

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNO GRESSLER WONTROBA

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS: OBJETO LÍCITO,
DISPONIBILIDADE DO DIREITO MATERIAL E DISPONIBILIDADE DA TUTELA
JURISDICCIONAL

CURITIBA

2019

BRUNO GRESSLER WONTROBA

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS: OBJETO LÍCITO,
DISPONIBILIDADE DO DIREITO MATERIAL E DISPONIBILIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA

2019

W872n

Wontroba, Bruno Gressler

Negócios jurídicos processuais atípicos: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional / Bruno Gressler Wontroba; orientador: Eduardo Talamini. – Curitiba, 2019.

233 p.

Bibliografia: p. 223-233.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Atos jurídicos. 2. Tutela. 3. Jurisdição. 4. Processo civil. I. Talamini, Eduardo. II. Título.

CDU 347.919.6

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **BRUNO GRESSLER WONTROBA** intitulada: **Negócios jurídicos processuais atípicos: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 02 de Abril de 2019.

EDUARDO TALAMINI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

RODRIGO RAMINA DE LUCCA

Avaliador Externo (USP)

FABIANO CARVALHO

Avaliador Externo (PUC/SP)



ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

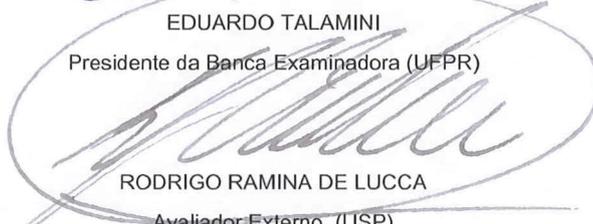
No dia dois de abril de dois mil e dezenove às 14:00 horas, na sala 317, UFPR - Campus Santos Andrade (Prédio Histórico), foram instalados os trabalhos de arguição do mestrando **BRUNO GRESSLER WONTROBA** para a Defesa Pública de sua Dissertação intitulada **Negócios jurídicos processuais atípicos: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EDUARDO TALAMINI (UFPR), RODRIGO RAMINA DE LUCCA (USP), FABIANO CARVALHO (PUC/SP). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela APROVAÇÃO do aluno. O mestrando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EDUARDO TALAMINI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 02 de Abril de 2019.



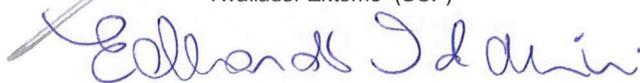
EDUARDO TALAMINI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)



RODRIGO RAMINA DE LUCCA

Avaliador Externo (USP)



FABIANO CARVALHO

Avaliador Externo (PUC/SP)



*À minha bisavó, Elvira,
no auge de seus 104 anos e
Aos meus avós, Irene, Helmuth e Jovita,
com o maior amor e a maior admiração*

AGRADECIMENTOS

À Anna Flávia, aos meus pais, Stela e Mario, e aos meus irmãos, Victor e Arthur, pelo privilégio que possuo de viver com vocês; à Anna Flávia, pelo amor, pelo companheirismo e, principalmente, pela paciência e pela compreensão de minhas faltas; aos meus pais, Stela e Mario, por tudo e, principalmente, por proporcionarem a mim e aos meus irmãos educação, a herança de maior valor que pais podem deixar a um filho; aos meus irmãos, Victor e Arthur, por serem, simplesmente, os meus melhores amigos.

Aos integrantes de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini – Sociedade de Advogados, pelo privilégio que possuo de dela fazer parte; especialmente, a Eduardo Talamini, Felipe Wladeck, Guilherme Reisdorfer, Mônica Lefèvre, Isabella Vosgerau, Daniel Borda, Marina Kukiela e Marina Félix, colegas e amigos; a Felipe Wladeck, a Marina Félix e a Paulo Amaral, pelo auxílio direto na elaboração desta dissertação de mestrado; a Eduardo Talamini, pela orientação e por inspirar todos ao seu redor sempre à excelência.

Por fim, aos amigos de sempre.

(...) il ne faut verser ni dans l'angélisme d'une fraternité effusive, ni dans le pessimisme de la déconstruction de la justice étatique et de la reféodalisation des rapports sociaux

Loïc Cadiet, "Les conventions relatives au procès en droit français", n. 16, p. 34

RESUMO

O tema da dissertação de mestrado é o negócio jurídico processual atípico, especificamente a licitude de seu objeto e os reflexos da (in)disponibilidade da tutela jurisdicional e da (in)disponibilidade do direito material sobre a validade e a eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos. Em primeiro lugar, é examinada a teoria dos fatos processuais e os conceitos de fato processual em sentido estrito, de ato-fato processual e de ato processual em sentido estrito. Em segundo lugar, é examinado o conceito de negócio jurídico processual, sua natureza, suas espécies, seu histórico e seus fundamentos, assim como é examinado o art. 190 do Código de Processo Civil de 2015. Em terceiro lugar, são examinados os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos. Conclui-se que a licitude do objeto é necessariamente e exclusivamente uma qualidade do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos; propõe-se, nesse sentido, método de exame da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos. Conclui-se, ainda, que a disponibilidade da tutela jurisdicional é requisito objetivo de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro, embora não seja necessariamente uma qualidade do seu objeto; por fim, conclui-se que a disponibilidade do direito material é, em alguns casos, condição de eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos.

PALAVRAS-CHAVE: negócios jurídicos processuais; convenções processuais; acordos processuais; objeto lícito; disponibilidade.

ABSTRACT

The subject of dissertation is the atypical procedural contract, particularly the lawfulness of its object and the consequences of both the (in)alienability of judicial protection and the (in)alienability of substantive rights on atypical procedural contract's validity and effectiveness. First of all, are examined the theory of procedural facts and the concepts of procedural fact in the strict sense, procedural act-fact and procedural act in the strict sense. In second place, are examined the concept of procedural contract, its quality, species, history and fundamentals, as well as it is examined the Brazilian Civil Procedure Law of 2015, article 190. In third place, are examined the elements of existence, the requirements of validity and the conditions of effectiveness of atypical procedural contracts. It is concluded that the lawfulness is necessarily and exclusively a quality related to the object of atypical procedural contracts; it is proposed, in this sense, exam method of the lawfulness of the atypical procedural contract's object. It is also concluded that the alienability of judicial protection is a validity requirement of atypical procedural contracts in the Brazilian civil procedure law, even if it is not necessarily a quality of its object; lastly, it is concluded that the alienability of substantive rights is, in some cases, condition of atypical procedural contracts' effectiveness.

KEYWORDS: procedural contracts; procedural conventions; procedural agreements; lawful object; alienability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	16
2. A TEORIA DOS FATOS PROCESSUAIS	24
2.1. A RELAÇÃO ENTRE A TEORIA (GERAL) DOS FATOS JURÍDICOS E A TEORIA (ESPECIAL) DOS FATOS PROCESSUAIS	24
2.2. O CRITÉRIO ATRIBUTIVO DA QUALIDADE PROCESSUAL AOS FATOS JURÍDICOS EM SENTIDO AMPLO.....	25
2.3. O CONCEITO DE FATO PROCESSUAL EM SENTIDO ESTRITO	28
2.4. O CONCEITO DE ATO-FATO PROCESSUAL.....	29
2.5. O CONCEITO DE ATO PROCESSUAL EM SENTIDO ESTRITO.....	30
3. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL.....	32
3.1. O CONCEITO, A NATUREZA (OU QUALIDADE) E A AUTONOMIA CONCEITUAL DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	32
3.2. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA DISTINÇÃO ENTRE ATOS PROCESSUAIS ESTIMULANTES OU INDUTIVOS E ATOS PROCESSUAIS CAUSATIVOS OU DETERMINANTES.....	35
3.3. AS ESPÉCIES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	43
3.3.1. Os negócios jurídicos processuais unilaterais, bilaterais e plurilaterais - o critério da quantidade de polos de declaração de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais	43
3.3.2. Os negócios jurídicos processuais individuais e institucionais - o critério da individualidade ou institucionalidade	45
3.3.3. Os negócios jurídicos processuais propriamente ditos e procedimentais (e os negócios jurídicos processuais sobre o objeto litigioso do processo) – o critério do objeto	46
3.3.4. Os negócios jurídicos processuais prévios e incidentais – o critério do momento de celebração.....	51

3.3.5. Os negócios jurídicos processuais típicos e atípicos - o critério da existência de previsão legal	53
3.4. O HISTÓRICO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	54
3.5. OS FUNDAMENTOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	71
3.5.1. O princípio do autorregramento da vontade das partes no processo: liberdade, poder de autodeterminação dos indivíduos, princípio dispositivo e princípio do debate ou princípio dispositivo em sentido processual	71
3.5.2. O princípio da adaptabilidade das regras processuais aos casos concretos: adaptação das regras processuais pelas partes e sistema de customização processual compartilhada – a cooperação e a segurança jurídica.....	76
3.5.3. A compatibilidade dos negócios jurídicos processuais com os escopos ou objetivos do processo: a tutela jurisdicional aos jurisdicionados e a compatibilidade com os escopos ou objetivos públicos do processo	84
3.6. O ART. 190 DO CPC/2015: PAPEL E NATUREZA (CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIABILIDADE PROCESSUAL)	88
4. A EXISTÊNCIA, A VALIDADE E A EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS - A TEORIA GERAL DOS FATOS JURÍDICOS E SUA APLICAÇÃO AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS.....	92
5. A EXISTÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS	96
5.1. O(S) SUJEITO(S) QUE PRATICA(M) O ATO.....	98
5.1.1. O conceito de parte do negócio jurídico processual atípico	98
5.1.2. O juiz como parte do negócio jurídico processual atípico	100
5.2. A(S) DECLARAÇÃO(ÕES) DE VONTADE ORIENTADA AO DELINEAMENTO DOS EFEITOS PROCESSUAIS.....	108
5.3. O OBJETO SOBRE O QUAL RECAI(EM) A(S) DECLARAÇÃO(ÕES) DE VONTADE	111
5.3.1. As situações jurídicas processuais.....	114
5.3.2. O procedimento.....	119

5.4. A FORMA EM SENTIDO AMPLO: TEMPO, LUGAR E FORMA EM SENTIDO ESTRITO	122
6. A VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS	128
6.1. A CAPACIDADE DO(S) SUJEITO(S) QUE PRATICA(M) O ATO	129
6.1.1. As capacidades na teoria geral dos fatos jurídicos	129
6.1.2. As capacidades na teoria especial dos fatos processuais	130
6.1.3. A capacidade negocial processual	133
6.1.4. A capacidade negocial processual na distinção entre negócios jurídicos processuais atípicos prévios e incidentais	134
6.1.5. A capacidade negocial processual dos entes despersonalizados.....	135
6.1.6. A capacidade negocial processual “plena” e os incapazes	136
6.1.7. A capacidade postulatória	138
6.2. A PERFEIÇÃO JURÍDICA DA(S) DECLARAÇÃO(ÕES) DE VONTADE ORIENTADA AO DELINEAMENTO DOS EFEITOS PROCESSUAIS.....	142
6.2.1. Os vícios da vontade e os vícios sociais	142
6.2.2. A inserção abusiva em contrato de adesão	144
6.2.3. A manifesta situação de vulnerabilidade	146
6.3. A LICITUDE, A POSSIBILIDADE E A DETERMINAÇÃO OU DETERMINABILIDADE DO OBJETO SOBRE O QUAL RECAI(EM) A(S) DECLARAÇÃO(ÕES) DE VONTADE.....	150
6.3.1. A licitude do objeto do negócio jurídico processual atípico, sobre o qual recai(em) a(s) declaração(ões) de vontade.....	150
6.3.1.1. O panorama doutrinário.....	151
6.3.1.2. A (in)disponibilidade da tutela jurisdicional - “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição” (art. 190 do CPC/2015)	156
6.3.1.3. A disponibilidade (licitude) do objeto do negócio jurídico processual atípico, sobre o qual recai(em) a(s) declaração(ões) de vontade.....	164
6.3.1.3.1. Introdução	164

6.3.1.3.2. O poder de renúncia (disponibilidade <i>de</i>)	165
6.3.1.3.3. O poder de modificação (disponibilidade <i>sobre</i>)	168
6.3.1.3.4. O poder de modificação vs. a reserva de lei	173
6.3.1.3.5. O conflito entre princípios processuais fundamentais	174
6.3.1.4. A (in)disponibilidade do direito material	177
6.3.1.5. Conclusão parcial	179
6.3.2. A possibilidade do objeto do negócio jurídico processual atípico, sobre o qual recai(em) a(s) declaração(ões) de vontade	181
6.3.3. O objeto preciso, determinado ou determinável	184
6.4. A OBSERVÂNCIA DA FORMA PRESCRITA OU NÃO DEFESA EM LEI	186
6.5. O AJUSTE DO PROCEDIMENTO ÀS ESPECIFICIDADES DA CAUSA.....	188
6.6. O CONTROLE DA (IN)EXISTÊNCIA E DA (IN)VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS – A EXISTÊNCIA E A VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS EM VISÃO DINÂMICA	190
6.6.1. O controle da (in)existência.....	190
6.6.2. O controle da (in)validade	191
6.6.3. A imposição incidental da sanção de ofício ou a requerimento – o princípio da sanabilidade dos atos processuais	193
6.6.4. O princípio do autorregramento da vontade das partes, o contraditório prévio e a autonomia dos negócios jurídicos processuais	196
6.6.5. O controle da decisão do juiz	197
7. A EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS.....	199
7.1. A EFICÁCIA IMEDIATA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS – A REGRA E AS EXCEÇÕES.....	199
7.1.1. A regra	199
7.1.2. As exceções.....	202
7.2. OS LIMITES (SUBJETIVOS E OBJETIVOS) DA EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS	204

7.3. A APLICAÇÃO DA REGRA PROCESSUAL NEGOCIAL – A INTERPRETAÇÃO, PELO JUIZ, DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS.....	207
7.4. AS SANÇÕES AO INADIMPLEMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO.....	210
7.5. O FIM DA EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS.....	210
7.5.1. A sistematização de Antonio do Passo Cabral.....	211
7.5.2. A sistematização de Diogo Assumpção Rezende de Almeida	215
7.5.3. A sistematização de Lorena Miranda Santos Barreiros.....	216
7.5.4. A sistematização de Pedro Henrique Nogueira.....	217
7.5.5. Conclusão parcial.....	218
8. CONCLUSÕES	220
9. REFERÊNCIAS.....	223

1. INTRODUÇÃO

Até meados do século XIX, o direito processual civil não existia como ramo e disciplina autônomos do direito: era considerado parte do direito privado, especialmente do direito civil. O processo, assim, era definido apenas como o procedimento ou *modo de exercício dos direitos materiais*; não se considerava o processo como relação jurídica própria, com pressupostos e objeto próprios.

Somente a partir da segunda metade do século XIX, na Europa, é que os conceitos fundamentais do direito processual civil (de ação, de jurisdição e de relação jurídica processual, por exemplo) começaram a ser elaborados, o que lhe assegurou a *autonomia científica e didática* em relação ao direito material, fator fundamental para o seu desenvolvimento.¹

Mas esse fenômeno também foi caracterizado, em primeiro lugar, pela *superpublicização do direito processual civil* e, em segundo lugar, pelo *dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material*.

Por um lado, ressaltou-se o direito processual civil como ramo do *direito público*, pois suas regras disciplinam uma função estatal e uma relação jurídica de que é parte o juiz, agente estatal.² Por outro lado, ressaltou-se a *distinção entre a relação*

¹ Conforme, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “A segunda dessas fases (autonomista, conceitual) teve origem na famosa obra com que, em 1868, Oskar von Bülow proclamou em termos sistemáticos a existência de uma relação jurídica toda especial entre os sujeitos principais do processo – juiz, autor e réu - e que difere da relação jurídico-material litigiosa por seus sujeitos (a inclusão do juiz), por seu objeto (os provimentos jurisdicionais) e por seus pressupostos (os pressupostos processuais). A sistematização de ideias em torno da relação jurídica processual conduziu às primeiras colocações do direito processual como ciência, afirmados seu método próprio (distinto do método concernente ao direito privado) e seu próprio objeto. Essas ideias fundamentais abriram caminho a um fecundíssimo florescer de reflexões e obras científicas, especialmente da parte de alemães, austríacos e italianos” (Teoria geral do novo processo civil, n. 4, p. 18).

² Confira-se, nesse sentido, Oskar von Bülow: “Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica. Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública” (La teoría de las excepciones procesales..., cap. primeiro, n. 1, p. 1-2).

jurídica processual, necessariamente de direito público, e a *relação jurídica litigiosa* eventualmente existente entre as partes, de direito público ou de direito privado.³

Alude-se, nesta dissertação de mestrado, a *superpublicização* do direito processual civil e a *dogma* do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material para destacar os *extremos* a que foi conduzido o direito processual civil em suas relações, respectivamente, com o direito público (de que é *parte*) e com os demais ramos do direito material (*a cuja concretização se propõe*).

