se o objeto da convenção é lícito, isto é, se versa sobre ônus, poderes, faculdades e deveres das partes ou, ao contrário, de terceiros (o que tornaria nula a convenção). Se o intérprete mantiver a mentalidade e a ótica que adotava durante a égide do Código de 1973, provavelmente sua conclusão será sempre no sentido da impossibilidade de celebração do negócio processual, por considerar que o

⁴²⁴ Remetemos ao subtítulo 1.3., onde tratamos das questões de ordem pública e sua natureza impositiva. Compreendemos que é esse o limite das convenções processuais e são esses os direitos que não admite autocomposicao.

⁴²⁵ ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 204.

objeto não estaria ao alcance exclusivo das partes, por ser ‘indisponível’ ou pertencente (também ou exclusivamente) ao juiz, ao Estado ou à sociedade.

(...)

Um Estado Democrático de Direito se consolida não com arbítrios e condutas *contra legem*, mas com a aplicação das normas expressamente positivadas pelo legislador. Ignorar-se a redação dos arts. 190 e 200 do Código de 2015, ou interpretar ditos dispositivos de forma a inviabilizar ou restringir indevidamente a sua aplicação, será mais do que ilegal e inconstitucional: será antidemocrático”.⁴²⁶

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra, o alcance da norma deverá ser contornado pela doutrina e pela jurisprudência, que já começam a delinear os respectivos enunciados interpretativos, conforme, sobretudo, os colhidos pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

Alguns desses enunciados já foram referidos no corpo deste trabalho. Vimos que o enunciado 16 esclarece que “*o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo*” (subtítulo 3.1.6).

Também vimos, quando tratamos da presença ou não de advogado na celebração do negócio processual (3.3.6), que “*há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica*” (enunciado 18 do FPPC).

Especialmente em relação ao alcance da norma, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis também dedicou-se à interpretação da abrangência dos objetos negociáveis.

⁴²⁶ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 277.

5.3.1. Enunciado 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

Dispõe o enunciado 17 do FPPC que *“as partes podem, no negócio bilateral, estabelecer outros deveres e sanções para o caso de descumprimento da convenção”*.

O objeto das obrigações assumidas pelos aderentes poderão versar sobre obrigações de fazer ou não fazer. As sanções decorrentes do descumprimento dessas obrigações têm natureza de cláusula penal.

A cláusula penal é a estipulação prévia pelos sujeitos aderentes do negócio jurídico da sanção decorrente do inadimplemento (total ou parcial). É a compensação pela frustração do sujeito adimplente.

Conforme observa Judith Martins-Costa, *“ao se pactuar uma indenização para o caso de inadimplemento absoluto, tem-se a chamada cláusula substitutiva (da prestação inadimplida), não havendo o retorno ao status quo ante justamente porque, se a indenização é substitutiva da prestação inadimplida, não faria sentido permitir ao credor resolver o contrato, receber a sua contraprestação de volta e, ainda, cumulativamente, pleitear a cláusula penal”*.⁴²⁷

Ocorrendo o inadimplemento, o credor tem então duas opções: (a) exigir o cumprimento da obrigação ou (b) resolver o negócio e exigir o recebimento da cláusula penal (parágrafo único do art. 416 do CC).

⁴²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo – Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

5.3.2. Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

O enunciado 19 exemplifica alguns negócios processuais atípicos *bilaterais* possíveis:

Enunciado 19: “São admissíveis os seguintes negócios processuais bilaterais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo bilateral de ampliação de prazos das partes, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover a execução provisória”.

a) *Pacto de impenhorabilidade*: De acordo com o art. 833, I, do NCPC (art. 649, I, do CPC/1973), são impenhoráveis os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução. Com efeito, a cláusula de impenhorabilidade impede a constrição judicial do bem. Trata-se de cláusula de proteção sobre uma coisa determinada, livremente convencionada entre as partes. Mostra-se lícito, então, pré-excluir de futura execução determinado bem.⁴²⁸

Segundo Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim, “*este negócio jurídico, simetricamente contrário à predestinação do bem, sucedida no gravame real (art. 655, §1º, primeira parte), vale entre seus figurantes e subsiste ainda que o executado se torne insolvente*”.⁴²⁹

Evidentemente, não se revela razoável que o devedor exclua todos os seus bens de possível penhora unilateralmente. É possível, contudo, de acordo com o

⁴²⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 226.

⁴²⁹ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. GZ: Rio de Janeiro, 2012. p. 1062.

dispositivo citado, que credor e devedor celebrem negócio jurídico tornado certo bem impenhorável em determinada situação.⁴³⁰

Na realidade, dada a expressa previsão legal, podemos dizer que o pacto de impenhorabilidade é um negócio típico, tanto pelo CPC/1973 quanto pelo NCP. Podemos, por fim, classificar o referido negócio processual como típico, formal, extrajudicial ou incidental, bilateral, cujo objeto é processual.

b) *Acordo bilateral de ampliação de prazos*: deve observar aquilo que mencionamos no item 3.3 em relação aos prazos peremptórios. Conforme estabelece o art. 181, do CPC/1973, as partes podem, de comum acordo, reduzir ou prorrogar os prazos dilatórios, desde que requerido antes do seu vencimento e fundar-se em motivo legítimo. Em resumo, a distinção entre prazos peremptórios e dilatórios está justamente na possibilidade dos últimos serem alterados pela vontade das partes.

c) *Acordo de rateio das despesas processuais*: é um negócio bilateral, pelo qual as partes comprometem-se a dividir determinadas despesas processuais, que pode incluir todas as custas verificadas ao longo do trâmite processual.

O rateio das despesas também pode ser previamente convencionado entre sujeitos pertencentes ao mesmo polo processual, como ocorre em demandas envolvendo interesses condominiais.⁴³¹

⁴³⁰ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela constatação de fraude à execução quando todos os imóveis cujos direitos hereditários foram oferecidos pelo devedor para penhora, encontram-se gravados com cláusula de impenhorabilidade por 10 (dez) anos, razão mais do que suficiente para se crer ameaçado o recebimento do valor executado e a insolvência da devedora. (AgRg no Ag 177.248/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/1998, DJ 09/11/1998, p. 100)

⁴³¹ Nesse sentido: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. RATEIO DE DESPESAS PROCESSUAIS ENTRE OS CONDÔMINOS, AINDA QUE ESTES TENHAM AJUIZADO A DEMANDA. INTERESSE COMUM QUE SE SOBREPÕE AO INDIVIDUAL. AGRADO IMPROVIDO.