Em conjunto, a *superpublicização* do direito processual civil e o *dogma* do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material fundamentaram o *dogma da irrelevância da vontade das partes no processo*, segundo o qual a partir da instauração do processo, sujeita ao impulso particular, vigoraria o *impulso oficial*, garantia de prosseguimento do *procedimento previsto em lei*.⁴

³ Confirma-se, mais uma vez, Oskar von Bülow: “*La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común*” (*La teoría de las excepciones procesales...*, cap. primeiro, n. 1, p. 2).

⁴ Conforme, por exemplo, a síntese de Leonardo Carneiro da Cunha: “*Esse pensamento formou o dogma da irrelevância da vontade no processo, pois não seria possível vincular o juiz à vontade de quem se encontrasse em posição de inferioridade [superpublicização do direito processual civil]. Logo, seria irrelevante a vontade das partes no processo. O dogma da irrelevância da vontade no processo decorre, ainda, do estigma de separar o direito processual do direito material [dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material]*” (“Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, n. 4.1.2, p. 50). Sobre o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo, confirma-se, ainda, a síntese de Paula Costa e Silva: “*O dogma da irrelevância da vontade nos actos adjectivos das partes pode materializar-se num conjunto de afirmações que é comum encontrar na doutrina quando colocada perante os problemas da relevância dos vícios da vontade nos actos das partes e, mais raramente, da interpretação destes actos: a vontade não tem qualquer relevância na produção de efeitos pelo acto processual; não havendo qualquer ligação entre a vontade e a produção de efeitos, o sentido juridicamente relevante do acto processual é o sentido objectivo, estando vedado o recurso a elementos estranhos à declaração; não havendo qualquer ligação entre a vontade e a produção de efeitos pelo acto processual, este não pode ser destruído com fundamento em erro, quer se trate de erro na declaração, quer se trate de erro na formação da vontade; sendo, porém, os actos processuais revogáveis, ao invés do que sucede com os actos sujeitos ao direito material, o que se não consegue através da aplicação do regime das invalidades de direito material, que pressupõem a relevância da intenção do autor do acto, obtém-se através do instituto da revogação; as afirmações precedentes devem, pelo menos, ser reponderadas quando o acto em causa possa qualificar-se como um negócio processual; caso seja de aceitar a categoria do negócio processual pode admitir-se que neste revele uma intenção em termos totalmente diversos daqueles em que essa intenção releva nos actos processuais não negociais. A esta cadeia de afirmações subjaz sempre um mesmo argumento: o da irrelevância da vontade do autor do acto processual na determinação dos efeitos que este acto*

De acordo com o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo, a lei é a única fonte do direito processual civil, aplicável independentemente e *mesmo contra a vontade das partes*.⁵ Observado o princípio dispositivo na instauração do processo, o desenvolvimento deste se dá, em regra, pois ressalvadas as exceções previstas em lei, independentemente da vontade das partes.⁶

Na relação jurídica processual, assume protagonismo o juiz, agente estatal responsável por conduzir o processo ao atingimento de objetivos ou escopos *prioritariamente públicos*. A importância do papel das partes na condução do processo, porque seus objetivos ou escopos são sempre particulares, é diminuída em razão da importância atribuída ao papel do juiz.⁷

produz. Afirma-se que os efeitos do acto processual não seriam moldáveis. A única circunstância que se encontraria na disponibilidade da parte seria a opção pela prática ou não do acto previsto numa sequência predeterminada pelo legislador. À parte nada mais seria conferido do que a liberdade de actuar. No entanto, qualquer que fosse a opção da parte, os efeitos desencadeados por esta opção seriam tabelados. Para a evolução do processo seria totalmente irrelevante que a parte quisesse ou não os efeitos preestabelecidos. Estes produzir-se-iam automaticamente, com total desconsideração pela intenção do autor do acto bastando o simples preenchimento de um dos dois tipos possíveis: ou havia sido praticado o acto de sequência previsto pelo legislador, circunstância em que seriam desencadeados os efeitos x, ou não havia sido praticado aquele acto, caso em que seriam produzidos os efeitos y” (Acto e processo, § 1.º, n. 1, p. 19-20).

⁵ Confira-se, por todos, Arruda Alvim Netto: “Um primeiro aspecto que se deve ter presente, no estudo da norma processual civil, é o de que ela é, predominantemente, uma norma de direito público e, de regra, uma norma cogente ou de ordem pública (...). A ‘norma cogente’ ou de ‘ordem pública’, desde que ocorram os pressupostos de seu funcionamento, necessariamente incide no caso concreto, uma vez verificados no plano empírico os fatos a que se referem os seus elementos definitórios, independentemente da vontade dos interessados e mesmo contra tais vontades, que são impotentes (= irrelevantes) para impedir a sua incidência, a qual é, assim, inexorável (...). Mas, conquanto existam, no direito processual civil, algumas normas dispositivas, na sua imensa maioria elas são cogentes. É característica da norma processual civil o não ser possível afastar sua incidência nem às partes, nem ao juiz. Assim, está excluída a possibilidade de um processo convencional” (Manual de direito processual civil, vol. 1, n. 35, p. 122-123).

⁶ Conforme, por exemplo, afirma Diogo Assumpção Rezende de Almeida: “A base de todo o modelo publicista do início do século XX era, pois, a modificação do escopo da jurisdição, que deixa de ser a consecução dos objetivos almejados pelas partes para se tornar a concretização dos interesses públicos. Conquanto seja o jurisdicionado quem veicule uma pretensão em juízo, seu papel é de mero provocador da função estatal até então inerte, a qual, a partir daí, passa a caminhar sozinha e com interesses não necessariamente coincidentes com aqueles buscados pelo autor. A famosa teoria chiovendiana de atividade jurisdicional como atuação da vontade concreta da lei reflete bem os fundamentos do publicismo. Desse pensamento também se extrai a ideia de que o Poder Judiciário não possui a função de satisfazer o interesse das partes, mas sim os interesses do Estado” (A contratualização do processo, n. 2.3.1.2, p. 71-72).

⁷ Confira-se, nesse sentido, como Hernando Devis Echandía considerava o papel do juiz em relação ao papel das partes: “Los actos procesales de las partes se ejecutan por un motivo especial que su autor tiene o con un fin concreto y subjetivo que persigue (que no es el fin general del proceso, naturalmente); es decir, las partes obran impulsadas por su propio interés. En cambio, el juez representa únicamente el interés del Estado o de la sociedad en la realización normal de la justicia; es decir, el fin que el juez persigue (salvo que obre con mala fe o colusión) es el mismo del proceso

Naturalmente, a superpublicização do direito processual civil e o dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material caracterizaram também o direito processual civil brasileiro do século XX. Com efeito, é a conclusão que se extrai, por exemplo, das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil de 1939⁸ e de 1973^{9,10}.

Contudo, a partir da segunda metade do século XX e mais tarde no Brasil, diante da constatação de que o processo não oferecia a tutela jurisdicional *justa, efetiva e em tempo razoável* que dele se esperava, a publicização do direito processual civil foi redimensionada e o dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material foi relativizado.

Assim, atualmente, além dos tradicionais escopos ou objetivos públicos do processo (sociais, políticos e jurídico), atribui-se ao processo o escopo ou objetivo particular de *prestar tutela jurisdicional aos jurisdicionados*, solucionando de forma justa, efetiva e em tempo razoável os litígios.¹¹

Atualmente, ainda, considera-se que da relação jurídica processual, relação jurídica de direito público em que tradicionalmente prevaleceu a figura do juiz, as

(...). *El sujeto principal de la relación jurídica procesal y del proceso es el juez*” (*Teoría general del proceso*, n. 157, p. 288-289).

⁸ Confira-se: “À concepção dualística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo (...). Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina (...) o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado (...). À pluralidade de ações do processo em vigor ainda faz corresponder uma pluralidade de formas. O projeto reduziu todas as ações a uma forma única”.

⁹ Confira-se: “O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos”.

¹⁰ Em síntese, confira-se Robson Renault Godinho: “No processo civil brasileiro, há dois dados fundamentais que indicam o caminho cultural e ideológico da formação da teoria processual. O primeiro relaciona-se com a história política do século vinte, especialmente nos momentos em que houve as codificações processuais, em que havia reconhecida postura autoritária e prevalecia o escopo de concentrar poderes nas mãos do Estado. O segundo dado vincula-se a uma influência doutrinária europeia que moldou toda a doutrina daquele tempo, com evidente influência na doutrina posterior e, conseqüentemente, na atual” (*Negócios processuais...*, cap. II, n. 1, p. 48-49).

¹¹ Conforme sustentam, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “Nossa Constituição exige a colocação da tutela dos direitos como fim do processo civil. Sendo o Estado Constitucional ancorado na pessoa humana e o Estado de Direito nele implicado fundamentado na segurança jurídica, a finalidade óbvia colimada ao processo civil só pode estar na efetividade dos direitos proclamados pela ordem jurídica. O Estado Constitucional existe para promover os fins da pessoa humana – e isto quer dizer que o processo civil no Estado Constitucional existe para dar tutela aos direitos” (*Novo curso de processo civil*, vol. 1, parte II, n. 5.3, p. 288).

partes e o juiz participam em situação *de contraditório e coordenação*: aquelas têm o *direito de participar* e este o *dever de colaborar* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6.º do CPC/2015).¹²

A relativização do dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material, por sua vez, representou o abandono da ilusão de que todo e qualquer litígio, envolvendo toda e qualquer pessoa e todo e qualquer direito material poderia ser adequadamente solucionado por um procedimento único e inflexível, indiferente às diferentes situações de direito material.¹³

O redimensionamento da publicização do direito processual civil e a relativização do dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material não infirmam a autonomia do direito processual civil: trata-se, apenas, de eliminar os excessos que conduziram o direito processual civil, no século XIX, a posições extremas (como visto, nas suas relações com o direito público e com os demais ramos do direito material).

De qualquer forma e apesar do redimensionamento da publicização do direito processual civil e da relativização do dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material, o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo vigorou ainda por muito tempo no direito processual civil, especialmente no direito processual civil brasileiro.

Apesar do recente desenvolvimento de meios de solução dos litígios com fundamento na vontade das partes (como a arbitragem, por exemplo), foi somente a

¹² Sobre o princípio da cooperação, confira-se Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “O Código de Processo Civil consagrou expressamente o princípio da cooperação (art. 6.º). Esse princípio impõe ao juiz, partes e demais sujeitos da relação processual que atuem de modo coordenado em vista do objetivo final do processo. Não se ignora o antagonismo estabelecido entre as partes. Tampouco se pode desconsiderar que, em primeiro lugar, cada parte tem o direito de, nos limites da boa-fé, exercer todas as faculdades processuais possíveis para obter no processo o resultado que lhes seja o mais favorável possível. No entanto, nada disso afasta a consideração de que o único objetivo a que legitimamente se pode aspirar no processo é uma tutela jurisdicional justa e oportuna. Esse escopo é idêntico para todos os sujeitos do processo – e ele serve de pauta e meta para o dever de cooperação” (Curso avançado de processo civil, vol. 1, n. 3.19, p. 82-83).

¹³ Confira-se, por todos, José Roberto dos Santos Bedaque: “O desenvolvimento da ciência processual exige a concepção de um instrumento perfeitamente adequado aos fins a que se propõe. Daí a necessidade de – diante da realidade material, das novas conquistas verificadas no plano dos direitos – criar modelos processuais compatíveis com as necessidades verificadas no plano substancial e aptos a solucionar essa gama enorme de novos conflitos, até então inconcebíveis. Para ser justo, não pode o processo prescindir das diferentes realidades litigiosas” (Direito e processo, n. 14, p. 59).

partir do Código de Processo Civil de 2015 que, pode-se dizer, abandonou-se definitivamente o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo no direito processual civil brasileiro.¹⁴

Afinal, o Código de Processo Civil de 2015, além de diversos negócios jurídicos processuais *típicos*, prevê a celebração de negócios jurídicos processuais *atípicos* (art. 190), através dos quais sujeitos podem negociar, em regra com eficácia imediata (art. 200), sobre o procedimento, “para ajustá-lo às especificidades da causa”, e/ou sobre situações jurídicas processuais (“ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”).

Através de negócios jurídicos processuais, típicos e atípicos, as regras processuais positivas podem ser substituídas por regras processuais negociais. Assim, as partes assumem papel de relevância não apenas na instauração do processo, mas também em seu desenvolvimento. Conseqüentemente, partes e juiz têm igual responsabilidade pela obtenção de tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável.

¹⁴ Conforme, por exemplo, Bruno Garcia Redondo: “*Ante a clareza da redação dos arts. 190 e 200 do CPC/2015, não há como negar que o novo diploma consagrou, expressamente, três novidades muito significativas: (i) princípio da adequação procedimental (especialmente a negocial, ao permitir que as partes promovam adaptações no procedimento); (ii) cláusula geral de atipicidade de negócios processuais (ampla liberdade das partes para convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais); e (iii) princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes (eficácia imediata das declarações unilaterais ou bilaterais de vontade das partes, capazes de produzir, de plano, a constituição, a modificação e a extinção de direitos processuais, independentemente de homologação pelo juiz, ao qual é permitido o controle somente a posteriori e restrito aos defeitos relativos aos planos da existência e da validade das convenções). O sistema do Código de 2015 é baseado, portanto, em premissas profundamente diferentes das que imperaram durante a égide do Código de 1973: ampliação dos poderes das partes para adequação do procedimento e preponderância da vontade das partes sobre a do juiz, no que tange à disposição sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Ditas novidades romperam com o sistema do Código de 1973, ao se basearem em mudança de paradigma que deve gerar, obrigatoriamente, conseqüências e conclusões diversas daquelas com as quais o operador do direito estava acostumado até então*” (“Negócios processuais: necessidade...”, n. 5, p. 396-399). Com visão bem mais cética, confira-se, porém, o que afirma Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.: “*É questionável a asserção de que o CPC/2015 instituiu o princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo. Instituiu mesmo? No regime do CPC/73, já não deve haver respeito à autonomia da vontade no processo? As características que se têm apontado para defender a criação, pelo CPC/2015, do princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo (...) já estão todas presentes, embora que com menor nitidez, no sistema processual do CPC/73 (...). Ou seja, o que muda do CPC/73 para o CPC/2015 é apenas a área de abrangência das normas cogentes (proibitivas ou impositivas) – que se afiguram como um limite geral de validade dos negócios jurídicos -, que é sobremaneira reduzido*” (“Negócios jurídicos materiais e processuais...”, n. 1, p. 290-291).

Portanto, as consequências extraídas do tradicional dogma da irrelevância da vontade das partes no processo são atualmente relativizadas, apesar da resistência ao pejorativamente denominado fenômeno de “contratualização do processo civil”.¹⁵ De qualquer forma, é destacada, no Código de Processo Civil de 2015, a previsão de negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190), em virtude de sua capacidade relativizadora do dogma da irrelevância da vontade das partes no processo.

TEMA E OBJETIVO

O tema desta dissertação de mestrado, portanto, é o negócio jurídico processual atípico, previsto no art. 190 do CPC/2015: os sujeitos podem celebrar negócios jurídicos processuais atípicos para ajustar o procedimento às especificidades da causa e/ou para negociar sobre situações jurídicas processuais (“ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”).

Mais especificamente, o objetivo desta dissertação de mestrado é examinar o *objeto lícito* dos negócios jurídicos processuais atípicos (sem ignorar, todavia, os demais elementos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia) e os reflexos da *(in)disponibilidade da tutela jurisdicional* e da *(in)disponibilidade do direito material* sobre a validade e a eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos.

¹⁵ Confira-se, nesse sentido, o que afirmam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ao tratarem do que consideram o “*problema da contratualização do procedimento no novo Código de Processo Civil*”: “*A tendência do processo à sua privatização, evidenciada, dentre outras figuras, pela ampliação da possibilidade de acordos processuais, é comum em países nos quais o processo civil está atrelado a litígios privados (...). Porém, olhando-a de modo mais distante, é fácil perceber que a jurisdição tem funções muito mais amplas, que não podem ser resumidas à solução da controvérsia das partes. Por isso se mostra preocupante essa virada do processo em direção a centrar suas preocupações na resolução do litígio e, particularmente, no interesse das partes envolvidas (...). Essa privatização do processo civil simplesmente desconsidera todos os outros compromissos da jurisdição com seus mais elevados fins. Ao eleger a tutela do interesse das partes como primordial, o Código menospreza todos os outros valores que conformam o Estado e a atividade jurisdicional*” (Novo curso de processo civil, vol. 1, parte IV, n. 3.6.1.3, p. 535). Contudo, como destaca Fredie Didier Jr., “é curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p. ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na ciência do direito processual e no próprio direito processual civil” (“Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil”, n. 2, p. 33)

RELEVÂNCIA DO TEMA

Os negócios jurídicos processuais, especialmente atípicos, destacam-se como um dos temas mais examinados pela doutrina, desde o início do processo legislativo que resultou no Código de Processo Civil de 2015, em palestras, monografias, obras gerais sobre direito processual civil brasileiro, capítulos de obras coletivas e artigos em periódicos, ressaltando sua relevância.

Mais do que isso, todavia, a relevância do tema está em sua própria funcionalidade: os negócios jurídicos processuais atípicos são instrumentos à disposição dos sujeitos com a função de adaptar as regras processuais ao caso concreto, a fim de assegurar a prestação de tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável exigida pela Constituição Federal (art. 5.º, XXXV e LXXVIII).

Por um lado, para que efetivamente sejam celebrados negócios jurídicos processuais atípicos, é necessário conhecimento adequado, especialmente sobre os seus elementos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia – em outros termos, sobre os seus limites. Por outro lado, o tema oferece novos pontos de vista ao direito processual civil brasileiro, em que tradicionalmente vigorou o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo.

MODO DE CITAÇÕES

As citações são diretas, por duas razões e não sem reflexão sobre o trecho citado: a primeira razão, subjetiva, é a preferência do autor que decorre da segunda razão, objetiva, que consiste em assegurar fidelidade às ideias dos outros autores.

Assim, evita-se que o leitor seja *obrigado* a consultar as obras de que os trechos citados foram extraídos e se elimina o risco de notas meramente remissivas, essas sim de pouca ou nenhuma utilidade.

Em contrapartida, à exceção de uma única citação direta realizada no corpo do texto, todas as citações diretas são postas em nota de rodapé, permitindo assim que a leitura da dissertação de mestrado não seja necessariamente interrompida.

2. A TEORIA DOS FATOS PROCESSUAIS

2.1. A RELAÇÃO ENTRE A TEORIA (GERAL) DOS FATOS JURÍDICOS E A TEORIA (ESPECIAL) DOS FATOS PROCESSUAIS

A processualidade não se opõe à juridicidade. Ao contrário, a processualidade *pressupõe* a juridicidade: os fatos *processuais* em sentido amplo são, também, fatos *jurídicos* em sentido amplo; o fato *pode ser* processual, *desde que seja* jurídico.¹⁶ Portanto, a teoria (especial) dos fatos processuais é a versão, que pertence ao direito processual, da teoria (geral) dos fatos jurídicos, que pertence à teoria do direito.¹⁷

Contudo, de acordo Lorena Miranda Santos Barreiros, a autonomização do direito processual civil (caracterizada pela superpublicização do direito processual civil e pelo dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material – v. n. 1, acima) impediu o desenvolvimento de uma teoria dos fatos processuais, já que a teoria dos fatos jurídicos pertenceria ao direito privado.¹⁸

¹⁶ Conforme, por exemplo: “A *atividade desenvolvida no processo, porque atividade juridicamente relevante, é atividade que produz efeitos de direito, quer se traduza em ações materiais, condutas reais, quer se consubstancie em pronúncias e declarações de vontade. Compõe-se, portanto, de atos disciplinados pelo direito, atos jurídicos, portanto, mas revestidos de algo que lhes dá especificidade no universo dos atos jurídicos. Eles são atos jurídicos processuais, atos processuais como geralmente designados*” (Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades...*, n. 29, p. 43-44); “*É hoje bem aceita, embora não seja recente, a afirmação segundo a qual os atos processuais são, antes de tudo, atos jurídicos*” (Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira, *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, § 1.º, n. 3, p. 31).

¹⁷ Confira-se, nesse sentido, Pedro Henrique Nogueira: “*O conceito de fato jurídico constitui uma noção lógico-jurídica (ou também chamado de ‘conceito jurídico fundamental’). Disso resulta a sua aplicabilidade ao direito processual e ao direito processual civil em particular. Da teoria do fato jurídico, situada, como visto, na teoria geral do direito, é possível construir uma teoria dos fatos jurídicos processuais. Isso significa sistematizar os diversos fatos jurídicos verificáveis no fenômeno processual. O lugar adequado ao seu enfoque é a teoria geral do processo, a qual é a parte da ciência do direito processual que se ocupa em estudar e sintetizar os conceitos fundamentais válidos para todos os ramos das ciências processuais, sistematizando seu conhecimento*” (*Negócios jurídicos processuais*, cap. II, n. 1, p. 43).

¹⁸ Confira-se: “*As necessidades de reforçar a natureza pública do processo e de segregar o direito processual do direito material, afirmando, assim, a sua autonomia científica, frustraram o adequado desenvolvimento de uma teoria dos atos processuais, sobretudo porque a teoria do fato jurídico foi estudada e aprimorada, principalmente, no âmbito do direito privado. Estando o processo sob o pálio do dogma da irrelevância da vontade, a categoria dos negócios jurídicos processuais tampouco encontrou solo propício para ali se desenvolver*” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.2, p. 115).

A existência de uma teoria *geral* dos fatos jurídicos necessariamente significa, em primeiro lugar, que existem teorias *especiais* dos fatos jurídicos, como é a teoria especial dos fatos processuais; em segundo lugar, que a teoria geral dos fatos jurídicos se põe como pressuposto das teorias especiais dos fatos jurídicos, dentre elas a teoria dos fatos processuais.

A teoria geral dos fatos jurídicos, porém, é *apenas* pressuposto das teorias especiais dos fatos jurídicos, porque estas redefinem aquela com base nas peculiaridades do ramo do direito a que pertencem. Com efeito, assim ocorre com a teoria dos fatos processuais, que pertence ao direito processual civil, ramo do direito público.

2.2. O CRITÉRIO ATRIBUTIVO DA QUALIDADE PROCESSUAL AOS FATOS JURÍDICOS EM SENTIDO AMPLO

Como visto, os fatos processuais em sentido amplo são, também, fatos jurídicos em sentido amplo (v. n. 2.1, acima). Calmon de Passos, nesse sentido, nota que há “*algo que lhes dá especificidade no universo dos atos jurídicos*”¹⁹, atribuindo-lhes qualidade processual: trata-se precisamente do *critério atributivo da qualidade processual* aos fatos jurídicos em sentido amplo.

Controverte-se sobre qual o critério atributivo da qualidade processual aos fatos jurídicos em sentido amplo, sobre o que, exatamente, confere ao fato jurídico em sentido amplo a qualidade processual. Destacam-se, nesse sentido, a tese da sede (processual) da ocorrência do fato, a tese do sujeito (da relação jurídica processual) praticante do ato e a tese dos efeitos (processuais) gerados pela ocorrência do fato.²⁰

¹⁹ Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades...*, n. 29, p. 44.

²⁰ Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira afirmam que existem quatro teses, em atenção àquela de Calmon de Passos: “a) *alguns entendem que é suficiente o produzir efeitos no processo para que o ato seja havido como processual*; b) *há quem o vincule aos sujeitos da relação processual: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo de processual*; c) *há também os que exigem tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo à sede do ato especial relevo*; d) *há quem entenda que ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais (conceito mais amplo do que o de sujeitos da relação processual)*” (*Teoria dos fatos jurídicos processuais*, § 1.º, n. 3, p. 31-32). Confira-se a tese de Calmon de Passos: “O ato, para ser entendido como ato processual, não somente deve ser um ato integrante do conjunto de atos que constituem o processo e com eficácia para o processo, mas também uma terceira exigência se deve somar às duas precedentes – sendo ato do processo e

Segundo a tese da sede da ocorrência do fato, fato processual em sentido amplo seria apenas aquele ocorrido na *relação jurídica processual*.²¹ Consequentemente, não existiriam fatos processuais em sentido estrito, porque não ocorrem na relação jurídica processual; existiriam apenas atos processuais, desde que e porque praticados na relação jurídica processual.²²

Segundo a tese do sujeito praticante do ato, por sua vez, fato processual em sentido amplo seria apenas aquele praticado por *sujeito da relação jurídica processual*. Consequentemente, não existiriam fatos processuais em sentido estrito, nem atos processuais antes da instauração da relação jurídica processual, na medida em que nem mesmo existiriam sujeitos da relação jurídica processual.

A tese do sujeito praticante do ato, porém e segundo Calmon de Passos, ignora “o fato irrecusável de que o processo é um conjunto de atos (...), muitos dos quais são praticados por quem não é sujeito da relação processual”; significa “levar em conta menos do que a realidade impõe seja considerado”, pois “a atividade processual (...) não é atividade apenas dos sujeitos da relação processual”.²³

com efeitos no ou para o processo, ele também deve ser ato que só no processo pode ser praticado” (*Esboço de uma teoria das nulidades...*, n. 28, p. 43).

²¹ Confira-se, por exemplo, Arruda Alvim Netto: “O ato processual é ato jurídico inserido na relação jurídica processual (processo) (...). O ato, para ser processual, tem que ser necessariamente praticado no processo, ou sempre trazido a este. Todo e qualquer ato relativo ao processo, mas materialmente elaborado antes do início ou fora deste, somente adquirirá relevância jurídica e, então, produzirá efeitos, precisamente, quando for constituído o processo. É neste sentido que se há de ler o art. 158, caput. A palavra imediatamente, do art. 158, caput, há de ser interpretada como significando que os atos produzem imediatamente efeitos processuais, desde que trazidos ao processo, e não a partir da manifestação unilateral, ou mesmo bilateral (negócios processuais), mas antes de levadas, uma e outros, ao juiz” (*Manual de direito processual civil*, vol. 1, n. 142, p. 462).

²² Conforme sustentava, por exemplo, Calmon de Passos: “(...) se é exato existirem eventos naturais que têm influência sobre o processo, tais eventos não podem ser considerados fatos processuais, no sentido de fato jurídico no processo. Isto porque o processo, por um lado, somente pode ser uma série de atos, vale dizer, de fatos do homem, e, por outro lado, os acontecimentos naturais com eventual influência sobre a relação processual verificam-se fora do processo, com uma razão própria de ser e de produzir-se, através de um complexo de causas e de efeitos estranhos ao processo e que só indiretamente influem sobre ele. No processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei prequalifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo e, por força dessa exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais. Os fatos naturais, em verdade, podem ser apenas objeto de atos processuais e são a estes que se associam os efeitos jurídicos, não àqueles” (*Esboço de uma teoria das nulidades...*, n. 51, p. 64-65).

²³ Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades...*, n. 29, p. 44-45.

Por fim, segundo a tese dos efeitos gerados pela ocorrência do fato, fato processual em sentido amplo é todo aquele fato jurídico com *eficácia processual*, isto é, com capacidade *em tese* de produzir efeitos processuais (criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais ou a modificação do procedimento) em um processo atual ou futuro e apenas eventual. Com efeito, esta é, aparentemente, a tese majoritariamente adotada no direito processual civil brasileiro.²⁴

Pedro Henrique Nogueira adota tese similar, mas entende “*ser um elemento completante do núcleo do suporte fático do fato jurídico processual a existência de um procedimento a que se refira*”, de modo que “*sem a pendência do procedimento, portanto, pode até haver fato jurídico (lato sensu), mas não há fato jurídico processual. A processualidade fica condicionada ao surgimento de um procedimento*”.²⁵⁻²⁶

Mais adiante, porém, o autor reconhece a existência de uma situação jurídica processual *antes da existência* do processo a que se refere, o que se afigura contraditório.²⁷ Afinal, existe situação jurídica processual, se e porque existe fato

²⁴ Confira-se, por exemplo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 212, p. 357; Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.1.2, p. 51; Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.2, p. 115-116; Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 3, p. 377-378; José Eduardo Carreira Alvim, *Elementos de teoria geral do processo*, cap. XII, p. 217 e nota de rodapé 7; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.2.2.1, p. 121-122; Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 26.1, p. 481; Paula Sarno Braga, “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência”, n. 3.1, p. 309; Sergio Bermudes, *Introdução ao processo civil*, cap. VI, n. 6, p. 113.

²⁵ Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. II, n. 2.9.2, p. 73.

²⁶ Confira-se, ainda e do mesmo autor, em coautoria com Fredie Didier Jr. e em 2013: “*Não há fato jurídico processual que não se possa relacionar a algum processo (procedimento) existente, mas há fatos processuais não integrantes da cadeia procedimental, desde que ocorridos enquanto pendente o procedimento a que estejam relacionados*” (Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira, *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, § 1.º, n. 3, p. 33).

²⁷ Confira-se: “*As situações jurídicas são efeitos de fatos jurídicos, os quais, por sua vez, funcionam como sua causa (...). Assim, embora as situações jurídicas possam surgir no mundo jurídico fora de um procedimento, todas elas estão dirigidas ao exercício em um procedimento (v.g., a legitimidade processual das partes é situação jurídica, que pode surgir antes da propositura da demanda, mas que deve ser exercida no procedimento)*” (Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. II, n. 3, p. 75). Confira-se, ainda, Robson Renault Godinho: “*(...) os fatos jurídicos processuais lato sensu 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. Nesse sentido, como esclarece Pedro Nogueira, não há fato jurídico processual que não se possa relacionar a algum processo (procedimento) existente*” (*Negócios processuais...*, cap. III, n. 3, p. 122). O autor se põe em idêntica contradição: “*Parece-me que, pelas razões expostas nos itens antecedentes, configura-se neste dispositivo o reconhecimento de que se trata de um ato processual em sentido amplo, independentemente de ser celebrado antes ou no decorrer de procedimento específico. Ou seja: trata-se de negócio jurídico cujos efeitos repercutem em um procedimento atual ou futuro, sem qualquer confinamento temporal ou topográfico, o que revela*

jurídico processual; se a situação jurídica processual existe antes da existência do processo, isso significa que a existência do processo é irrelevante para a existência do fato jurídico processual.

De qualquer forma, a possibilidade de celebrar negócios jurídicos processuais atípicos antes da existência de relação jurídica processual (art. 190 do CPC/2015) (portanto, antes da existência da relação jurídica processual que poderá nunca existir e por quem não é sujeito da relação jurídica processual e poderá nunca ser) reforça a rejeição tanto à tese da sede da ocorrência do fato quanto à tese do sujeito praticante do ato como critérios atributivos da qualidade processual aos fatos jurídicos.

2.3. O CONCEITO DE FATO PROCESSUAL EM SENTIDO ESTRITO

Com base na teoria geral dos fatos jurídicos e no critério atributivo da qualidade processual aos fatos jurídicos em sentido amplo (v. n. 2.1 e 2.2, acima), o fato processual em sentido estrito é o fato, capaz em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual, previsto em hipótese de incidência de norma jurídica que não contém, como elemento essencial, qualquer ato humano.²⁸

Por isso, trata-se de *fato* e não *ato*.

importante evolução técnica, já que persistem entendimentos doutrinários no sentido de que se trataria de negócio extrajudicial” (Negócios processuais..., cap. VI, n. 2, p. 239).

²⁸ Confira-se o conceito de fato processual em sentido estrito de Lorena Miranda Santos Barreiros: “Os fatos jurídicos processuais stricto sensu são fatos naturais ou biológicos (não humanos), exteriores ao procedimento, que sofreram a incidência de norma processual que os contemplava abstratamente em seu suporte fático, conferindo tal incidência aptidão ao fato para produção de efeitos em procedimento a si contemporâneo” (Convenções processuais e Poder Público, n. 2.2.2.1, p. 122). Contudo, é incompreensível a restrição do conceito de fato processual em sentido estrito a “procedimento a si contemporâneo”, porque a autora conceitua o fato processual em sentido amplo como “o fato ou complexo de fatos da vida (seja ele fenômeno natural, conduta avolitiva ou exteriorização de vontade), ocorrido dentro ou fora de um procedimento, que, tendo figurado como suporte fático de uma norma processual e sofrido, em razão disso, a incidência da referida norma, encontra-se apto a produzir efeitos jurídicos em procedimento atual ou futuro” (Lorena Miranda Santos Barreiros, Convenções processuais e Poder Público, n. 2.2.2.1, p. 121-122). Conforme, ainda e na teoria geral dos fatos jurídicos, Pontes de Miranda: “Fatos jurídicos stricto sensu são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles, ato humano, ainda que, antes da entrada deles no mundo jurídico, o tenha havido; e.g., nascimento, morte, idade; adjunção, mistura, confusão, produção de frutos, aparição de ilha” (Tratado de direito privado, t. II, § 160, n. 1, p. 257).

O parentesco, por exemplo, é fato processual em sentido estrito: trata-se de fato, capaz em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual, previsto em hipótese de incidência de norma jurídica (art. 144, III, IV e VIII, do CPC/2015) que não contém, como elemento essencial, qualquer ato humano.