1. Compete ao condômino arcar com sua parte nas despesas do condomínio, e estando este último em juízo na defesa de seus interesses, ainda que em ação ajuizada pelo próprio condômino, todos, sem distinção, devem ratear os custos da demanda, por se tratar de defesa de interesse comum que se sobrepõe ao individual.

d) *Dispensa consensual de assistente técnico*: como se nota, é outro negócio processual atípico bilateral, porquanto exige a participação de ambas as partes. Pode se dar no mesmo momento de escolha consensual do perito, melhor oportunidade para deliberação da prova técnica a ser produzida.

e) *Efeito suspensivo das apelações*: Também se declarou no referido enunciado que as partes podem celebrar negócio para retirar o efeito suspensivo das apelações.

O art. 1.012 do NCPC sacramentou o efeito suspensivo como regra geral das apelações. As partes podem, contudo, deliberar sobre a retirada de tal efeito, desde que realizado previamente à prolação da sentença.

Ressalva-se que não podem as partes convencionar para *atribuir* efeito à apelação nas hipóteses em que a própria lei prevê diferentemente, como dispõe o art. 1.012, §1º, do NCPC (art. 520 do CPC/1973).

5.3.3. Enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

Da mesma forma, o enunciado 21 exemplifica negócios atípicos, agora *plurilaterais*:

Enunciado 21: “São admissíveis os seguintes negócios plurilaterais, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais”.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1445788/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 14/11/2014)

Conforme nossa manifestação anterior (2.7.5), os negócios plurilaterais são aqueles que envolvem uma relação triangular. Ou seja: parte autora, parte ré e juiz. Independentemente do número de pessoas em um (ou nos dois) polos, serão considerados no negócio jurídico como uma parte, autora ou ré. Com efeito, será plurilateral o negócio processual que dependa de homologação judicial.

a) *Acordos para sustentação oral*: envolvem diretamente a organização cartorária, motivo pelo qual devem ser homologadas pelo tribunal competente.

b) *Julgamento de mérito convencional*: da mesma forma, não pode ser simplesmente deliberado pelas partes, já que atinge diretamente o princípio do livre convencimento motivado do juiz. Vale dizer, o juiz não irá julgar antecipadamente caso entenda que a demanda não está apta para tanto.

5.3.4. Enunciado 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

No enunciado 20, convencionou-se que não seriam admissíveis os negócios bilaterais que envolvessem acordo para a modificação da competência absoluta e acordo para supressão da primeira instância, dentre outros.

Assim, “desde o estabelecimento de deveres e sanções, passando pela ampliação e redução de prazos processuais, tempo de sustentação, rateio de despesas processuais, dispensa de assistentes técnicos e execução provisória, dentre outros, podem ser estabelecidos. Vê-se a primazia da vontade atuando no campo processual, revelando o pioneirismo do nosso Código e o ajuste a valores democráticos, em consonância com os novos tempos. Com isso, nota-se a clara realidade da adequação do procedimento às

necessidades das partes, objetivando a operação do procedimento de forma mais efetiva possível, regida pela vontade das partes e em plena concordância com o valor supremo do devido processo legal”.⁴³²

5.3.5. Enunciados 36 e 37 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

A magistratura nacional, por meio da Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), também disponibilizou enunciados indicativos do pensamento jurídico sobre o tema:⁴³³ Dispõe o Enunciado n. 36:

36) A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.

A Enfam também se preocupou em preliminarmente esclarecer as hipóteses em que não se deve admitir as convenções processuais, conforme disposto em seu enunciado 37:

⁴³² DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. *Revista dos Tribunais*, 2015. São Paulo: RT, 2015. p. 211-227.

⁴³³ Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>.

37) São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.

As hipóteses mencionados nos referidos enunciados não tratam, evidentemente, à exaustão os possíveis negócios processuais. Outras situações serão permanentemente objeto de análise, sendo impossível adiantar à exaustão todos os possíveis negócios processuais atípicos.

5.3.6. *Legitimidade extraordinária negociada*

Daniela Santos Bonfim, tratando da amplitude da cláusula geral do art. 190, afirma que é possível a convenção processual para atribuir a um terceiro a *legitimidade ad causam*:

“em sua abertura semântica, apreende a legitimidade extraordinária negocial, que não é vedada em nenhuma norma do sistema. Ora, se o art. 18 possibilita a irradiação da legitimidade extraordinária, desde que autorizada pelo sistema jurídico, se o art. 190 é justamente a autorização do sistema, o espaço deixado ao autorregramento, e se não há qualquer norma do sistema que proíba o exercício do autorregramento autorizado, a conclusão é lógica: o sistema jurídico autoriza o exercício do autorregramento para a escolha da categoria eficaz no que concerne à legitimidade ad causam”.⁴³⁴

Continua a autora:

“Logo, a partir do texto do art. 18, em consonância com o contexto do CPC de 2015 e com a finalidade e valores que lhe são subjacentes, a conclusão a que se

⁴³⁴ BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 348.

chega é que o sistema jurídico processual decorrente do novo Código deixou aos sujeitos o espaço para o autorregramento da vontade no que concerne à legitimidade *ad causam*. É possível, assim, haver negócio jurídico processual que tenha como objeto a atribuição de legitimidade extraordinária a um determinado sujeito que, em princípio, não a teria”.⁴³⁵

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.:

“Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, é pacífico o entendimento de que não se admite *legitimação extraordinária negocial*: por um negócio jurídico, não se poderia atribuir a alguém a legitimação para defender interesses de outrem em juízo. Isso porque o art. 6.º do CPC/1973 reputa a lei, e apenas ela, a fonte normativa de legitimação extraordinária.

O art. 18 do NCPC exige, para atribuição da legitimação extraordinária, autorização do “ordenamento jurídico”, e não mais da lei. Além disso, o art. 191 do NCPC consagrou a atipicidade da negociação processual – o tema foi tratado no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais. *Negócio jurídico* é fonte de norma jurídica, que, por isso mesmo, também compõe o *ordenamento jurídico*.

Negócio jurídico pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária. Este negócio jurídico é processual, pois atribui a alguém o poder de conduzir validamente um processo.

Não há, assim, qualquer obstáculo *a priori* para a *legitimação extraordinária de origem negocial*. E, assim sendo, o direito processual civil brasileiro passará a permitir a *legitimação extraordinária atípica*, de origem negocial”.⁴³⁶

De fato, não vemos empecilho para se admitir a atribuição convencional da legitimidade processual de forma extraordinária. Imaginemos, por exemplo, que um grupo de moradores vizinhos, sem nenhuma associação representativa formal, reúna-se para dialogar com uma construtora que está desenvolvendo uma grande obra na determinada rua. Convenciona-se, nesse momento, que todo ato será representado por determinado morador, tanto extrajudicialmente quanto judicialmente. Consequentemente, os efeitos da decisão futura invariavelmente atingirão a todos, porquanto todos seriam atingidos pela coisa julgada superveniente, conforme a convenção previamente celebrada.

⁴³⁵ BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015. p. 349.

⁴³⁶ DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. Revista de Processo. Vol. 232. São Paulo: RT, 2014. p. 69-76.

5.3.7. *Pactum de non petendo*

O *pactum de non petendo* seria a abdicação expressa da tutela jurisdicional, ou, melhor dizendo, do próprio direito de ação.

Para Arruda Alvim, é certo que a lei infraconstitucional não pode obstar o acesso à Justiça, “*mas o particular, dentro do âmbito de sua esfera e no exercício legítimo de sua autonomia privada, pode legitimamente assim pactuar*”.⁴³⁷ Então, para o autor, o *pactum de non petendo* expressa, manifestamente, o intuito de prevenir litígios, pois, do contrário, não teria sentido algum. E, ademais de tudo, exonerando-se mutuamente de exigir algum tipo de reclamação ou indenização futura as partes (e não apenas a autora) abriram mão e renunciaram ao direito de vir a juízo, posteriormente, para reclamar qualquer indenização futura.⁴³⁸

O direito de ação é direito subjetivo público que não pode ser restringido pelo ajuste prévio de não ingressar no Judiciário, sob pena de morte da regra constitucional que consagra o impedimento, mesmo ao legislador, que exerce múnus público, de excluir a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5.º, XXXV). Ora, se descabe ao próprio legislador a proibição de impedir o acesso ao Judiciário, também aos particulares deve ser considerado inválido o *pactum de non petendo*.

Com efeito, o *direito de ação* não pode ser objeto de negócio. De outro lado, é disponível às partes a deliberação *do objeto tutelável*. Mas, nesse caso, o negócio estaria tratando da própria matéria, do mérito, e não a renúncia ao direito subjetivo de ação.

⁴³⁷ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Indenização por ato ilícito e *pactum de non petendo*. Soluções práticas. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011. p. 983.

⁴³⁸ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Indenização por ato ilícito e *pactum de non petendo*. Soluções práticas. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011. p. 983.

5.3.8. Renúncia recursal

Segundo Pedro Mendes de Oliveira, “o direito ao recurso pode ser livremente renunciado pelas partes, conformando-se com a decisão proferida em primeira instância, que terá plena aptidão para formar a coisa julgada material”.⁴³⁹ No mesmo sentido, afirmam Julia Lipiani e Marília Siqueira:

“o recurso, como conceito jurídico-positivo, de remédio voluntário, cuja natureza é extensão do direito de ação, classificando-se o direito de recorrer como direito potestativo, as partes litigantes podem dispor deste direito, inclusive por meio de convenção que estabeleça a supressão da segunda ou da terceira instância, acordando que a lide tramitará somente no juízo originário ou até o segundo grau e que a decisão proferida por um desses juízos, a depender do caso, não se sujeitará a revisão”.⁴⁴⁰

Com a devida vênia, não nos parece tão fácil chegar a uma conclusão generalizada. A resposta dependerá do respectivo recurso cabível, até mesmo porque não nos parece conveniente excluir, por exemplo, os embargos de declaração, dada a função especial desse recurso, que inclusive pode evitar posterior nulidade.

Assm, “no que concerne aos embargos de declaração, destacou-se que, apesar de ser possível a negociação de sua renúncia, ressaltou-se o entendimento de que é conveniente que se evite negócio com esse objeto, a fim de se possibilitar o aperfeiçoamento e a integração da decisão”.⁴⁴¹ Ora, uma decisão omissa, imperfeita, é viciada ou até mesmo inexistente e pode dar ensejo a futuras ações impugnatórias autônomas, o que seria indesejável à economia processual.

⁴³⁹ OLIVEIRA, Pedro Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 437.

⁴⁴⁰ LIPIANI, Julia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 466.

⁴⁴¹ LIPIANI, Julia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 476.

Lembre-se, contudo, que o recurso é compreendido como extensão do direito de ação, classificando-se o direito de recorrer como direito potestativo. Ainda assim, as partes litigantes podem dispor deste direito, inclusive por meio de convenção que estabeleça a supressão da segunda ou da superior instância, acordando que a lide tramitará somente no juízo originário ou até o segundo grau e que a decisão proferida por um desses juízos, a depender do caso, não se sujeitará a revisão.⁴⁴²

Lembre-se, também, que é possível renunciar ao prazo recursal, bem como desistir de recurso já interposto, mesmo sem anuência da parte contrária, evidenciado que as partes litigantes podem dispor do recurso.

Com efeito, encontra-se disponíveis os negócios processuais na esfera recursal: a) a renúncia ao segundo grau de jurisdição, desde que feita previamente e bilateralmente, satisfazendo-se as partes com o pronunciamento de primeira instância; b) a redução do prazo para interposição dos recursos, mas não a sua ampliação; c) o preestabelecimento de divisão de custas; d) requisitos de forma, como, por exemplo, o número máximo de laudas.

Por outro lado, “não podem as partes negociar sobre o cabimento dos recursos; suprimir a necessidade de existência de interesse recursal, pois a sua dispensa esvazia o fundamento que sustenta continuidade da prestação jurisdicional e os custos dela decorrentes; suprimir o requisito da tempestividade; retirar a necessidade de verificação das formalidades do recurso previstas em lei; dispensar o recolhimento, momento da comprovação, forma de pagamento ou redução do valor do preparo”.⁴⁴³

⁴⁴² LIPIANI, Julia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 466.

⁴⁴³ LIPIANI, Julia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 476.

5.4. Calendarização processual (art. 191, NCPC)

A convenção de um calendário processual é um interessante instrumento disponibilizado pelo NCPC com o intuito de fortalecer o gerenciamento de processos judiciais. A definição de um cronograma de atos e prazos processuais é forte indício da prevalência do princípio da cooperação processual na nova legislação.

Trata-se de um novo mecanismo posto à disposição dos juízes e dos jurisdicionados, cujo objetivo é dar tratamento individualizado e flexível, de acordo com a natureza da causa e sua complexidade. Com base nisso e da realidade prática do respectivo juízo, poderá, em conjunto com as partes, predeterminar os prazos para a realização dos atos processuais e dos pronunciamentos judiciais. Sua principal vantagem é prognosticar o prazo de duração processual, o que assegura ao jurisdicionado um tempo predeterminado para a entrega da tutela jurisdicional.

Na consulta jurídica, são dois questionamentos comuns aos advogados pelos seus clientes: o valor dos honorários profissionais e o tempo de duração do processo. Ao segundo, não se tem uma resposta, o que invariavelmente causa uma certa insegurança ao cliente, que deseja, evidentemente, avaliar o “risco de investimento” com a resposta das duas questões.