2.4. O CONCEITO DE ATO-FATO PROCESSUAL

Com base na teoria geral dos fatos jurídicos e no critério atributivo da qualidade processual aos fatos jurídicos em sentido amplo (v. n. 2.1 e 2.2, acima), o ato-fato processual é o ato *humano*, capaz em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual, previsto em hipótese de incidência de norma jurídica que não contém, como elemento essencial, ato humano *de vontade orientada à produção de efeitos processuais*.²⁹⁻³⁰

O ato com manifesto propósito protelatório é exemplo de ato-fato processual: trata-se de ato humano, capaz em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual, previsto em hipótese de incidência de norma jurídica (art. 311, I, do CPC/2015) que *não contém*, como elemento essencial, ato humano *de vontade orientada à produção de efeitos processuais*.

O ato-fato processual se distingue do fato processual em sentido estrito (v. n. 2.3, acima) em razão de a hipótese de incidência da norma jurídica respectivamente conter ou não conter, como elemento essencial, ato humano. Contudo, no ato-fato

²⁹ Confira-se, nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira: “Os atos-fatos processuais são os fatos jurídicos em que, apesar de produzidos por ação humana, a vontade de praticá-lo é desprezada pelo direito; daí serem atos recebidos pela ordem jurídica como fatos, em razão de se abstrair o elemento ‘vontade humana’ presente nos atos jurídicos (atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos)” (*Teoria dos fatos jurídicos processuais*, § 1.º, cap. II, n. 2.2, p. 45).

³⁰ Confira-se, na teoria geral dos fatos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello: “Há outras espécies cujo suporte fático prevê uma situação de fato, a qual, no entanto, somente pode materializar-se como resultado de uma conduta humana (...). É evidente que a situação de fato criada pela conduta, comissiva ou omissiva, constitui uma mudança permanente no mundo, passando a integrá-lo definitivamente, sem que haja a possibilidade de, simplesmente, ser desconsiderada (como seria possível se se tratasse, exclusivamente, de conduta). Como o ato que está à base da ocorrência do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, se houve, ou não, vontade em praticá-lo” (*Teoria do fato jurídico: plano da existência*, § 34, p. 168).

processual, a hipótese de incidência da norma jurídica não contém, como elemento essencial, ato humano *de vontade orientada à produção de efeitos processuais* – razão pela qual o ato-fato processual se distingue do ato processual em sentido estrito (v. n. 2.5, abaixo).

Por isso, diz-se que, no ato-fato processual, o *ato* exaure-se no *fato* e, portanto, trata-se de *ato-fato*: a hipótese de incidência da norma jurídica contém como elemento essencial o ato considerado como fato.³¹

2.5. O CONCEITO DE ATO PROCESSUAL EM SENTIDO ESTRITO

Com base na teoria geral dos fatos jurídicos e no critério atributivo da qualidade processual aos fatos jurídicos em sentido amplo (v. n. 2.1 e 2.2, acima), o ato processual em sentido estrito é o ato humano, capaz em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual, previsto em hipótese de incidência de norma jurídica que contém, como elemento essencial, ato humano *de vontade orientada à produção de efeitos processuais*, mas *não* ato humano *de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais*.³²⁻³³

A constituição de prova de inadimplemento de prestação do credor é exemplo de ato processual em sentido estrito: trata-se de ato humano, capaz em tese de

³¹ Confira-se, nesse sentido e por todos, Calmon de Passos: “*Ainda quando se cuide de fato do homem (ato, acontecimento no qual a vontade é relevante) o direito prescreve como se na hipótese operasse com um fenômeno do mundo físico, preocupando-se apenas, para a imputação, com a relação de causalidade. Se o fato material “A” existiu e dele foi causa o agir do homem, a consequência lhe é imputada. Nada se perquire quanto a suas razões, motivos ou objetivos (...). Exemplos pertinentes seriam as hipóteses de responsabilidade objetiva e todo o campo dos chamados atos-fatos jurídicos, vale dizer, atos que o direito trata como se de mero fato natural se cuidasse*” (*Esboço de uma teoria das nulidades...*, n. 17, p. 28).

³² Confira-se o conceito de ato processual em sentido estrito de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “(...) *ato voluntário preordenado à produção de um efeito jurídico processual, sobre o qual, contudo, a vontade do sujeito não tem como interferir*” (*Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 26.1.2, p. 483).

³³ Confira-se o conceito de ato jurídico em sentido estrito, na teoria geral dos fatos jurídicos, de Marcos Bernardes de Mello: “*A partir dessas observações, 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*” (*Teoria do fato jurídico: plano da existência*, § 43, p. 200).

produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual, previsto em hipótese de incidência de norma jurídica (art. 787 do CPC/2015) que contém, como elemento essencial, ato humano de *vontade orientada à produção de efeitos processuais*, mas *não* ato humano de *vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais*.

3. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

3.1. O CONCEITO, A NATUREZA (OU QUALIDADE) E A AUTONOMIA CONCEITUAL DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Com base no conceito da teoria geral dos fatos jurídicos e no critério atributivo da qualidade processual aos fatos jurídicos (v. n. 2.1 e 2.2, acima), o negócio jurídico processual é o ato humano, capaz em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual, previsto em hipótese de incidência de norma jurídica que contém, como elemento essencial, ato humano de *vontade orientada* à produção de efeitos processuais e *ao delineamento dos efeitos processuais*.³⁴⁻³⁵

A distribuição convencional do ônus da prova é exemplo de negócio jurídico processual: trata-se de ato humano, capaz em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual, previsto em hipótese de incidência de norma jurídica (art. 373, §§ 3.º e 4.º, do CPC/2015) que contém, como elemento essencial, ato humano de vontade orientada à produção de efeitos processuais e, sobretudo, ao delineamento dos efeitos processuais.

O negócio jurídico processual se distingue do ato processual em sentido estrito (v. n. 2.5, acima) em razão de a hipótese de incidência da norma jurídica

³⁴ Conforme, por exemplo, a definição de Eduardo Talamini: “*Trata-se de manifestações de vontade que têm por escopo a produção de específicos efeitos processuais, delineados por tais manifestações. O negócio jurídico, em si, pode ser feito dentro ou fora do processo. Importa é que ele produza efeitos processuais. Ele é fruto da vontade do(s) sujeito(s) que o celebra(m), e é por tal vontade modulado, quanto a conteúdo e efeitos*” (“Um processo pra chamar de seu...”, n. 1, p. 2). Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.1, p. 514. Confira-se o conceito de negócio jurídico, na teoria geral dos fatos jurídicos, de Marcos Bernardes de Mello: “*Considerados os fundamentos expostos, podemos concluir que 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 predeterminados 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*” (*Teoria do fato jurídico: plano da existência*, § 53, p. 225).

³⁵ Contra, confira-se José Rogério Cruz e Tucci, para quem “*as convenções almejam, pois, alterar a sequência programada dos atos processuais prevista pela lei, mas desde que não interfiram em seus efeitos. Enquanto há disponibilidade no modo de aperfeiçoamento dos atos do procedimento, a sua eficácia descortina-se indisponível, ainda que o objeto do litígio admita autocomposição*” (“Natureza e objeto das convenções processuais”, n. 5, p. 26).

respectivamente conter ou não conter, como elemento essencial, ato humano de *vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais*. O ato humano de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais é o que diferencia o negócio jurídico processual do ato processual em sentido estrito.³⁶

Em relação à natureza (ou qualidade) do negócio jurídico processual, se os fatos processuais em sentido amplo são necessariamente fatos jurídicos em sentido amplo, com capacidade em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual (v. n. 2.1 e 2.2, acima), o negócio jurídico processual é negócio jurídico que se especializa em virtude de sua capacidade em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual.

Portanto, se por “material” ou “substancial” se compreender “civil”, por exemplo, o negócio jurídico processual não tem, de fato, natureza (ou qualidade) “material” ou “substancial”. A sua qualidade processual, porém, não transforma o negócio jurídico processual em conceito absolutamente distinto de qualquer outro negócio jurídico, como se a processualidade se opusesse à juridicidade.

Por isso, prefere-se afirmar que o negócio jurídico processual é um negócio *jurídico* como qualquer outro, com *qualidade*, porém, processual. O negócio jurídico processual é, simplesmente, *negócio jurídico com qualidade processual*, a ele atribuída pela capacidade em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual (v. n. 2.1 e 2.2, acima).

Assim, “negócio jurídico” e “negócio jurídico processual” não são conceitos absolutamente distintos, como se a *natureza* do primeiro fosse “material” ou “substancial” e a (*natureza*) do segundo fosse *apenas* “processual”. O negócio jurídico processual é um negócio jurídico como qualquer outro: o conceito de “negócio jurídico”, embora mais bem desenvolvido e regulado no direito privado, pertence à teoria geral do direito.³⁷

³⁶ Confira-se, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral: “*Enquanto nos atos processuais em sentido estrito a vontade é considerada na escolha entre praticar ou não o ato, não controlando, todavia, seu conteúdo eficaz, nos negócios jurídicos processuais a vontade é relevante tanto na opção por praticar ou não o ato, como na definição dos seus efeitos. Isto é, existe para as partes uma margem de disposição também sobre o conteúdo eficaz do negócio jurídico processual*” (Convenções processuais, n. 1.1.3, p. 52-53).

³⁷ Conforme, por exemplo, a advertência de Calmon de Passos: “*Cabe agora verificar se no processo apenas são praticados atos jurídicos em sentido estrito ou se nele também podem ser ultimados*

Com efeito, essa é a posição de Loïc Cadiet, ao sustentar a natureza “contratual” dos *accords processuels* no direito processual civil francês. O autor afirma, nesse sentido, que o “objeto processual” do negócio jurídico o submete, em diferentes graus, a regime jurídico particular. Contudo, essa submissão a regime jurídico particular não lhe confere natureza diversa da natureza de qualquer outro negócio jurídico.³⁸

Assim, de todo o exposto se extrai a *autonomia conceitual* do negócio jurídico processual: por um lado, o negócio jurídico processual é conceito autônomo *no* direito, porque é fato jurídico em sentido amplo capaz em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual; contudo, pela mesma razão, o negócio jurídico processual não é conceito autônomo *em relação ao* direito, como se a processualidade se opusesse à juridicidade.

negócios jurídicos processuais (...). Em verdade, os conceitos pertencem à teoria geral do direito e dela devem ser transpostos para os diversos ramos da ciência jurídica, sofrendo as adaptações exigidas pelas peculiaridades de cada qual deles (...). De igual modo se deve proceder no âmbito do direito processual, construindo-se a teoria do ato processual com vistas àqueles conceitos fundamentais de ato jurídico em sentido estrito e de negócio jurídico, conceitos que não pertencem ao direito privado, sim à teoria geral do direito” (Esboço de uma teoria das nulidades..., n. 39, p. 53).

³⁸ Confira-se: “*Mais quid des autres conventions, innommées, qui n’ont pas pour objet de se substituer au jugement et qui constituent la matière première des accords processuels? Il semble qu’il soit également permis d’y voir des conventions, quand bien même le régime juridique qui leur est applicable porte, à des degrés divers, l’empreinte de leur objet processuel (...). Les accords processuels sont bien des accords de volonté et ces accords sont bien destinés à produire un effet sur l’ordonnancement juridique du procès, effet de droit, assurément. Le fait que les accords processuels soient parfois subordonnés à l’intervention du juge n’est pas davantage de nature à les priver de leur nature conventionnelle (...). Cette conclusion rejoint l’enseignement selon lequel, dans le Code de Procédure Civile, l’acte de procédure a été conçu comme un acte juridique (...). Il est compréhensible, dès lors, que l’objet processuel de la convention influence, à des degrés divers, le régime juridique qui lui est applicable. C’est là une autre affaire, question de degré et non pas de nature” (Loïc Cadiet, “La qualification juridique des accords processuels”, n. 7 a 9, p. 133-135). Em tradução livre: “Mas e as outras convenções, inominadas, que não substituem a função jurisdicional e que constituem a matéria dos acordos processuais? Parece igualmente possível ver nelas convenções, ainda que o regime jurídico que a elas se aplique contenha, em vários graus, a marca do seu objeto processual (...). Os acordos processuais são de fato acordos de vontade e esses acordos são de fato destinados a produzir efeitos sobre o ordenamento jurídico do processo, certamente efeitos jurídicos. O fato de os acordos processuais às vezes se sujeitarem à intervenção do juiz não lhes retira a natureza convencional (...). Essa conclusão é adequada àquela segundo a qual, no Código de Processo Civil, o ato processual foi considerado ato jurídico (...). Portanto, é compreensível que o objeto processual da convenção influencie, em diferentes graus, o regime jurídico que a ela se aplica. Essa é outra questão, uma questão de grau e não de natureza”.*

3.2. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA DISTINÇÃO ENTRE ATOS PROCESSUAIS ESTIMULANTES OU INDUTIVOS E ATOS PROCESSUAIS CAUSATIVOS OU DETERMINANTES

Os atos processuais causativos ou determinantes são praticados para *causar ou determinar* o resultado desejado pelo agente, *independentemente de qualquer estímulo ou indução* (por estímulo ou indução, compreenda-se *convencimento*). O ato processual causativo ou determinante é praticado para causar ou determinar o resultado desejado pelo agente, independentemente do convencimento de outro agente.³⁹

Os atos processuais estimulantes ou indutivos são praticados pelo agente para *estimular ou induzir* (não para causar ou determinar, independentemente do convencimento de outro agente) o resultado por ele desejado. Os atos processuais postulatórios (petição inicial, contestação etc.), por exemplo, são atos processuais estimulantes ou indutivos, porque praticados pelo agente *para estimular ou induzir* o resultado por ele desejado, através do convencimento do juiz.⁴⁰

O ato processual causativo ou determinante produz *diretamente* o resultado desejado pelo agente; diretamente, porque *independentemente do convencimento de outro agente*. Contudo, isso não significa que o ato processual causativo ou determinante sempre produzirá *imediatamente* (independentemente de qualquer

³⁹ Confira-se, nesse sentido, Paula Costa e Silva, com apoio em James Goldschmidt: “Às *Erwirkungshandlungen* [atos processuais estimulantes ou indutivos] *contrapõe Goldschmidt as Bewirkungshandlungen* [atos processuais causativos ou determinantes]. *Bewirken significa exatamente causar (verursachen), razão pela qual este tipo de actos é designado na doutrina italiana como acto causativo. Serão Bewirkungshandlungen todos os actos que se não destinam a obter uma decisão com determinado conteúdo através do exercício de influência sobre o juiz*” (*Acto e processo*, § 8.º, p. 197).

⁴⁰ Confira-se, mais uma vez, Paula Costa e Silva: “*Dentro dos actos processuais das partes, Goldschmidt contrapõe as Erwirkungshandlungen* [atos processuais estimulantes ou indutivos] às *Bewirkungshandlungen* [atos processuais causativos ou determinantes], *distinção que encontra aceitação generalizada na doutrina. Erwirken significa obter alguma coisa através de esforço ou empenho. O que é que se visa obter através desse esforço? De acordo com Goldschmidt, uma decisão com um concreto conteúdo. As Erwirkungshandlungen são aquelas em que, através do exercício de influência psicológica sobre o juiz, a parte visa obter uma dada decisão. Os actos postulativos são os actos das partes que se dirigem imediatamente a uma Evidenzmachung (provocar evidência ou tornar evidente). Assim, são qualificados como Erwirkungshandlungen os pedidos (Anträge), as afirmações (Behauptungen) e as produções de prova (Beweisführungen). Destinando-se as Erwirkungshandlungen a provocar uma decisão com um determinado conteúdo, são suscetíveis das valorações admissível/não admissível, fundamentada/não fundamentada*” (*Acto e processo*, § 8.º, n. 118, p. 195-196).

circunstância) efeitos processuais. O advérbio “diretamente” se situa no plano da existência; o advérbio “imediatamente” se situa no plano da eficácia.

O negócio jurídico processual é espécie de *ato processual causativo ou determinante*: o agente, através do negócio jurídico processual, *causa ou determina* o resultado por ele pretendido, *independentemente de qualquer estímulo ou indução*. O negócio jurídico processual produz *diretamente* o resultado pretendido pelo agente – o que não se confunde com a produção *imediate* (ou seja, independentemente de qualquer circunstância) ou não de efeitos processuais (v. n. 7.1.1, abaixo).⁴¹

Antonio do Passo Cabral e Diogo Assumpção Rezende de Almeida situam, porém, a distinção entre atos processuais estimulantes ou indutivos e atos processuais causativos ou determinantes no *plano da eficácia* e não no plano da existência dos negócios jurídicos processuais.⁴²

⁴¹ Conforme, por exemplo, James Goldschmidt: “*Los actos de obtención* [atos processuais estimulantes ou indutivos] *son actos, pero no negocios jurídicos. Les falta la característica del negocio jurídico, a saber: que el efecto jurídico que se produce aparezca como realización de la voluntad de las partes, manifestada en el acto. En primer lugar, ni se requiere ni se encuentra en todos los actos de obtención una voluntad dirigida a un efecto, especialmente no ocurre así en las afirmaciones. Además, donde se encuentra y se requiere tal voluntad, como en las peticiones, se dirige a un efecto de hecho, a saber, a una resolución judicial favorable. Este efecto puede realizarse, pero puede frustrarse (...). Como el efecto jurídico de los actos de obtención, a saber, la situación procesal, depende de la idoneidad del acto para lograr el efecto de hecho que se propone, su valoración ha de referirse a esta idoneidad; sobre este fundamento descansan las dos valoraciones a que los actos de obtención se someten: hay que examinar si son admisibles y si son fundados (...). La segunda clase de los actos de las partes es la constituida por los actos de causación* [atos processuais causativos ou determinantes]. *Son todos aquellos que no son actos de obtención. Se encuentran más o menos en la periferia del proceso. Pertenecen a esta clase los grupos siguientes: a) convenios procesales, es decir, acuerdos de las partes para arreglar una situación procesal (...); b) declaraciones unilaterales de voluntad (...). Las declaraciones de voluntad que acabamos de enumerar en estos dos grupos se han denominado ‘negocios jurídicos procesales’ (...). Los actos de causación se distinguen de los actos de obtención en que no tienen el fin de impetrar una resolución de un contenido determinado mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez*” (Teoría general del proceso, n. 45, 46, 64 e 65, p. 102-104, 148-149 e 151).