O novo instituto tem possibilidade, ainda que não imediata e extrajudicialmente, de logo dar essa resposta ao jurisdicionado. O pronunciamento passa a ter um termo futuro e certo. Nesse sentido afirma Érico Andrade que *“o calendário por si só não é causa direta de aceleração do processo ou de diminuição de sua duração, mas é de grande importância como instrumento de gestão processual e para oferecer às partes a previsão inicial da duração do processo. Assim, as partes, desde o início da causa, já*

*sabem, de antemão, qual será a duração da tramitação do feito em juízo, e podem, então, valorar se a via judicial é o melhor caminho para solução da controvérsia”.*⁴⁴⁴

5.4.1. Conceito

A calendarização processual é um método que consiste na elaboração de um cronograma pelo qual o juiz e as partes, de comum acordo, fixam os prazos para a realização dos atos processuais.

Segundo Cláudia Elisabete Schwerz Cahali, “*a calendarização é a elaboração de um cronograma no qual o juiz planeja e agenda os prazos processuais, preferencialmente com a colaboração das partes, para a realização dos próximos atos processuais*”.

⁴⁴⁵

Eduardo José da Fonseca Costa faz referência ao chamado *timing of procedural steps*. Afirma que o verbo inglês *to time* pode ser traduzido para o português como *aprazar, cronometrar, compassar, marca o tempo*: “*em sentido jurídico, o verbo pode bem ser produzido como calendarizar, criar um calendário, estabelecer um cronograma. Aqui, portanto, o juiz (por meio de resolução) ou as partes (por meio de acordo) agendam a prática de cada ato do processo civil para uma data limite*”.

⁴⁴⁶

Podemos classificar a convenção de calendário como um negócio jurídico processual, típico, formal, incidental, plurilateral, cujo objeto trata de matéria procedimental.

⁴⁴⁴ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. Revista de Processo. vol. 193. São Paulo: RT, 2011. p. 167-200.

⁴⁴⁵ CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *Gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 50.

⁴⁴⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 356.

É típico em razão da expressa menção pelo art. 191 do NCPC: “*De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso*”.

É formal porque deve escrito em língua portuguesa, conforme disposto no art. 192 do NCPC. Sendo redigido em língua estrangeira, somente poderá ser juntado aos autos quanto acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado (art. 192, parágrafo único, do NCPC).

É incidental porque, conforme veremos abaixo, apenas é realizado mediante a participação do juiz.

É plurilateral porque exige a participação das partes envolvidas, juntamente com o juiz, conforme veremos a seguir.

Envolve matéria essencialmente procedimental, pois trata basicamente da alteração de prazo para a realização dos atos.

5.4.2. *Partes*

Os atos de disposição processual que dependem exclusivamente das partes podem, em nosso sentir, serem adotados sem a participação do juiz. De outro lado, obviamente as partes não podem tratar de atos exclusivos do Poder Judiciário, como, por exemplo, designar data e horário da audiência, porquanto há evidente necessidade de compatibilização de agenda.

Na fixação de prazos do calendário processual, todos os interessados devem participar. Conforme destaca Leonardo Carneiro da Cunha, “*o calendário é sempre negocial; não pode ser imposto pelo juiz. Trata-se de negócios jurídico processual plurilateral, havendo a necessidade de acordo de, pelo menos, três vontades: a do autor, a do réu e a do juiz. Se houver intervenientes, estes também devem integrar o negócio processual que fixa o calendário*”.⁴⁴⁷

No mesmo sentido, Érico Andrade assevera que o calendário não é fixado unilateralmente pelo juiz, mas com a participação negocial das partes, estabelecendo-se verdadeiro contrato de procedimento. Com isso, permite-se um clima de maior cooperação entre partes e juízo, além de se introduzir a prática negocial ou os acordos procedimentais, que serão analisados no item seguinte.⁴⁴⁸

Para Eduardo José da Fonseca Costa, a calendarização *ex officio* pode ser um excelente instrumento de celerização nos processos em que uma das partes seja o Poder Público. Porém, ressalva o autor que na calendarização por imposição, a autoridade judicial há de ter redobrada cautela. Afinal, “*trata de exercício de ativismo judicial, que, não raro, descamba para o summum malum da arbitrariedade, ferindo a indeclinável isonomia entre as partes. O juiz deve ter cuidado para não fixar prazos preclusivos inferiores àqueles previsto em lei, ou estabelecer assimetricamente prazos favoráveis mais a uma parte que à outra. Tanto num caso como noutro, o devido processo legal estaria gravemente afrontado. As datas-limites deverão expressar prazos razoáveis para cada uma das partes*”.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 52.

⁴⁴⁸ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. Revista de Processo. vol. 193. São Paulo: RT, 2011. p. 167-200.

⁴⁴⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 362.

O próprio art. 190 deixa claro que a fixação do calendário deve ser realizada “de comum acordo” entre o juiz e as partes, evidenciando, então, que é um negócio processual plurilateral, com exigência de participação de todos os interessados.

5.4.3. *Objeto*

Extrai-se do art. 190 do NCPC que podem ser objeto do negócio processual sob trato os prazos para a prática de atos processuais, sem especificar exatamente quais seriam os atos envolvidos pela convenção.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, o calendário normalmente se relaciona com a prática de atos instrutórios:

“Com efeito, fixando o calendário para os atos instrutórios, tudo torna-se mais previsível; todos os atos ficam agendados. Já se sabe quanto serão praticados, concretizando-se a duração razoável do processo. Aliás, quando o juiz determina a realização de perícia, deve haver, se possível, a fixação de calendário para os atos relativos à prova pericial (NCPC, art. 357, §8º). Além dos atos instrutórios, é também possível estabelecer o calendário processual para a prática de atos postulatórios, a exemplo das razões finais, bem como para a prática de atos decisórios e executivos”.⁴⁵⁰

Eduardo José da Fonseca Costa diferencia o “acordo de calendarização” do “acordo de procedimento”. Segundo o autor:

⁴⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 52.