⁴² Confira-se: “(...) as convenções processuais, tão logo sejam celebradas, atingem os efeitos pretendidos pelas partes. É o que dispõe o art. 158 do CPC/1973 e o art. 200 do CPC/2015. E essa eficácia independe da manifestação, aprovação ou intermediação de nenhum outro sujeito. Por esses motivos, os acordos processuais podem ser enquadrados no conceito de atos processuais determinantes” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.3.4.2, p. 69); “Além da já mencionada classificação dos atos processuais das partes pelo critério de seu objeto – postulatórios, dispositivos, instrutórios e reais -, a doutrina também os categoriza pelos seus efeitos. Assim, são (i) causativos os atos que gozam de eficácia imediata na relação jurídica processual tão logo praticados, enquanto denominam-se (ii) indutivos aqueles destinados à obtenção de um provimento judicial favorável e, por conseguinte, ao convencimento no sentido da pretensão da parte que pratica o ato. Os atos causativos são aqueles, pois, que dão causa imediata ao efeito programado pelo agente, o que não ocorre com os indutivos” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.3, p. 135, em capítulo denominado “Eficácia da convenção processual em relação ao juiz”).

Loïc Cadiet, na França, sustenta posição semelhante, mas não idêntica, ao afirmar que existem tanto negócios jurídicos processuais que são atos processuais causativos ou determinantes (porque produzem diretamente efeitos processuais) quanto negócios jurídicos processuais que são atos processuais estimulantes ou indutivos (porque produzem efeitos processuais depois de decisão do juiz).⁴³

Contudo, os atos processuais se classificam entre atos processuais estimulantes ou indutivos e atos processuais causativos ou determinantes conforme sua aptidão para apenas *estimular e induzir* ou para *causar e determinar* o resultado desejado pelo agente: no primeiro caso, o ato processual apenas estimula ou induz o resultado desejado pelo agente; no segundo caso, o ato processual causa ou determina o resultado desejado pelo agente.

⁴³ Confira-se: “*Le recensement que nous avons effectué des accords sur la juridiction a permis d’observer que ces accords, conclus entre les seules parties, n’avaient pas tous pour effet de lier le juge. La raison en est que leur efficacité est bornée par les prérogatives que la loi reconnaît au juge dans le déroulement de la procédure et la solution du litige. Cette distinction, implicite en droit français, paraît être une distinction courante de certains droits étrangers comme, par exemple, le droit allemand et, dans une moindre mesure, le droit italien qui distinguent ainsi les actes processuels produisant leurs effets directement sur le procès, bewirkungshandlungen ou atti causativi, de ceux qui ne peuvent produire leurs effets qu’après une décision du juge, erwirkungshandlungen ou atti induttivi. Cette distinction rend bien compte des solutions du droit français. Les actes processuels conventionnels sont en effet de deux sortes selon que leur efficacité est soumise ou non à une décision du juge. Le critère de distinction tient à l’objet de l’accord*” (Loïc Cadiet, “La qualification juridique des accords processuels”, n. 5, p. 130). Em tradução livre: “O recenseamento de acordos processuais que efetuamos permite concluir que nem todos esses acordos, celebrados entre as partes, vinculam o juiz. A razão é que a eficácia dos acordos processuais é limitada pelas prerrogativas que a lei reconhece ao juiz na condução do processo e na solução do litígio. Essa distinção, implícita no direito francês, parece ser comum em direitos estrangeiros, como, por exemplo, no direito alemão e, em menor medida, no direito italiano, que distinguem os atos processuais que produzem efeitos imediatamente sobre o processo, *bewirkungshandlungen* ou *atti causativi*, daqueles atos processuais que produzem efeitos sobre o processo apenas depois de decisão do juiz, *erwirkungshandlungen* ou *atti induttivi*. Essa distinção se adequa às soluções do direito francês. Os atos processuais convencionais são, de fato, de dois tipos, conforme sua eficácia esteja sujeita ou não a uma decisão do juiz. O critério de distinção está no objeto do acordo”. Por um lado, a posição de Loïc Cadiet se diferencia das posições de Antonio do Passo Cabral e Diogo Assumpção Rezende de Almeida, na medida em que não atribui aos negócios jurídicos processuais natureza exclusiva de ato processual causativo ou determinante; em outros termos, admite negócios jurídicos processuais que são atos processuais estimulantes ou indutivos. Por outro lado, a posição de Loïc Cadiet se assemelha às posições de Antonio do Passo Cabral e Diogo Assumpção Rezende de Almeida, na medida em que situa a distinção entre atos processuais estimulantes ou indutivos e atos processuais causativos ou determinantes no plano da eficácia dos negócios jurídicos processuais e não no plano da existência dos negócios jurídicos processuais. Com base na distinção entre atos processuais estimulantes ou indutivos e atos processuais causativos ou determinantes, Loïc Cadiet distingue, de um lado, os *actes processuels conventionnels de disposition* ou *conventiones de disposition processuelle*, atos processuais causativos ou determinantes, que produzem imediatamente efeitos processuais; de outro lado, os *actes processuels conventionnels d’administration* ou *conventions d’administration processuelle*, atos processuais estimulantes ou indutivos, que produzem efeitos processuais depois de decisão do juiz (Loïc Cadiet, “La qualification juridique des accords processuels”, n. 5, p. 130-131).

A produção imediata ou não de efeitos pelos atos processuais é *outra questão*.

Segundo Antonio do Passo Cabral, são exemplos de atos processuais estimulantes “os *requerimentos, petições, alegações etc.*”. Com razão, pois são atos processuais que necessitam (por isso, estimulam ou induzem) “*da intermediação de outros sujeitos (sobretudo o juiz, pelo deferimento ou autorização) (...) para satisfazer o interesse do sujeito*”.⁴⁴

Por sua vez, ainda de acordo com o autor, as decisões judiciais são exemplos de atos processuais causativos ou determinantes. Com razão, também, pois são atos processuais praticados para *causar ou determinar* o resultado desejado pelo agente, *independentemente de qualquer estímulo ou indução*: o juiz não precisa estimular ou induzir as partes para causar ou determinar o resultado por ele desejado.⁴⁵

Contudo, isso não tem relação com o plano da eficácia dos atos processuais.

A exceção de suspeição, por exemplo, é ato processual estimulante ou indutivo, porque é ato processual praticado para *estimular ou induzir* o resultado desejado pelo agente (a declaração de suspeição do juiz). O ato processual de excepcionar a suspeição do juiz, todavia, produz *imediatamente* efeitos, tão logo praticado: a prática do ato processual de excepcionar a suspeição do juiz suspende o curso do processo (art. 313, III, do CPC/2015), por exemplo.

A sentença, por sua vez, é ato processual causativo ou determinante, porque é ato processual praticado para *causar ou determinar* o resultado desejado pelo agente, *independentemente de qualquer estímulo ou indução*. A sentença, porém, nem sempre produz *imediatamente* efeitos: em regra, a sentença sujeita a apelação não produz imediatamente efeitos (nos termos do art. 1.012, *caput* e § 1.º, do CPC/2015, *a contrario sensu*).

Portanto, *não há nenhuma relação* entre, de um lado, a natureza estimulante e indutiva ou causativa e determinante do ato processual (produzir indiretamente ou diretamente o resultado desejado pelo agente) e, de outro lado, a produção imediata ou não de efeitos processuais.

⁴⁴ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.3.4.2, p. 70.

⁴⁵ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.3.4.2, p. 70.

A distinção entre atos processuais estimulantes ou indutivos e atos processuais causativos ou determinantes está no *plano da existência* dos negócios jurídicos processuais, ao passo em que produzir imediatamente ou não efeitos está no *plano da eficácia* dos negócios jurídicos processuais.

Exatamente por isso, Antonio do Passo Cabral reconhece a existência de negócios jurídicos processuais com eficácia submetida a homologação judicial, ou seja, atos processuais causativos ou determinantes que produzem *diretamente* o resultado desejado pelo agente, mas que não produzem *imediatamente* efeitos, sem que isso lhes retire a natureza de atos processuais causativos ou determinantes.⁴⁶

Leonardo Carneiro da Cunha, nesse mesmo sentido e ao tratar dos negócios jurídicos processuais típicos no Código de Processo Civil de 1973, afirma que os negócios jurídicos processuais em geral produzem *imediatamente* efeitos (art. 158 do CPC/1973), exceto a desistência da ação, cuja produção de efeitos se submete a homologação judicial (art. 158, par. ún., do CPC/1973).⁴⁷

Segundo o autor, todavia, “*a exigência de homologação não subtrai da desistência da ação sua natureza negocial. O negócio já existe com a manifestação da vontade e, se já apresentada a contestação, com a concordância do réu*”. Em outros termos, de acordo com o autor, “*não se deve confundir o plano da existência com o da eficácia*”.⁴⁸

⁴⁶ Confira-se: “*Não obstante a desnecessidade de homologação ou deferimento prévios pelo juiz como pressuposto para a constituição dos acordos processuais, às vezes a lei prevê que uma convenção das partes não produza efeitos antes de homologada pelo juiz. Essa homologação, quando prevista na lei, é condição de eficácia do negócio jurídico celebrado pelas partes. Analiticamente, pode-se dizer que o ato de homologação funciona como elemento integrativo do suporte fático do acordo, fazendo com que ele gere alguma eficácia específica. Trata-se de uma condição legal (conditio iuris) que não infirma a validade do negócio, porque se coloca no plano da eficácia: os efeitos pretendidos pelas partes só se produzem após a homologação. Pois bem, mesmo nesses casos em que a lei exige homologação, o ato das partes não perde a sua natureza negocial. O juiz funciona apenas para integrar a eficácia do ato, mas certamente não é um codeclarante. O acordo continua se formando apenas entre as partes, mesmo com a previsão de homologação judicial*” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 4.3.4.2, p. 264-265).

⁴⁷ Confira-se: “*Os negócios jurídicos típicos produzem efeitos imediatos. O único que não produz efeito imediato é a desistência da ação; esta só produz efeitos depois de homologada pelo juiz (CPC-1973, art. 158, parágrafo único)*” (Leonardo Carneiro da Cunha, “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, n. 4.3, p. 56).

⁴⁸ Leonardo Carneiro da Cunha, “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, n. 4.3, p. 56.

Por fim, com apoio em James Goldschmidt, Paula Costa e Silva afirma, ainda nesse mesmo sentido, que “*todos os actos processuais determinam a constituição, modificação ou extinção de uma expectativa, de uma faculdade ou de um ônus processual, independentemente de serem Erwirkungshandlungen [atos processuais estimulantes ou indutivos] ou Bewirkungshandlungen [atos processuais causativos ou determinantes]*”.⁴⁹

A autora conclui, portanto, que a distinção entre atos processuais estimulantes ou indutivos e atos processuais causativos ou determinantes somente pode estar “*na articulação do acto com o sentido da decisão*”: apenas os atos processuais estimulantes ou indutivos (*Erwirkungshandlungen*) serão objeto de exame pelo juiz “*quanto à respectiva fundamentação/não fundamentação*” – os atos processuais causativos ou determinantes (*Bewirkungshandlungen*), não.⁵⁰

A distinção entre atos processuais estimulantes ou indutivos e atos processuais causativos ou determinantes fundamenta, ainda, a distinção, que se situa também *no plano da existência* dos negócios jurídicos processuais, entre *negócios jurídicos processuais bilaterais ou plurilaterais* e *atos processuais conjuntos*.

Os negócios jurídicos processuais bilaterais ou plurilaterais (v. n. 3.3.1, abaixo) são atos processuais causativos ou determinantes que contêm duas ou mais declarações de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais, praticados para *causar ou determinar* o resultado desejado pelos agentes, *independentemente de qualquer estímulo ou indução*.

Os atos processuais conjuntos, por sua vez, são atos processuais estimulantes ou indutivos consensualmente praticados para *estimular ou induzir*, portanto, o resultado desejado pelos agentes. Os atos processuais conjuntos são simplesmente *atos processuais estimulantes ou indutivos* consensualmente praticados, mas não negócios jurídicos processuais.⁵¹

⁴⁹ Paula Costa e Silva, *Acto e processo*, § 8.º, n. 118, p. 198.

⁵⁰ Paula Costa e Silva, *Acto e processo*, § 8.º, n. 118, p. 198.

⁵¹ Confira-se, mais uma vez, Antonio do Passo Cabral: “*No estrangeiro, estuda-se com frequência o chamado ‘ato processual conjunto’ (Gesamtakt), que diferentemente do acordo processual não é uma convenção, mas uma declaração consensual de ambas as partes direcionada ao juiz em um processo judicial. Os atos processuais conjuntos (que normalmente são requerimentos), diferem-se frontalmente das convenções processuais, porque são atos estimulantes (postulativos ou indutivos) (...). Nos requerimentos conjuntos, não há vínculo contratual ou convencional, mas apenas exercício de*

Como visto, a distinção pertence, também, ao plano da existência dos negócios jurídicos processuais.⁵²

Ao tratar de negócios jurídicos processuais relativos à cognição do juiz e aos meios de prova, Eduardo Talamini adota a mesma distinção, *no plano da existência dos negócios jurídicos processuais*, entre atos processuais estimulantes ou indutivos (e atos processuais conjuntos) e atos processuais causativos ou determinantes (os negócios jurídicos processuais), atribuindo-lhes, todavia, denominação diversa.⁵³

O autor afirma que a delimitação consensual das questões de fato e de direito “*pode decorrer de uma consideração comum das partes no sentido de que, efetivamente, aquelas são as precisas questões de fato e de direito que permanecem controvertidas no processo*”. A delimitação consensual das questões de fato e de direito, nesse caso, é *ato de verdade*, ato processual conjunto, atos processuais estimulantes ou indutivos consensualmente praticados.⁵⁴

Com efeito, o autor sustenta que, nessa hipótese, “*cada parte examina todo o conjunto de pontos afirmados e contestados e se convence de quais são os que permanecem necessitando de instrução e definição (...). A definição consensual nessa hipótese constitui um ato de verdade*”. A delimitação consensual das questões de fato e de direito, nessa hipótese e de acordo com o autor, “*expressa a firme convicção de cada uma das partes acerca da realidade*”.⁵⁵

situações processuais unilaterais (...). Estes atos conjuntos são, portanto, consensuais (baseados na colaboração processual), mas não convencionais. São atos paralelos (ou convergentes) e que se orientam ao mesmo resultado, e talvez por isso sejam frequentemente confundidos com os acordos processuais; mas são independentes, traduzindo-se em manifestações de vontade distintas e simultâneas (ou sucessivas) e não têm eficácia negocial” (Convenções processuais, n. 1.3.6, p. 74-76).

⁵² Outra questão é saber se *qualquer* participação do juiz *que não se limite à homologação judicial* do ato processual lhe confere a natureza de ato processual estimulante ou indutivo e, portanto, exclui-lhe a natureza de ato processual causativo ou determinante e a natureza de negócio jurídico processual. Se se admitir que o juiz possa ser *parte* do negócio jurídico processual, a resposta é negativa; se não se admitir que o juiz possa ser parte do negócio jurídico processual, a resposta é positiva. A questão será melhor examinada mais adiante (v. n. 5.1.2, abaixo).

⁵³ Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 6.3, p. 13-15. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.6.3, p. 521-523.

⁵⁴ Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 6.3.1, p. 13. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.6.3.1, p. 522.

⁵⁵ Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 6.3.1, p. 13. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.6.3.1, p. 522.

Por isso, “*não há nenhum ato de disposição: ninguém negociou nem abriu mão de nada. Há um ato de convicção que é comum a ambas as partes*”. Conseqüentemente, cabe ao juiz, nessa hipótese e segundo Eduardo Talamini, “*examinar as questões identificadas consensualmente pelas partes e verificar se são mesmo as que permanecem controvertidas. Ou seja, pressuposto para a homologação será a própria correção, no entender do juiz*”.⁵⁶

Assim, nesse caso, há *ato de verdade*, ato processual conjunto, atos processuais estimulantes ou indutivos consensualmente praticados, através dos quais as partes buscam *estimular ou induzir*, através do convencimento do juiz, o resultado que desejam. Por isso, se o juiz considerar “*correta a seleção feita pelas partes, ele irá endossá-la*”, hipótese em que “*a força vinculante advinda da homologação (...) não é diferente da estabilidade que recairia sobre qualquer decisão de saneamento*”.⁵⁷

Eduardo Talamini conclui, portanto, que *não existe* (plano da existência) negócio jurídico processual nessa hipótese: “*a definição consensual das questões a serem ainda resolvidas não terá a natureza de um negócio jurídico processual (...). Enfim, repita-se: será um ‘ato de verdade’, e não ‘de vontade’; não um ato de disposição, mas um ato de postulação praticado conjuntamente pelas partes*”.⁵⁸

Por outro lado, segundo o autor, a delimitação consensual das questões de fato e de direito (art. 357, § 2.º, do CPC/2015) pode ser “*verdadeiro ato de vontade das partes: elas predefinem determinadas questões para serem ainda instruídas e resolvidas, não porque reputeem que sejam as únicas que permanecem controversas, mas porque não querem discutir as demais*”: nesse caso, *existe* (plano da existência) negócio jurídico processual, ato processual causativo ou determinante.⁵⁹

Apenas, o negócio jurídico processual não produzirá imediatamente efeitos, por expressa previsão legal (art. 357, § 2.º, do CPC/2015) – o que, como visto, não

⁵⁶ Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 6.3.1, p. 14. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.6.3.1, p. 522.

⁵⁷ Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 6.3.1, p. 14. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.6.3.1, p. 522.

⁵⁸ Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 6.3.1, p. 14. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.6.3.1, p. 522.

⁵⁹ Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 6.3.2, p. 14-15. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.6.3.2, p. 522-523.

retira da delimitação consensual das questões de fato e de direito a natureza de negócio jurídico processual, quando e porque se trata de ato de *vontade* (e não de ato de *verdade*), quando e porque se trata, portanto, de ato processual causativo ou determinante (e não de ato processual estimulante ou indutivo).

3.3. AS ESPÉCIES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

São diversos os critérios com base nos quais os negócios jurídicos processuais são classificados em diferentes espécies. A seguir, serão examinados os critérios mais relevantes para o tema e para esta dissertação de mestrado.

3.3.1. *Os negócios jurídicos processuais unilaterais, bilaterais e plurilaterais - o critério da quantidade de polos de declaração de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais*

Segundo o critério da quantidade de polos de declaração de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais, os negócios jurídicos processuais podem ser negócios jurídicos processuais *unilaterais* (apenas um polo de declaração de vontade), negócios jurídicos processuais *bilaterais* (dois polos de declaração de vontade) ou negócios jurídicos processuais *plurilaterais* (mais de dois polos de declaração de vontade).⁶⁰

A desistência da ação, antes da citação do réu, é exemplo de negócio jurídico processual unilateral; depois da citação do réu, a desistência da ação é exemplo de negócio jurídico processual bilateral (art. 485, § 4.º, do CPC/2015). A eleição

⁶⁰ Conforme, por exemplo, Pedro Henrique Nogueira: “*Dentro dessa tipologia, temos: a) negócios processuais unilaterais, quando se tem apenas uma manifestação de vontade negocial (por exemplo, desistência da demanda); b) negócios processuais bilaterais (acordo de escolha do bem a ser penhorado); c) negócios processuais plurilaterais, quando há multiplicidade de vontades negociais, todas convergentes para o mesmo fim, geralmente celebradas entre autor, réu e juiz (por exemplo, acordo plurilateral para distribuição do tempo da sustentação oral em sessão de julgamento em tribunal)*” (“Comentários ao art. 190 do CPC/2015”, n. 2, p. 660).

consensual de perito (art. 471 do CPC/2015) de que este seja parte, com prefixação de honorários periciais, é exemplo de negócio jurídico processual plurilateral.

Com base nessa classificação, são diferentes as denominações atribuídas aos negócios jurídicos processuais: “contrato processual”, “acordo processual” e “convenção processual” são denominações atribuídas especificamente aos negócios jurídicos processuais bilaterais e plurilaterais.⁶¹

Costuma-se distinguir, ainda, entre os negócios jurídicos processuais bilaterais e plurilaterais, o “contrato processual” dos “acordos processuais” e “convenções processuais”: no primeiro, as declarações de vontade são divergentes; nos segundos, as declarações de vontade são convergentes.⁶²

Nesta dissertação de mestrado, empregar-se-á o termo genérico “negócio jurídico processual”, qualificado conforme o caso.

⁶¹ Confira-se, nesse sentido, Lorena Miranda Santos Barreiros: “Adotando-se o critério subjetivo (quanto ao sujeito que pratica o ato) ou, ainda, tendo-se em mira o número de lados dos quais emana(m) a(s) vontade(s) constitutiva(s) do negócio, pode-se falar em negócios unilaterais, para cuja formação concorre apenas um polo emanador de vontade (cite-se a renúncia em geral, por exemplo); bilaterais, quando dois são os polos emanadores da vontade (a eleição negocial de foro enquadra-se nessa hipótese); e plurilaterais, quando há três ou mais polos emanadores de vontade que concorrem para a formação do negócio (o exemplo clássico é a sucessão processual voluntária, disciplinada no art. 109 do CPC/2015). Os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais subdividem-se em contratos e convenções ou acordos” (Convenções processuais e Poder Público, n. 2.2.3.2, p. 141).

⁶² Em síntese, confira-se Antonio do Passo Cabral: “Fala-se em contrato quando as vontades dos sujeitos dizem respeito a interesses materiais contrapostos ou divergentes; e em convenções (ou acordos) quando as vontades se unem para um interesse comum ou convergente (...). As palavras ‘acordo ou ‘convenção’ expressam uma união de vontades quanto ao escopo do ato praticado, mas se opõem à noção de contrato, porque não há necessidade de que os objetivos, a causa ou os interesses subjacentes sejam diversos ou contrapostos. No acordo ou convenção, é possível que as vontades se encontrem para escopos comuns ou convergentes” (Convenções processuais, n. 1.2.1 e 1.2.2, p. 57 e 60-61). Confira-se, na teoria geral dos fatos jurídicos, Emilio Betti: “Mas tanto o negócio bilateral como o plurilateral se configuram de maneira diferente, conforme os interesses em jogo sejam interesses opostos ou divergentes entre si, cujo conflito ou concurso atinja no negócio a sua composição ou convergência, ou se trate de interesses paralelos, cuja comum finalidade encontre no negócio o meio de se realizar praticamente. O negócio (bilateral ou plurilateral) de interesses opostos ou divergentes é o contrato; pelo contrário, o negócio (sobretudo o plurilateral, mas também o bilateral) com interesses paralelos ou convergentes para um escopo comum, costuma qualificar-se como ‘acordo’, no sentido mais restrito que, doutrinariamente, se convencionou dar a este termo” (Teoria geral do negócio jurídico, t. II, n. 38, p. 198). Confira-se, porém, Luca Penasa, para quem não são adequadas, diante do ordenamento jurídico italiano, nem a expressão “acordo processual” nem a expressão “contrato processual”, mas, apenas e simplesmente, a expressão “negócio processual bilateral” (“Gli accordi processuali in Italia”, n. 2, p. 263).

3.3.2. Os negócios jurídicos processuais individuais e institucionais - o critério da individualidade ou institucionalidade

Segundo o critério da individualidade ou institucionalidade, os negócios jurídicos processuais podem ser negócios jurídicos processuais *individuais* ou negócios jurídicos processuais *institucionais*.⁶³

Os negócios jurídicos processuais individuais são aqueles celebrados por indivíduos para adequar o procedimento às especificidades da causa ou negociar sobre suas situações jurídicas processuais em processos determinados, atuais ou futuros e eventuais, ainda que vários e de natureza coletiva.

Os negócios jurídicos processuais institucionais, por sua vez, são aqueles, segundo Antonio do Passo Cabral, “*acordos firmados entre os tribunais e órgãos profissionais de classe (...), celebrados por pessoas jurídicas ou órgãos em nome de uma categoria ou grupo, vinculando todos seus membros*”, com caráter de normatividade.⁶⁴

Sob perspectiva funcional, Lorena Miranda Santos Barreiros afirma que os negócios jurídicos processuais institucionais são “*destinados a disciplinar o procedimento civil (...) como um instrumento de gestão coletiva dos processos*”, “*buscando suprir lacunas ou dificuldades hermenêuticas*” ou “*voltados à administração judicial (...) como um instrumento de política pública da justiça*”.⁶⁵⁻⁶⁶

⁶³ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*No âmbito dos acordos coletivos, existem aqueles destinados a disciplinar o procedimento civil e os voltados à administração judicial, no primeiro caso funcionando tais acordos como um instrumento de gestão coletiva dos processos e, no segundo, como um instrumento de política pública da justiça*” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.2.3.4, p. 149).

⁶⁴ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.4.5, p. 92-93.

⁶⁵ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.2.3.4, p. 149.

⁶⁶ Em idêntico sentido, confira-se Loïc Cadiet: “*(...) la progression de la technique contractuelle au sein du procès ne se limite pas au seu traitement procédural des cas individuels. Le contrat est également devenu, à la fois, un instrument de gestion collective des procès, avec les protocoles de procédure conclus entre les juridictions et les professions judiciaires, sortes de convention collective de procédure civile, ainsi qu’un outil de politique publique, qu’il s’agisse de promouvoir la communication électronique des actes du procès, l’accès au droit ou d’améliorer les performances des juridictions*” (“*Les conventions relatives au procès en droit français*”, n. 16, p. 30-31). Em tradução livre: “*(...) a progressão da técnica contratual dentro do processo não se limita apenas ao tratamento processual de casos individuais. O contrato também se tornou, ao mesmo tempo, um instrumento de gestão coletiva dos processos, com os protocolos procedimentais celebrados entre tribunais e profissionais, espécies de convenção*

A eleição consensual de perito (art. 471 do CPC/2015) é exemplo de negócio jurídico processual individual. Lorena Miranda Santos Barreiros menciona, por sua vez, exemplo de negócio jurídico processual institucional: negócio jurídico processual celebrado entre o Poder Judiciário e o Poder Público cujo objeto é a forma de citação deste.⁶⁷

3.3.3. Os negócios jurídicos processuais propriamente ditos e procedimentais (e os negócios jurídicos processuais sobre o objeto litigioso do processo) – o critério do objeto

Segundo o critério do objeto, os negócios jurídicos processuais podem ser *negócios jurídicos processuais propriamente ditos* ou *negócios jurídicos processuais procedimentais*, conforme seus objetos sejam, respectivamente, situações jurídicas processuais (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais) ou o procedimento.⁶⁸

A distinção entre negócios jurídicos processuais propriamente ditos e negócios jurídicos processuais procedimentais pode ser extraída do art. 190 do

coletiva de processo civil, assim como uma ferramenta de política pública, se para promover a comunicação eletrônica dos atos processuais, o acesso à justiça ou para melhorar o desempenho da função jurisdicional”.

⁶⁷ Confira-se: “É possível a celebração de protocolo institucional entre o Poder Público e o Poder Judiciário para regular a forma de recebimento de citações pelo ente público (indicando dias para a sua realização, quantidade média de atos citatórios a praticar por semana), como forma de racionalizar a gestão coletiva de processos em ambas as instituições, podendo o Poder Público, em contrapartida, comprometer-se a aceitar o recebimento de citação por meio eletrônico previamente indicado (um e-mail, por exemplo), realizando a carga coletiva dos processos físicos nos quais essa citação ocorra. Trata-se de protocolo institucional voltado à gestão coletiva de processos” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 4.11, p. 381-382).

⁶⁸ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “As convenções dispositivas [negócios jurídicos processuais procedimentais] seriam negócios sobre o procedimento, modificam regras processuais ou procedimentais e têm seu protótipo na prorrogação da competência e nos acordos sobre o ônus da prova. São convenções para a derrogação de normas (Normdisposition). Já os acordos obrigacionais [negócios jurídicos processuais propriamente ditos] são aqueles que não alteram o procedimento, mas estabelecem um fazer ou não fazer para um ou ambos os convenientes. Nos acordos obrigacionais, as partes pretendem criar, modificar ou extinguir obrigações de comportar-se de determinada forma no processo. São negócios jurídicos sobre situações jurídicas (ou sobre sua exercibilidade), como o pactum de non petendo, a convenção para a desistência da ação (a promessa de desistência), a renúncia convencional ao recurso, o pactum de non exequendo, dentre outros. Note-se que esses negócios jurídicos são, de fato, prestacionais, pois as partes abdicam de situações processuais e se comprometem a certos comportamentos (Befugnisdisposition). Na renúncia ao recurso, p. ex., dispõe-se sobre o direito de interpor um recurso; na desistência da ação, do direito de conduzir ou levar adiante o processo” (*Convenções processuais*, n. 1.4.1, p. 79-80).

CPC/2015, segundo o qual o objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos pode ser o “procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa” ou “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.⁶⁹

A distinção se fundamenta, por sua vez, na nem tão clara distinção entre processo e procedimento, prevista na Constituição Federal (arts. 22, I, e 24, XI). Por isso, inclusive e segundo Antonio do Passo Cabral, “*a distinção entre convenções obrigacionais [negócios jurídicos processuais propriamente ditos] e dispositivas [negócios jurídicos procedimentais] nem sempre é tão evidente*”.⁷⁰

A renúncia ao poder processual em sentido requerer o cumprimento provisório de sentença sujeita a recurso sem efeito suspensivo é exemplo de negócio jurídico processual propriamente dito. A exclusão negocial da audiência inicial de autocomposição (art. 334 do CPC/2015), por sua vez, é exemplo de negócio jurídico processual procedimental.

Loïc Cadiet, na França, afirma que os *actes processuels conventionnels de disposition* ou *conventions de disposition processuelle* (aqui, negócios jurídicos processuais propriamente ditos) são atos processuais causativos ou determinantes e que os *actes processuels conventionnels d’administration* ou *conventions d’administration processuelle* (aqui, negócios jurídicos processuais procedimentais) são atos processuais estimulantes ou indutivos (v. n. 3.2, acima).⁷¹

⁶⁹ Enunciado 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

⁷⁰ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.4.1, p. 82.

⁷¹ Confira-se: “*Le recensement que nous avons effectué des accords sur la juridiction a permis d’observer que ces accords, conclus entre les seules parties, n’avaient pas tous pour effet de lier le juge. La raison en est que leur efficacité est bornée par les prérogatives que la loi reconnaît au juge dans le déroulement de la procédure et la solution du litige. Cette distinction, implicite en droit français, paraît être une distinction courante de certains droits étrangers comme, par exemple, le droit allemand et, dans une moindre mesure, le droit italien qui distinguent ainsi les actes processuels produisant leurs effets directement sur le procès, bewirkungshandlungen ou atti causativi, de ceux qui ne peuvent produire leurs effets qu’après une décision du juge, erwirkungshandlungen ou atti induttivi. Cette distinction rend bien compte des solutions du droit français. Les actes processuels conventionnels sont en effet de deux sortes selon que leur efficacité est soumise ou non à une décision du juge. Le critère de distinction tient à l’objet de l’accord*” (Loïc Cadiet, “La qualification juridique des accords processuels”, n. 5, p. 130). Em tradução livre: “O recenseamento de acordos processuais que efetuamos permite concluir que nem todos esses acordos, celebrados entre as partes, vinculam o juiz. A razão é que a eficácia dos acordos processuais é limitada pelas prerrogativas que a lei reconhece ao juiz na condução do processo e na solução do litígio. Essa distinção, implícita no direito francês, parece ser comum em direitos estrangeiros, como, por exemplo, no direito alemão e, em menor medida, no direito italiano, que distinguem os atos processuais que produzem efeitos imediatamente sobre o

Assim, o autor conclui que o papel do juiz é diferente diante das duas espécies de negócios jurídicos processuais: diante dos negócios jurídicos processuais propriamente ditos (*actes processuels conventionnels de disposition* ou *conventions de disposition processuelle*), é acessório; diante dos negócios jurídicos processuais procedimentais (*actes processuels conventionnels d'administration* ou *conventions d'administration processuelle*), é “*principal, sinon décisif*”.⁷²

A distinção, tal como delineada por Loïc Cadiet, não é adequada ao direito processual civil brasileiro: aqui, todos os negócios jurídicos processuais, sejam propriamente ditos ou procedimentais, são atos processuais causativos ou determinantes; causam ou determinam o resultado desejado pelo agente, independentemente de qualquer estímulo ou indução - com o que não se confunde a sujeição ou não de sua eficácia a homologação judicial (v. n. 3.2, acima).