“no acordo de procedimento, as partes definem quais atos praticarão, bem como a forma e a sequência desses atos, mas não vinculam necessariamente cada um deles a uma data limite (...). Já o acordo de calendarização tem autonomia ontológica. Muitas vezes ele pode funcionar como *pacto adjecto* a um acordo de procedimento. Com outras palavras: após as partes inventarem um procedimento, podem elas submetê-los a um cronograma e vincular a realização de cada ato a uma data-limite preestabelecida”.⁴⁵¹

Aderimos à diferenciação sugerida. Com efeito, a estrita calendarização, como se obtém do próprio termo, envolve apenas a prefixação de prazos para a prática de determinados atos. Nada impede, contudo, que na mesma convenção os sujeitos processuais já preestabeleçam e definam a forma que tais atos serão praticados. Vejamos, *ad exemplum*:

Ajuizada a demanda, distribuída a petição inicial, designa-se audiência para tentativa de conciliação. Infrutífera a conciliação, é extremamente salutar que nesse momento oportunize-se a fixação do calendário processual, também contendo cláusulas de formatação dos atos processuais ou outras onvenções mais abrangentes, como: a) número máximo de laudas em manifestações; b) até mesmo formatação textual, como letra e espaçamento das petições; c) renúncia ao segundo grau de jurisdição; d) acordo para rateio de despesas; e) dispensa de prova pericial; f) escolha consensual do perito; g) dispensa mútua de assistente técnico etc.

Nesse caso, a convenção ultrapassa os limites da calendarização e passa a ser um negócio processual amplo, refletindo a essência máxima da cooperação entre os sujeitos processuais.

⁴⁵¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 360.

5.4.4. Momento

A calendarização é um método de gerenciamento processual que normalmente se justifica quando realizado incidentalmente, dada a necessária participação do juiz competente.

Iniciado o processo, não há um momento específico para se realizar a convenção. Sugere-se, como dito alhures, que o momento ideal seria a audiência inicial de conciliação, oportunidade para tentar resolver o próprio mérito e, sendo impossível, ao menos convencionar o procedimento.

De qualquer forma, conforme destaca Leonardo Carneiro da Cunha:

“O calendário pode ser estabelecido em qualquer etapa do procedimento, embora seja mais factível ou provável que se celebre na fase de organização e saneamento do processo, a fim de se agendarem os atos instrutórios. Não é sem razão, aliás, que o §8º do art. 357 do NCPC assim dispõe: *‘Caso tenha disso determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer desde logo, calendário para sua realização’*. É possível, de todo modo, que o juiz designe uma audiência apenas para negociar com as partes a fixação do calendário, organizando melhor a realização de futuros atos processuais”.⁴⁵²

O Enunciado 299 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, *“o juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão”*.

Sugere-se também a possibilidade de calendarização processual extrajudicial, com posterior homologação pelo juiz após a propositura da ação. Não vemos prejuízo e tal tentativa, pois necessariamente o negócio haverá de passar pelo crivo

⁴⁵² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 52.

judicial, que adaptará o procedimento acordado de acordo com a disponibilidade cartorária.

5.4.5. Efeitos

A dispensa de intimação das partes é a principal finalidade do calendário processual⁴⁵³, conforme expressamente prevê o art. 191, §2º, do NCPC: “*dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário*”.

Além disso, o calendário vincula as partes e o juiz. Os prazos nele previstos só podem ser alterados em casos excepcionais, devidamente justificados.⁴⁵⁴ Esclarece-se que as partes não podem ser forçadas à calendarização, mas, uma vez pactuada, estão vinculadas aos termos da convenção (art. 191, §1º, do NCPC).

Portanto, são dos os efeitos da calendarização processual: a) a dispensa de intimação para a prática dos atos convencionados; e b) a vinculação dos sujeitos aderentes ao negócio.

⁴⁵³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 52.

⁴⁵⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 51.

5.4.6. Revisão e alteração

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, “os prazos nele previstos só podem ser alterados em casos excepcionais, devidamente justificados. A mudança dos prazos estabelecidos no calendário processual somente deve ocorrer se justificada antes do escoamento dos prazos fixados. Aplica-se aqui o disposto no parágrafo único do art. 139 do NCPC”.⁴⁵⁵

A vontade dos sujeitos processuais estampada no ato de calendarização é soberana. Isso não impede, contudo, que o juiz dirija o processo e revise determinada cláusula, fundamentando a necessidade de alteração. Aliás, é dever do juiz assegurar que o processo efetivamente alcance seu fim. Transcorrendo qualquer alteração que justifique a revisão do calendário, deve o juiz adequá-lo desde que o faça mediante o estabelecimento do contraditório.

O art. 139, VI, do NCPC, retrata bem o ideal do dirigismo processual pelo juiz. Segundo o referido dispositivo, incumbe ao juiz dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção do meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. Ou seja, é no caso concreto que se vislumbra a necessidade de adequação procedimental, incluindo a possibilidade de revisão e alteração do calendário processual outrora fixado.

⁴⁵⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015. p. 53

CONCLUSÃO

Os novos métodos de resolução dos conflitos definitivamente passam a ocupar a preocupação do legislador como forma de otimizar a organização judiciária. O interesse pela mediação, pela conciliação e pelas novas técnicas consensuais aflora uma nova expectativa de tutela jurisdicional.

A sociedade contemporânea exige um processo que corresponda de forma mais imediata aos seus anseios. Para tanto, há que se compreender que esse resultado somente será obtido mediante a participação e colaboração dos próprios jurisdicionados.

Nesse passo, a solução conciliativa do litígio não deve passar apenas pelo mérito, mas também abrange a composição dos meios aptos para uma boa resolução judicial. Vale dizer, uma boa tutela será aquela obtida mediante a máxima cooperação dos sujeitos processuais, seja em uma eventual conciliação meritória ou, restando essa impossível, pela adequada convenção processual.

Ao longo do período dedicado a essa pesquisa, aliado à nossa experiência profissional, pudemos concluir que o modelo processual essencialmente adversarial é, na maioria das vezes, improdutivo em razão da falta de instrumentos que estimulem a boa prática entre as partes. Já o modelo cooperativo abrange uma multiplicidade de técnicas que leva os conflitantes a buscarem uma solução conciliativa, seja no aspecto material ou no processual, passando o juiz a exercer uma função de intermediação e gerenciador

A cultura de conciliação está em crescente aderência em nosso País. Verificamos isso na medida em que as novas leis incentivam as partes a cooperarem entre si. Com isso, há uma participação endoprocessual mais efetiva, pois as partes passam a regular, na medida do possível, os rumos do trâmite processual.

Vimos que essa interferência privada em ramo que outrora era restrito ao Estado acabou por relativizar a concepção de Direito Processual como ramo restrito ao Direito Público. Em nosso sentir, o fato de haver uma determinada margem de liberalidade não retira por completo o caráter público do processo. Temos, sim, um sistema híbrido, continuando a maioria das normas processuais com natureza cogente e impositiva.