Por sua vez, Christoph Alexander Kern, na Alemanha, afirma que os negócios jurídicos processuais são classificados em “*procedural contracts in the strict sense*” (aqui, os negócios jurídicos processuais procedimentais) e “*contracts creating an*

processo, *bewirkungshandlungen* ou *atti causativi*, daqueles atos processuais que produzem efeitos sobre o processo apenas depois de decisão do juiz, *erwirkungshandlungen* ou *atti induttivi*. Essa distinção se adequa às soluções do direito francês. Os atos processuais convencionais são, de fato, de dois tipos, conforme sua eficácia esteja sujeita ou não a uma decisão do juiz. O critério de distinção está no objeto do acordo”.

⁷² Confira-se: “*La deuxième observation est que le rôle du juge n'est pas le même à l'égard de ces deux sortes de conventions. Ce rôle est toujours principal, sinon décisif, s'agissant des conventions d'administration processuelle car l'accord du juge ou, pour dire l'autre côté, son absence d'opposition, est nécessaire à leur efficacité: la requête conjointe n'échappe pas à cette nécessité puisque le juge a le pouvoir de la déclarer d'office irrecevable si elle ne répond pas aux prescriptions de la loi. En revanche, le rôle du juge n'est jamais décisif s'agissant des conventions de disposition processuel, ce qui ne signifie pas qu'il soit inexistant dans ce cas. Il est seulement accessoire (...). Cette différence dans l'intensité de l'intervention du juge explique aussi que les conventions d'administration processuelle ont un caractère procédural plus marqué que les conventions de disposition processuelle qui sont donc plus proches du droit commun des actes juridiques conventionnels*” (Loïc Cadiet, “La qualification juridique des accords processuels”, n. 6, p. 132-133). Em tradução livre: “A segunda observação é que o papel do juiz não é o mesmo em relação a esses dois tipos de convenções. Esse papel é principal, se não decisivo, em relação às *conventions d'administration processuelle* [negócios jurídicos processuais procedimentais], porque o acordo do juiz ou, dito de outro modo, a ausência de oposição sua, é necessário à sua eficácia: o requerimento conjunto das partes não escapa a essa necessidade, porque o juiz possui o poder de o declarar inadmissível *ex officio*, se ele não observar os requisitos da lei. Em contrapartida, o papel do juiz não é jamais decisivo em relação às *conventions de disposition processuelle* [negócios jurídicos processuais propriamente ditos], embora isso não signifique que o papel do juiz seja inexistente neste caso. É apenas acessório (...). Essa diferença entre a intensidade da intervenção do juiz explica, assim, porque as *conventions d'administration processuelle* [negócios jurídicos processuais procedimentais] possuem um caráter processual mais evidente do que as *conventions de disposition processuelle* [negócios jurídicos processuais propriamente ditos], que são, portanto, mais próximas do direito comum dos atos jurídicos convencionais”.

obligation with respect to proceedings” (aqui, os negócios jurídicos processuais propriamente ditos).⁷³

Os “*procedural contracts in the strict sense*” ou negócios jurídicos processuais procedimentais, de acordo com o autor, produzem efeitos imediatos “*on the rules governing court proceedings*”, criando, modificando ou excluindo a regra processual aplicável. Por isso, ainda segundo Christoph Alexander Kern, o negócio jurídico processual procedimental não pertence à “esfera do direito material”, mas, sim, à “esfera do direito processual”.⁷⁴

Por outro lado, segundo o autor, os “*contracts creating an obligation with respect to proceedings*” ou negócios jurídicos processuais propriamente ditos criam obrigações que vinculam as partes a adotar certo comportamento. Consequentemente, discute-se sobre a natureza ou qualidade “processual” ou “material” desses negócios jurídicos - discussão pouco relevante para o autor, porque, na Alemanha, as regras aplicáveis às diferentes espécies são as mesmas.⁷⁵

Na Itália, Luca Penasa afirma que negócios jurídicos *processuais* são apenas os negócios jurídicos processuais *procedimentais* (*con efficacia dispositiva*, que produzem imediatamente efeitos processuais); os aqui considerados negócios

⁷³ Christoph Alexander Kern, “Procedural contracts in Germany”, n. II, p. 215.

⁷⁴ Confira-se: “*Procedural contracts in the strict sense* (“prozessuale Verfügungsverträge”) are contracts which have an immediate effect on the rules governing court proceedings. The effect of such contracts consists in amending or excluding the application of a specific rule or in creating a rule which does not exist in regular proceedings. This effect is an immediate one because the amendment, exclusion or inclusion of a rule binds not only the parties, but also the court. In other words, procedural contracts in the strict sense alter the rules of procedure which would otherwise apply. A contract whose object is exclusively the modification of the otherwise applicable procedural law is not a contract belonging to the sphere of substantive law, but belongs to the sphere of procedural law. As a matter of theory, the possibility to conclude such a procedural contract in the strict sense is far from evident” (Christoph Alexander Kern, “Procedural contracts in Germany”, n. II.1, p. 215-216).

⁷⁵ Confira-se: “*Less difficult are contracts which create obligations for a party with regard to this party’s behavior in pending or future proceedings* (“prozessuale Verpflichtungsverträge”). Examples are contracts by which one party promises to withdraw an action or an appeal or not to use certain means of proof. In this case, the contract does not alter the procedural rules as such. It only demands a certain behavior of a party when the procedural rules allow the party to act in more than one way (...). There is no unanimity in the question of whether such contracts are normal obligatory contracts or still have a procedural nature, as their object is a certain procedural behavior. However, this question is less relevant as it may seem. As we will see below, the rules governing procedural contracts are, in principle, identical with the rules which govern substantive law contracts. In addition, even the authors who opt for a procedural nature of such contracts agree that the principle of freedom of contract applies to them. For these reasons, discussions about the nature of procedural contracts have become rather scarce over the last years and play almost no role in practice” (Christoph Alexander Kern, “Procedural contracts in Germany”, n. II.2, p. 218-219).

jurídicos processuais propriamente ditos (*con efficacia obbligatoria*, que criam obrigações para as partes adotarem certos comportamentos) possuem natureza ou qualidade “material” e não processual.⁷⁶

A distinção, tal como delineada por Christoph Alexander Kern, na Alemanha, e por Luca Penasa, na Itália, também não é adequada ao direito processual civil brasileiro: aqui, todos os negócios jurídicos processuais possuem natureza (ou qualidade) processual (v. n. 3.1, acima), tanto aqueles cujo objeto é o procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa, quanto aqueles cujo objeto é situação jurídica processual.

Por fim, Lorena Miranda Santos Barreiros se refere a outra espécie de negócio jurídico processual, com fundamento no critério do objeto: os negócios jurídicos processuais “*relativos ao objeto litigioso do processo (a exemplo da transação extintiva do litígio e do reconhecimento da procedência do pedido)*”⁷⁷, aos quais, todavia, Diogo Assumpção Rezende de Almeida atribui natureza ou qualidade “material”.⁷⁸

⁷⁶ Confira-se: “*Sulla base di tali considerazioni sembra più congruo accogliere la posizione di Schiedermaier e concludere che i negozi bilaterali processuali sono solo quelli che producono effetti immediati e diretti su posizioni giuridiche processuali. I negozi con cui le parti si impegnano a tenere o a non tenere una determinanda condotta nel processo, in quanto produttivi di obbligazioni, non appartengono al campo del diritto processuale, ma a quello del diritto sostanziale: sono veri e propri contratti, soggetti in tutto e per tutto al regime previsto per questi atti. Nel caso di inadempimento delle obbligazioni che in essi trovano fonte si potrà soltanto agire per il risarcimento del danno e, se possibile, per l'adempimento*” (Luca Penasa, “Gli accordi processuali in Italia”, n. 3, p. 268-269).

⁷⁷ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.2.3.2, p. 140.

⁷⁸ Confira-se: “*Cabe desde já distinguir esses pactos processuais sobre os quais ora se discorre daqueles acordos obtidos no processo. Estes, alcançados incidentalmente no decorrer da relação jurídica processual, muitas vezes estimulados pelo Estado por meio de espaços inseridos por lei no procedimento – audiências com o fim precípua de conciliação – ou através do incentivo do próprio magistrado, dizem respeito ao direito material e não ao direito processual. A solução do conflito mediante negociação ou sob o auxílio da conciliação promovida por conciliador, mediador ou juiz tem natureza jurídica de transação – quando estabelecido por meio de concessões mútuas promovidas pelos litigantes -, ou de renúncia a direitos – reconhecimento da procedência do pedido, pelo réu, ou renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, pelo autor, além de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). A transação, que possui natureza contratual e está prevista no art. 840 e seguintes do Código Civil, corresponde a um acerto entre as partes em uma contenda com vistas a pôr fim à controvérsia mediante a adoção de atos dispositivos, pelos quais as partes aceitam reduzir suas pretensões iniciais para que ambos os interesses em jogo sejam pelo menos em parte atendidos. Tem como objeto, portanto, o próprio direito material. Após a celebração do contrato de transação, não mais será necessário o processo ou qualquer outro mecanismo de solução de conflito, por tratar-se de formalização de acordo que representa o fim do litígio. Diferente, porém, é o instituto objeto do presente estudo. O acordo processual não visa solucionar o conflito, mas regulamentar, nos moldes desejados pelas partes, o próprio método de solução, isto é, o exercício da jurisdição*” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.1, p. 113-114).

A natureza ou qualidade “material” ou “substancial” do objeto litigioso do processo não impede que se atribua ao negócio jurídico que o tem por objeto a natureza ou qualidade processual. Se o critério atributivo da qualidade processual aos fatos jurídicos em sentido amplo é a capacidade em tese de produzir efeitos processuais (v. n. 2.2, acima), é possível admitir a espécie de negócios jurídicos processuais sobre o objeto litigioso do processo.⁷⁹

3.3.4. Os negócios jurídicos processuais prévios e incidentais – o critério do momento de celebração

Segundo o critério do momento de celebração, os negócios jurídicos processuais podem ser *negócios jurídicos processuais prévios* ou *negócios jurídicos processuais incidentais*, conforme sejam celebrados antes ou durante o curso do processo a que se referem, respectivamente.⁸⁰

⁷⁹ Confira-se, nesse sentido, Pedro Henrique Nogueira: “Não interessa, dogmaticamente, discutir se o fato em questão, diante de tais circunstâncias, seria de direito substancial ou de direito processual. Esse fenômeno pode ser satisfatoriamente explicado como manifestação da incidência múltipla das regras jurídicas. Nada impede que se eleja simultaneamente como suporte fático de regras jurídicas distintas o mesmo evento histórico (...). Temos, dessa maneira, duas regras jurídicas distintas, mas com identidade (total ou parcial) de suportes fáticos. A concretização de cada suporte fático ensejará a incidência das normas jurídicas e, logicamente, o surgimento de fatos jurídicos distintos com consequências (efeitos jurídicos) diversos. Portanto, não se pode pôr como obstáculo intransponível para a caracterização de um fato jurídico como ‘processual’ a circunstância de estar ele contemplado e poder vir a configurar, ao mesmo tempo, um fato jurídico de direito material” (*Negócios jurídicos processuais*, cap. II, n. 2.9.1, p. 70-71). Confira-se, ainda, em Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira, *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, § 1.º, n. 3, p. 36-37. Sobre a “múltipla incidência”, mencionada por Pedro Henrique Nogueira, confira-se Pontes de Miranda: “O mesmo fato ou complexo de fatos pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica. Então, as regras jurídicas incidem e fazem-no fato jurídico de cada uma delas, com a sua respectiva irradiação de eficácia. No mundo jurídico, ele é múltiplo; entrou, ou reentrou por várias aberturas, levado por diferentes regras jurídicas, sem deixar de ser, fora desse mundo, ou nele mesmo, inicialmente, um só. Nada impede que o mesmo fato seja suporte fático de regras de direito civil, de direito penal, de direito processual, de direito constitucional ou de direito das gentes; às vezes, é suporte fático de regras de sistemas jurídicos de diferentes Estados” (*Tratado de direito privado*, t. I, § 10, n. 1, p. 85-86).

⁸⁰ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “Tomando-se por referência o momento de sua celebração, as convenções serão prévias (ou pré-processuais ou preparatórias ou antecedentes) quando celebradas antes da instauração do processo. Serão, por outro lado, incidentais (ou interlocutórias ou subseqüentes) quando se referirem a litígio já instaurado perante o Poder Judiciário” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.2.3.3, p. 145). Contra, confira-se a opinião de Pedro Henrique Nogueira: “Considerando que o critério que aqui elegemos para segregar os fatos processuais dos fatos não processuais em sentido amplo, todos os negócios jurídicos processuais seriam necessariamente interlocutórios” (*Negócios jurídicos processuais*, cap. IV, n. 11, p. 201). O autor, como visto (v. n. 2.2, acima), afirma “ser um elemento completante do núcleo do suporte fático do fato jurídico processual a existência de um procedimento a que se refira”, razão pela qual “sem a pendência do

A eleição consensual de perito (art. 471 do CPC/2015) inserida, por exemplo, em contrato de sociedade empresária limitada, é exemplo de negócio jurídico processual prévio. O compromisso arbitral judicial (art. 9.º, § 1.º, da Lei 9.307/1996), por sua vez, é exemplo de negócio jurídico processual incidental.

Segundo Antonio do Passo Cabral, porém, “*tradicionalmente, a doutrina foi refratária às convenções sobre situações processuais futuras*”, sob o fundamento de que “*as partes da avença deveriam ser ‘protegidas’ das vinculações que pudessem assumir de maneira irrefletida ou precipitada, num momento em que não poderiam prever as consequências do pacto*”.⁸¹

Contudo, para o autor, além de se tratar de “*interpretação equivocada dos primeiros textos alemães sobre a matéria*”, a tese de inadmissibilidade dos negócios jurídicos processuais prévios é fundamentada “*numa concepção paternalista do processo*”, que não poderia “*jamais ser generalizada como aplicável a toda e qualquer convenção processual*”.⁸²

Como escreve Loïc Cadiet, “*les parties ne sont pas condamnées à attendre qu’un litige survienne entre elles pour se préoccuper de l’éventualité de la résoudre à l’amiable*”, isto é, as partes não estão condenadas ou não devem estar condenadas a esperar pelo surgimento do litígio para, somente então, preocuparem-se com o modo de o resolver.⁸³

procedimento, portanto, pode até haver fato jurídico (lato sensu), mas não há fato jurídico processual. A processualidade fica condicionada ao surgimento de um procedimento” (Negócios jurídicos processuais, cap. II, n. 2.9.2, p. 73). Por isso, segundo o autor, “não se fala em negócio jurídico processual sem que haja um procedimento a que se refira. Negócios jurídicos que têm em mira futuras demandas não são adjetivados como ‘processuais’, falta-se a ‘processualidade’ insita à existência concreta de um procedimento ao qual se refira” (Negócios jurídicos processuais, cap. VI, n. 5, p. 269).

⁸¹ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.4.2.1.1, p. 84.

⁸² Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.4.2.1.1, p. 84-85.

⁸³ Loïc Cadiet, “Les conventions relatives au procès en droit français”, n. 2, p. 10. Em verdade, de acordo com Loïc Cadiet, “*en amont de la naissance du litige, le principe de la liberté contractuelle leur offre la possibilité de prévoir, dans leur convention, des clauses relatives à la solution d’un litige éventuel (...). Cette prévision est un exercice de sagesse contractuelle car le moment de la formation d’un contrat est le plus propice à la conclusion de clauses relatives au litige susceptible de naître entre les parties. A ce moment, en effet, l’accord règne entre les parties et cette entente leur permet précisément d’envisager, à froid si ce n’est avec sérénité, l’inexécution éventuelle de leurs obligations et la solution du désaccord futur qui pourrait en résulter*” (“Les conventions relatives au procès en droit français”, n. 2, p. 10-11). Em tradução livre: “No momento do nascimento do litígio, o princípio da liberdade contratual oferece às partes a possibilidade de prever, em sua convenção, cláusulas relativas à solução de um litígio eventual (...). Essa previsão é um exercício de sabedoria contratual, porque o momento de formação de um contrato é o mais propício à celebração de cláusulas relativas ao litígio suscetível

Com efeito, basta assegurar a previsibilidade: para tanto, existe o requisito de validade do objeto preciso, determinado ou determinável dos negócios jurídicos processuais atípicos, melhor examinado mais adiante (v. n. 6.3.3, abaixo). As partes podem, ainda, inserir no negócio jurídico processual cláusulas de adaptação, com o objetivo de assegurar, em geral, a previsibilidade do negócio jurídico processual.⁸⁴

O art. 190 do CPC/2015 prevê expressamente a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos prévios (“antes ou durante o processo”) e reforça a adoção da tese dos efeitos (processuais) gerados pela ocorrência do fato como critério atributivo da qualidade processual aos fatos jurídicos (v. n. 2.2, acima). São admissíveis, portanto, negócios jurídicos processuais atípicos prévios.