Sob o aspecto democrático, a abertura do Estado para a convenção processual permite maior participação e cooperação entre as partes e o juiz, no ajustamento da forma de condução processual, engajando as partes na condução do processo. Essa concepção influencia, inclusive, no conceito de *processo*, sobrelevando-se a tradicional definição de *relação jurídica* não apenas de direito público, mas como o instrumento apto a regular o convívio entre os sujeitos processuais. Tem-se, assim, um processo efetivamente democrático, em que relacionam-se o juiz (e seus poderes próprios) com as partes (com suas autonomias autorizadas). O processo civil adequa-se ao ideal democrático da Constituição Federal de 1988.

A técnica processual aqui denominada de negócios processuais possui fundamental importância nessa ordem de ideias, ao passo que é o instrumento apto a interferir no campo outrora reservado ao Estado. A liberdade negocial passa, então, a ocupar seu espaço no processo, reservando às partes o autorregramento processual.

Pois bem. Consideradas essas premissas, o desenvolvimento da pesquisa permitiu-nos uma série de conclusões parciais, sintetizadas a seguir:

- 1) O processo continua a pertencer essencial ao Direito Público. Isso, contudo, não impede que as partes estipulem, na medida do possível, mudanças para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

2) O diálogo processual passa a ser uma característica de primeira importância para a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada. É a participação cooperativa entre os sujeitos processuais que define essa nova ordem processual;

3) O processo cooperativo toma à frente do processo adversarial, porquanto se mostra como um conjunto de trabalho entre o órgão judicial e os litigantes, para possibilitar ao juiz a resolução justa e apta a restabelecer a harmonia entre as partes;

4) O direito de ação, concebido como o direito de acesso à Justiça, deve ser compreendido como o direito de obter a tutela jurisdicional adequada e apta a resolver a lide de forma efetiva e satisfatória. Nesse passo, a flexibilização procedimental é um mecanismo essencial dessa nova postura, pois é a forma pela qual o processo adapta-se às especificidades do caso concreto;

5) O processo pode ser compreendido como um instrumento pelo qual se desenvolve uma relação jurídica compreendida pelo contraditório, que, por sua vez, é o efetivo diálogo entre as partes relacionadas com objetivo de obter a resolução mediante decisão judicial;

6) Cabe ao juiz exercer o gerenciamento do processo, o que compreende adotar o conjunto de medidas e técnicas adequadas na condução do processo. É através da chamada *gestão processual* que o juiz exerce seu poder-dever de adaptar o procedimento às peculiaridades do direito material envolvido;

7) Os negócios jurídicos processuais foram encampados pelo Novo Código de Processo Civil. Além dos negócios típicos, o art. 190 da nova lei estabelece uma cláusula geral, que dá liberdade aos sujeitos de convencionarem amplamente sobre matéria processual e procedimental;

8) Os negócios jurídicos processuais devem ser estudados sob a ótica da teoria geral do processo e da teoria geral dos negócios jurídicos. É um instituto *sui generis* e, como tal, sujeito a um regime especial.

9) A possibilidade de negociação processual é essencial ao devido processo legal, pois um processo que repulsa a liberdade e o autorregramento é ditatorial e indevido;

10) Nos negócios jurídicos processuais, caminha ao lado do princípio do devido processo legal aquilo que denominamos de devido processo convencional, que nada mais é do que a obediência dos sujeitos aderentes aos termos convencionados. Ou seja, o processo convencional será devido quando os sujeitos que o aderiram sigam exatamente os termos acordados;

11) Daí decorre o princípio da cooperação, da lealdade processual e a proibição do comportamento contraditório. Vale dizer, o próprio comportamento dos integrantes do negócio passa a integrar o processo, sendo vedado o *venire contra factum proprium*;

12) O princípio do autorregramento é uma consequência natural da liberdade negocial, aptidão própria dos sujeitos que convivem em um Estado Democrático de Direito. Com efeito, o autorregramento no ambiente processual é inerente à garantia fundamental de liberdade;

13) A liberdade negocial exige, por outro lado, uma redobrada atenção ao princípio da isonomia processual. Há que se evitar cuidadosamente que inserções abusivas prejudiquem alguma parte que se encontra em situação de vulnerabilidade, sob pena de nulidade da cláusula;

14) As partes e o juiz deverão sempre praticar os melhores esforços para que o negócio jurídico produza seu fim almejado. Deparando-se com um negócio jurídico inválido, é salutar encontrar subsídios que o permitam atingir sua finalidade;

15) Sugerimos a classificação dos negócios jurídicos: a) quanto à tipicidade: típicos ou atípicos; b) quanto à forma: solenes ou não solenes (com a ressalva de que a forma escrita é uma exigência formal); c) quanto ao momento de formação: incidental ou extrajudicial; d) quanto ao objeto: processual ou procedimental; e) quanto aos sujeitos: unilateral, bilateral ou plurilateral.

16) No tocante à legitimidade dos entes públicos em celebrar negócios processuais, concluímos que a indisponibilidade do direito material não deve ser um óbice para o acordo, uma vez que a disposição de direito processual não tem como reflexo necessário a mitigação da matéria pretendida;

17) Também concluímos que não se exige a capacidade postulatória para a celebração do negócio processual, embora se tenha enunciado que há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo sem assistência de advogado;

18) Os negócios jurídicos processuais possuem eficácia imediata, uma vez que em regra não depende de homologação judicial;

19) O controle judicial dos negócios jurídicos processuais será exercido posteriormente à sua celebração e estará limitado aos vícios de inexistência ou de invalidade;

20) Os vícios que ensejam a invalidade do negócio jurídico processual são aqueles arrolados pela lei civil, cujo regime também deve ser observado. Também incorre em vício o negócio processual que não observa a formalidade exigida pelo ordenamento;

21) Quanto à anulação do negócio processual, podemos afirmar o seguinte: a) não há interesse em demandar exclusivamente para obter a declaração de nulidade do negócio, pois a nulidade pode ser arguida incidentalmente ou ser pronunciada *ex officio* (art. 168, parágrafo único, do CC/2002); b) os vícios que ensejam a anulabilidade do negócio processual devem ser impugnados por demanda autônoma, pois a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença;

22) A decisão que rejeita a aplicação de um negócio jurídico processual, salvo quando se trate de ação autônoma de anulabilidade, é interlocutória e, como tal, impugnável via agravo;

23) Por opção legislativa, alguns negócios processuais estão tipicados pelo Código de Processo Civil. Algumas hipóteses já estavam previstas no CPC/1973, sendo que o NCPC acrescentou outras. Por uma opção metodológica, neste trabalho, não tratamos taxativamente de todos os casos previstos pela lei, mas é possível concluir que os negócios típicos são aqueles expressamente regulados pelo ordenamento, com características próprias e inerentes às suas especificidades;

24) O fato de haver previsão expressa de negócios típicos, não elimina a dificuldade em torno do assunto. Talvez a maior delas seja arrolar quais seriam exatamente todos os negócios típicos, pois não há um consenso sobre a caracterização de alguns atos como negócios processuais;

25) Dentre os negócios processuais típicos, destacamos aqueles que compreendemos de maior relevância e de aplicação prática. Nesse quadro, relacionamos as principais características de cada um, aplicando a classificação metodológica antes sugerida;

26) O art. 190 do NCPC estabelece a nova ordem dos negócios jurídicos, pois encampa a liberdade negocial na esfera processual ao dispor uma cláusula

geral, permitindo aos sujeitos a convenção de negócios atípicos sobre seus ônus, poderes, faculdade e deveres processuais;

27) O grande problema da cláusula geral dos negócios processuais é compreender seus limites. Em nosso entender, seus limites devem respeitar, necessariamente, o princípio da legalidade, da segurança jurídica, da isonomia e do contraditório. Há que se considerar, portanto, os princípios e garantias fundamentais do processo no Estado de Direito;

28) O art. 190 do NCPC estabelece como requisitos específicos do negócio processual: a) tratem de direitos que admitam autocomposicao; b) capacidade plena das partes. Em nosso entender, para a boa aplicação do instituto, é necessário entender que “os direitos que admitem autocomposição” referem-se às normas processuais impositivas e não ao direito substancial envolvido na lide.

Enfim, quando um negócio jurídico é celebrado com fundamento na atipicidade permitida pelo art. 190 do NCPC, é imperioso que se observe a função social a que está iserido, o que não afasta por si só o princípio da autonomia privada. É a observância em conjunto dos princípios e normas destacados neste trabalho que sobreleva no plano individual a esperada eficiência do instituto e, no plano social, assegura o desenvolvimento da técnica como instrumento apto a alterar o panorama do processo civil brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015.

_____. Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado Liberal ao Estado Social e a atualidade de sua discussão. Revista de Processo. Vol. 229. São Paulo: RT, 2014. p. 89-119.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015.

ALVIM, Thereza. A organização judiciária e o Código de Processo Civil: competência em razão do valor. Revista de Processo. n. 3. p. 32-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*. vol. 193. São Paulo: RT, 2011. p. 167-200.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense.

_____. Regras de prova no Código Civil. *Revista de Processo*. Vol. 116. São Paulo: RT, 2004.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: GZ, 2012.

_____. Da Jurisdição – Estado-de-Direito e função jurisdicional. *Doutrinas essenciais de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011.

_____. Distrato. *Soluções práticas*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011. p. 443-455.

_____. Indenização por ato ilícito e pactum de non petendo. *Soluções práticas*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Substituição processual. *Doutrinas essenciais de processo civil*. Vol. 3. São Paulo: RT, 2011. p. 435.

_____. *Tratado de direito processual*. Vol. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11 ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. Parcelamento da dívida em execução. *Revista Forense*. N. 400. Vol. 104, 2008.

_____. Substituição processual. In *Leitura complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

AURELLI, Arlete Inês. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual/ativismo judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Vol. 90. Belo Horizonte, Fórum, 2015. p. 73-85.

_____. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial. *Revista de Processo*. Vol. 89. São Paulo: RT, 1997.

_____. Institutos fundamentais do processo civil: jurisdição, ação e processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Vol. 89. Belo Horizonte, Fórum, 2015. p. 10-25-25.

_____. Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista de Processo*. Vol. 151. São Paulo: RT, 2007.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*. vol. 246. São Paulo: RT, 2015. p. 219-238.

_____. O juiz e a prova pericial no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 242. São Paulo: RT, 2015. p. 69-89.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A administração pública entre o direito público e o direito privado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 3. São Paulo: RT, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2003. p. 217-229.

_____. Convenções das partes sobre material processual. In *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. O novo processo civil brasileiro. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Provas atípicas. *Revista de Processo*. Vol. 76. São Paulo: RT, 1994. p. 114-126.

_____. Sobre prazos peremptórios e dilatórios. *Temas de direito processual*. Segunda série. Saraiva, 1980.

_____. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*. Vol. 31. São Paulo: RT, 1983. p. 199-209.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; LIMA, Fábio Lindoso e. A contradição externa e o venire contra factum proprium do Juízo. *Revista de Processo*. Vol. 254. São Paulo: RT, 2015. p. 79-118.

BARIONI, Rodrigo. O parcelamento do crédito do exequente no Novo CPC. *Revista de Processo*. vol. 244. São Paulo: RT, 2015. p. 153-164.

BETI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: dos poderes do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. Revista de processo. Vol. 244/2015. p. 33-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 190. São Paulo: RT, 2010. p. 210-230.

BORDA, Alejandro. La teoria de los actos propios. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, n. 7-f, p. 21-22; DIEZ-PICAZO. La doctrina de los propios actos, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: Bosch, 1963.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. As primeiras impressões sobre o sistema de cumprimento da sentença que prevê obrigação de pagar no Novo CPC. Revista Dialética de Direito Processual. Vol. 148. São Paulo: Dialética, 2015. p. 9-13.

_____. O princípio da congruência entre o pedido e a sentença, os vícios decorrentes de sua não observância e seu saneamento pelo tribunal (art. 515, § 4º, do CPC). Revista Dialética de Direito Processual. Vol. 130. São Paulo: Dialética, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. Vol. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Partes e terceiro no processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOW, Oskar Von. Teoria das exceções e dos pressupostos processuais (trad. GAMA, Ricardo Rodrigues). São Paulo: LZN, 2005.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. Revista de Direito Privado. Vol. 26. São Paulo: RT, 2006. p. 146-171.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo. Vol. 126. São Paulo: RT, 2005. p. 59-81.

_____. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da Jurisdição. Revista de Processo. Vol. 115. São Paulo: RT, 2004. p. 345-374.

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no direito privado. Revista de Direito Privado. Vol. 19. São Paulo: RT, 2004. p. 83-129.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

_____. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015.

CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *Gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMBI, Eduardo. Colaboração no processo previdenciário. Revista de Processo. Vol. 228/2014. p. 283-307. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes intrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. Vol. 1. Campinas: Servanda, 1999.

_____. Sistema de derecho procesal civil. Tomo II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Unión, 1944.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil. Vol. III. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no Novo CPC: pontos de partida para o estudo. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal*. 4ªed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. ; DIDIER JR., Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. *Revista de Processo*. vol. 242. São Paulo: RT, 2015. p. 275-284.

_____. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015.

DENTI, Vittorio. *Negozi processuale*. Enciclopedia del Diritto. Vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte I. *Revista de Processo*. vol. 247. São Paulo: RT, 2015. p. 137-176.

_____. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte II. *Revista de Processo*. vol. 248. São Paulo: RT, 2015. p. 89-113.

_____. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – Parte III. *Revista de Processo*. vol. 249. São Paulo: RT, 2015. p. 141-172.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. Fonte normativa da legitimação extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*. Vol. 232. São Paulo: RT, 2014. p. 69-76.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Acordos judiciais e a perícia contábil*. In *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Declaração ex officio da incompetência relativa? In Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I. 3 ed. São Paulo: Malheiros.

_____. Eficácia ultra partes da eleição de foro. In Fundamentos do processo civil moderno. Tomo II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Instituições de direito processual. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi. Negócios processuais e seus novos desafios. Revista dos Tribunais. Vol. 955. São Paulo: RT, 2015. p. 211-227.

DOBSON, Juan M. El abuso de la personalidad jurídica. Buenos Aires: Depalma, 1985.

FARIA, Marcela Kohlbach de Faris. Negócios jurídicos processuais: unilaterais e o de parcelamento do débito pelo executado. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015.

FAZZALARI, Elio. Instituzioni di Diritto Processuale. 2 ed. Padova: Cedam, 1979.

FERRAZ, Cristina. Prazos no processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2001.

FERREIRA, William Santos. Situação jurídica do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros de sucessores no caso de falecimento da parte diante do novo Código Civil. In Leitura complementares de processo civil. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

FRANZOLON, Cláudio José. Negócios jurídicos: interpretação, integração, conteúdo negocial e efeitos. *Revista de Direito Privado*. Vol. 39. São Paulo: RT, 2009. p. 61-86.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Nulidades do negócio jurídico. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de (coord.). *Negócio jurídico*, São Paulo: Quartier Latin, 2013.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*. Vol. 4. N.1. Jan-apr., 2013. p. 36-86.

_____. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general de proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Modificações de competência no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Suspensão do processo. Revista de Processo. Vol. 80. São Paulo: RT, 1995. p. 90-102.

GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. Revista de Processo. Vol. 226/2013. p. 115-145. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JAYME, Fernando Gonzaga. O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 227. São Paulo: RT, 2014. p. 335-359.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de derecho procesal civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA.

LIPIANI, Julia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 208. São Paulo: RT, 2012. p. 295-316.

MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Revista de Processo. vol. 241. São Paulo: RT, 2015. p. 463-487.

MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. A representação no negócio jurídico. 2 ed. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito e ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). Revista dos Tribunais, vol. 873. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 11-30.

_____. Técnica processual e tutela dos direitos. 2 ed. São Paulo: RT, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo – Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Barbara Seccato Ruis. Os negócios processuais e a arbitragem. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 729. São Paulo: RT, 1996.

MUNÕZ, Alberto Alonso; NERY, Ana Rita de Figueiredo. Fundamentos filosóficos do negócio jurídico. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado de (coord.). Negócio jurídico. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinariedade no ensino jurídico: a experiência do direito civil. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (org.). Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 906. São Paulo: RT, 2011. p'. 113-156.

_____. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. Teoria Geral dos Recursos. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015.

_____. Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese de Doutorado. UFBA. Salvador, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. Revista dos Tribunais. Vol. 836. São Paulo: RT, 2005. p. 11-33.

OLIVEIRA, Pedro Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Juspodivm, 2015.

PEIXOTO, Ravi. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. Revista de processo. vol. 241/2015. p. 463-487. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Rumo à construção de um processo cooperativo. Revista de Processo. Vol. 219. São Paulo: RT, 2013. p. 89-114.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium. Revista de Direito Privado. Vol. 27. São Paulo: RT, 2006. p. 252-278.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PIZZOL, Patrícia Miranda. A competência no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Vol. I. Rio de Janeiro: Borsói, 1954.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. O direito material ao pagamento parcelado. Revista de processo. vol. 166/2008. p. 177-189. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REDONDO, Bruno Garcia. Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2013.

_____. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015.

RICCI, Edoardo F. Presente e futuro da cláusula compromissória e de sua atuação. *Revista de Processo*. Vol. 100. São Paulo: RT, 2000. p. 88-105.

ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil – as questões de ordem pública. *Revista dos Tribunais*. vol. 908. São Paulo: RT, 2011. p. 263-291.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Paula Ferraresi. Responsabilidade civil e teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informar. *Revista de Direito Privado*. Vol. 49. São Paulo: RT, 2012. P. 209-244.

SANTOS, Welder Queiroz. Uma proposta para a aplicação do art. 745-A do CPC no cumprimento da sentença. In SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). Execução civil e cumprimento da sentença. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009.

SHIMURA, Sérgio. Título executivo. 2 ed. São Paulo: Método, 2005.

_____. Tutela coletiva e sua efetividade. São Paulo: Método, 2006.

SCHÖNKE, Adolf. Direito Processual Civil. Campinas: Romana, 2003.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3 ed. Forense, 2007.

SOARES, Ronnie Herbert Barros; PASSOS, Josué Modesto. Perspectiva histórica do conceito de negócio jurídico. In TOLEDO, Armando Sérgio Prado. Negócio jurídico. Quartier Latin, 2013.

SOUZA, Artur César de. Os princípios e valores constitucionais como diretrizes do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo. Vol. 223. São Paulo: RT, 2013.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044->

Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos. Acesso em 04/11/2015, às 16h28m.

TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade processual. Soluções práticas. Vol. 2. p. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. Revista de Direito Privado. Vol. 38. São Paulo: RT, 2009. p. 149-175.

_____. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 244/2015. Pp. 195-204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário. Revista de Processo. Vol. 242. São Paulo: RT, 2015. p. 49-67.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito processual civil*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. *Revista de Direito Privado*. Vol. 43. São Paulo: RT, 2010. p. 180-231.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais. Vol. 791. São Paulo: RT, 2001. p. 31-64.

WALD, Arnold. A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 17. São Paulo: RT, 2008. p. 11-48.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 2. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. BASÍLIO, Ana Tereza. O negócio processual: inovação do Novo CPC. In <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,31047-O+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC>. Acesso em 04/11/2015, às 16h34m.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentos do processo. *Revista dos Tribunais*. Vol. 855. São Paulo: RT, 2007. p. 11-29.

_____. Não sujeição do terceiro anuente à cláusula de compromisso arbitral prevista em contrato. *Pareceres*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2012.

_____. Nulidades do processo e da sentença. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 3. ed., São Paulo: RT, 2000.

_____. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 – A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKART, Érik Navarro. Novo Código de Processo Civil x Sistema Processual de Nulidades. Xeque-mate? *Revista de Processo*. vol. 250. São Paulo: RT, 2015. p. 35-59.

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