3.3.5. Os negócios jurídicos processuais típicos e atípicos - o critério da existência de previsão legal

Por fim, segundo o critério da existência de previsão legal, os negócios jurídicos processuais podem ser *negócios jurídicos processuais típicos* ou *negócios jurídicos processuais atípicos*.⁸⁵

de nascer entre as partes. Neste momento, com efeito, o acordo reina entre as partes e esse acordo lhes permite precisamente considerar, friamente, se não com serenidade, a inexecução eventual de suas obrigações e a solução do desacordo futuro que dele poderá resultar”.

⁸⁴ Sobre as cláusulas de adaptação, confira-se Antonio do Passo Cabral: “*Em princípio, nada dispondo o acordo, as partes são sempre livres para renovar, prorrogar ou adaptar as cláusulas convencionais. Aplica-se a máxima in dubio pro libertate. Várias espécies de convenções já preveem, no acordo inicial, disposições sobre sua adaptação futura. São as chamadas ‘cláusulas de adaptação’, pelas quais a convenção, por assim dizer, ‘organiza sua própria revisão’. Em geral, esse tipo de cláusula de adaptação é mais afeta aos acordos de médio e longo prazo, ou àqueles destinados a reger conflitos que, caso venham a ser judicializados, tendam a uma tramitação mais alongada. É um tipo de cláusula útil em acordos prévios ao processo, porque o contexto de negociação, se comparado com aquele do litígio, pode vir a alterar-se sensivelmente*” (Convenções processuais, n. 6.2, p. 393).

⁸⁵ Confira-se, por exemplo, Pedro Henrique Nogueira: “*Na doutrina civilista, é habitual encontrar a classificação dos contratos em típicos, conforme estejam reconhecidos formalmente pelo direito, e atípicos, quando o respectivo modelo não estiver previamente regulado em lei. A atipicidade contratual vem prevista no art. 425 do Código Civil. É útil a utilização do mesmo critério para classificar os negócios jurídicos processuais, sobretudo a partir do CPC/15. Assim, no direito brasileiro, pode-se admitir a existência de negócios processuais típicos, quando o respectivo modelo já vier previamente estabelecido (v.g., acordo para suspensão do processo, art. 313, II), bem como de negócios processuais atípicos, quando não houver previsão, mas abertura do sistema para a estipulação negocial como fruto do exercício do poder de autorregramento da vontade. Esses negócios podem resultar de novos arranjos negociais, combinação ou fusão de negócios típicos. A possibilidade de*

A distribuição convencional do ônus da prova é exemplo de negócio jurídico processual típico (art. 373, §§ 3.º e 4.º, do CPC/2015). A distribuição convencional dos ônus de sucumbência é exemplo de negócio jurídico processual atípico.

O art. 190 do CPC/2015, mais adiante melhor examinado (v. n. 3.6, abaixo), prevê a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual atípico, objeto desta dissertação de mestrado.

3.4. O HISTÓRICO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A compreensão da história dos negócios jurídicos processuais pressupõe a compreensão de suas diferentes espécies, antes já examinadas (v. n. 3.3, acima). Portanto, justifica-se a exposição da história dos negócios jurídicos processuais depois (e não antes, como tradicionalmente se faz) da exposição das espécies dos negócios jurídicos processuais.

O direito processual civil adquiriu sua autonomia científica e didática no final do século XIX (v. n. 1, acima), apesar da existência de fenômenos processuais que remontam, por exemplo, ao direito romano. Contudo, para os fins a que se destina esta dissertação do mestrado, o exame da história dos negócios jurídicos processuais não exige que se examine passado tão distante.

Some-se a isso a controvérsia a seguir exposta: Antonio do Passo Cabral afirma que a *litiscontestatio* do direito romano é o “protótipo” dos negócios jurídicos processuais.⁸⁶ José Rogério Cruz e Tucci, por sua vez, afirma peremptoriamente que “*esta prerrogativa que agora reveste a atuação processual dos litigantes não guarda qualquer similitude substancial com a denominada litiscontestatio*”.⁸⁷

negociação processual atípica entre as partes vem consagrada explicitamente na norma do art. 190, caput, do CPC/15” (Negócios jurídicos processuais, cap. IV, n. 11, p. 203).

⁸⁶ Confira-se: “*Mas os acordos são uma prática tão antiga quanto o próprio direito. Desde que o ser humano começou a viver em grupos ou tribos, os integrantes desses agrupamentos respeitavam regras de convivência aceitas entre todos. E já nos primórdios do direito processual, ainda no direito romano, vemos o que poderia ser descrito como o protótipo dos acordos processuais: a litiscontestatio*” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, p. 33).

⁸⁷ José Rogério Cruz e Tucci, “*Natureza e objeto das convenções processuais*”, n. 7, p. 27.

Em verdade, mesmo Antonio do Passo Cabral reconhece que “a natureza efetivamente contratual da *litiscontestatio* é, de fato, duvidosa”.⁸⁸ Afinal, segundo o autor, a formalização da *litiscontestatio* era obrigatória: não era um ato de liberdade dos litigantes (como são os negócios jurídicos processuais – v. n. 3.5.1, abaixo), mas, sim, um ato de dever, de cuja formação inclusive o juiz participava.⁸⁹

Assim, por essas razões, o ponto de partida do exame da história dos negócios jurídicos processuais será o século XIX, período em que não só o direito processual civil adquire autonomia científica e didática, como também em que o fenômeno (a negociabilidade processual) é, efetivamente, examinado pela primeira vez com formatação muito próxima da atual.

Com efeito, de acordo com Antonio do Passo Cabral, os negócios jurídicos processuais, sob a designação de “acordo processual” ou “contrato processual”, foram examinados pela primeira vez com mais profundidade em 1887, na Alemanha, por Josef Kohler, que sustentava que o conceito de “contrato” pertencia à teoria geral do direito – e não exclusivamente ao direito privado.⁹⁰

Contudo, o direito processual civil do final do século XIX, na Alemanha, foi significativamente influenciado por Oskar von Bülow e por sua teoria da relação jurídica processual como relação de direito público (v. n. 1, acima) e, ainda segundo Antonio do Passo Cabral, o autor polonês rejeitava a possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais, porque não poderiam negociar sobre os poderes do juiz.⁹¹

⁸⁸ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, p. 35, nota de rodapé 8.

⁸⁹ Confira-se: “A natureza efetivamente contratual da *litiscontestatio* é, de fato, duvidosa. Primeiramente, era obrigatória, ao contrário da liberdade ínsita aos negócios jurídicos. De outro lado, além da vontade dos litigantes, a *litiscontestatio* exigia ainda a intervenção do magistrado, que deveria aprovar a fórmula, a qual ele mesmo redigia em conformidade com as indicações da parte autora” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, p. 35, nota de rodapé 8).

⁹⁰ Confira-se, mais uma vez: “Ainda no séc. XIX, mais precisamente em 1887, o conceito de acordo ou contrato processual foi tratado mais aprofundadamente pela primeira vez por Josef Kohler (...). Kohler sustentava que a vontade das partes poderia ser orientada negocialmente para produzir efeitos no processo, determinando a conformação de situações jurídicas processuais; e que o ‘contrato’ seria uma categoria da teoria geral do direito, e não somente do direito privado. Partia, então, de uma ampla convencionalidade processual: toda vez que o ordenamento ofertasse às partes uma opção de interferência no procedimento entre duas alternativas, elas poderiam fazê-lo por contrato, reduzindo as possibilidades a uma dessas alternativas” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.1, p. 107-108).

⁹¹ Confira-se: “Desde então, a literatura de origem germânica sempre discutiu vivamente o tema dos acordos processuais. Sem sombra de dúvida, foi na Alemanha que o tema recebeu maior atenção

Por tudo isso, “o tema dos contratos e convenções processuais não teve destaque na jurisprudência alemã do séc. XIX”.⁹² Mais tarde, ainda de acordo com Antonio do Passo Cabral, a tese da inadmissibilidade de negócios jurídicos processuais em razão da natureza pública da relação jurídica processual foi também sustentada em outros países europeus, a exemplo da Itália.⁹³

*doutrinária e teve a produção acadêmica mais exuberante. Não obstante, e apesar do prestígio de Kohler e de tantos outros que trataram da matéria ex professo, o tema dos acordos e convenções processuais não teve destaque na jurisprudência alemã do séc. XX. E isso talvez se deva à posição de Oskar von Bülow (...). Sua tese plasmava-se na premissa de que a relação jurídica é pública por englobar o Estado-juiz; por isso, diferenciava-se da relação jurídica de direito material subjacente a ela (a res in iudicium deducta). Seguindo essa linha de pensamento, em outro estudo seminal, Bülow sustentou que os acordos processuais seriam inadmissíveis, porque, ante a publicidade da relação jurídica processual, seria vedado às partes convencionar sobre poderes de outrem (o Estado-juiz)” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.1 e 2.2, p. 108-110). Em verdade, segundo Guilherme Henrique Lage Faria, “as cogitações de Bülow sobre o processo centram-se no poder que deve se dar à magistratura diante de sua imensa importância na construção do direito. Com efeito, o processo deveria servir apenas como meio apto a legitimar as preconcepções privilegiadas do juiz, não havendo justificativa para a manutenção de qualquer aspecto formal que limitasse sua ingerência (...). Tornam-se, portanto, cristalinos os motivos pelos quais a teoria processual desenvolvida por Bülow não poderia ser a mesma abordada pelas perspectivas processuais anteriores (privatísticas), mas como relação jurídica de direito público vinciativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveriam ser totalmente controladas pelo juiz, através dos vínculos de subordinação (elementos inerentes ao modelo social de processo calcado em bases imanentistas do direito). O comando da relação processual pelo juiz permitiria o controle de todo o direito vigente, haja vista a possibilidade de criação de normas através da decisão judicial (...). Em Bülow, via de consequência, a dialeticidade do processo e a influência das partes na formação do provimento ao qual irão se submeter são suplantadas por uma postura de superioridade do julgador em relação a elas, sendo o contraditório relegado a mero elemento formal validador de uma jurisdição monológico-salvacionista exercida pelo agente estatal instituído da função judicante, o qual possuía um ‘saber privilegiado’, assumindo as partes o papel de meros colaboradores do julgador na formação da decisão (...). Sob tal concepção de processo, verifica-se inoportuna qualquer tentativa de estabelecimento de um procedimento convencional pelas partes, ou destas em conjunto com o juiz, haja vista que, se o julgador não estava limitado nem mesmo pelo direito material, a ideia de observância da estrutura procedimental também restou claramente prejudicada, caindo por terra qualquer pretensão de se procedimentalizar a atividade jurisdicional, e por conseguinte, de celebração de acordos de procedimento” (*Negócios processuais...*, n. 5.4.1, p. 151-154).*

⁹² Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.1, p. 108-109. Com efeito, afirma Peter Schlosser que “das deutsche Recht steht noch immer unter dem Bann, es dürfe keinen “Konventionalprozess” geben. Das hat schon das ehemalige Reichsgericht in einer seiner ersten Entscheidungen festgehalten. In einem See-Versicherungsfall hatten die Parteien – vermutlich auf dem Formblatt der Versicherung – vereinbart, solche Beweis und Gegenbeweismittel sollten ausreichen, die nach kaufmännischer Sicht genügen. Daraus hat man bis jetzt die Schlussfolgerung gezogen, Vereinbarungen der Parteien könnten nur dann “unmittelbar” auf den Prozess einwirken, wenn das Gesetz sie ausdrücklich zulasse” (“Eiverständliches Parteihandeln im deutschen Zivilprozess”, n. I, p. 139). Em tradução livre: “O direito alemão continua banindo a ideia de que poderia existir um *konventionalprozess* [“processo convencional”]. Isso já foi sustentado pelo antigo *Reichsgericht* [órgão jurisdicional de máxima hierarquia na Alemanha, entre 1879 e 1945] em uma de suas primeiras decisões. Em um caso de seguro marítimo, as partes estabeleceram um acordo – presumivelmente no próprio formulário do seguro – sobre quais os meios de obtenção de provas e contraprovas seriam suficientes na visão dos contratantes. A partir disso, extraiu-se a conclusão de que os acordos entre as partes somente poderiam impactar no processo, quando a lei expressamente assim estabelecesse”.

⁹³ Confira-se: “Rapidamente, até pela adesão que a concepção publicista do processo ganhou tanto na Alemanha quanto no restante da Europa, a tese de Bülow se popularizou. Forjou-se uma premissa de

Contribuiu para tanto, ainda e segundo Diogo Assumpção Rezende de Almeida, o “modelo social de processo” de Franz Klein, na Áustria do fim do século XIX. O “modelo social de processo”, em que prevalecia a figura do juiz, contrapunha-se ao “modelo liberal de processo”, até então vigente. Com origem na Áustria, o “modelo social de processo” posteriormente teria influenciado também diversos autores de direito processual civil em outros países da Europa.⁹⁴

Assim, na Itália, por exemplo e segundo Antonio do Passo Cabral, Giuseppe Chiovenda admitia apenas negócios jurídicos processuais *típicos*, assim como Salvatore Satta, que inicialmente rejeitava em absoluto a possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais.⁹⁵ Em geral, nenhum autor italiano teria examinado com profundidade os negócios jurídicos processuais.⁹⁶

proibição do chamado ‘processo convencional’ (Konventionalprozeß). Privilegiava-se o caráter público decorrente da presença da autoridade estatal e dele se extraía a ausência de espaços para os acordos processuais” (Antonio do Passo Cabral, Convenções processuais, n. 2.2, p. 110-111).

⁹⁴ Confira-se: “A legislação concebida por Franz Klein, o Código Austríaco de 1895, é o início dessa tendência socialista, posteriormente fomentada pela academia alemã e italiana (...). As ideias de Klein encontraram eco fora da Áustria. Chiovenda, desde o início de sua atividade acadêmica, em 1901, mostrava-se contrário ao modelo liberal de processo, que servia de alicerce à legislação francesa e também ao então vigente CPC italiano de 1865 (...). A nova doutrina italiana do início do século XX repudiava o sistema do Código vigente em seu país e responsabilizava o controle das partes no processo pela sua demora. As tentativas de reforma que se sucederam até a nova codificação de 1940 inspiraram-se sempre, em maior ou menor medida, nessa nova ideologia, que transferia a gestão do processo para as mãos do Estado-juiz” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, A contratualização do processo, n. 2.3.1 e 2.3.1.1, p. 67-69). Com efeito, segundo Leonardo Greco, “foi a influência do socialismo, especialmente através do jurista austríaco Anton Menger, na elaboração do Código do seu país de 1895, que deu origem ao movimento de publicização do processo civil, que dominou a doutrina do século XX, impondo um corpo de ideias impregnadas de autoritarismo, porque disciplinadoras de sistemas processuais não mais estruturados sob a perspectiva das partes, mas do juiz, como órgão do Estado e porta-voz do ordenamento jurídico” (“Publicismo e privatismo no processo civil”, n. 2, p. 31).

⁹⁵ Antonio do Passo Cabral se refere à obra de Salvatore Satta de 1932 (*Contributo alla dottrina dell’arbitrato*), mas reconhece que, em 1958, o autor italiano admitiu negócios jurídicos processuais, desde que típicos. Confira-se: “In contrasto infatti con la tendenza generale della dottrina a considerare la norma processuale come norma di diritto pubblico, la volontà privata appare spesso determinante delle situazioni processuali: sia unilateralmente, quando, ad esempio, la legge subordina l’attività del giudice all’istanza di parte, o condiziona il prodursi di un determinato effetto all’attività di parte, casi tipici l’eccezione di incompetenza territoriale o il rilievo delle nullità (art. 157 c.p.c), sia bilateralmente, quando appunto la legge riconosce a determinati accordi efficacia nel processo (...). E per essi sorge il problema se si possano ammettere accordi processuali fuori dei casi stabiliti dalla legge del processo. In generale si deve dire no: in ogni caso è da escludere che tali accordi possano modificare forme o termini stabiliti a pena di nullità o di decadenza (ad esempio, prorogare i termini di impugnazione, di estinzione) o alterare l’ordine stabilito per la garanzia della giustizia (ad esempio, rinuncia preventiva all’impugnazione)” (Salvatore Satta, “Accordo (diritto processuale civile)”, p. 300-301).

⁹⁶ Confira-se: “Na Itália, alguns autores aderiram à posição de Bülow. Dentre os clássicos, ainda no início do séc. XX, Chiovenda admitia os acordos, mas opunha diversas restrições. Uma delas seria a necessidade de expressa previsão legal: ou seja, para ele, só seriam cabíveis convenções processuais típicas (...). Contudo, na literatura italiana, poucas foram as referências aos negócios processuais em obras de maior fôlego. Alguns assuntos específicos tiveram maior atenção, porque relacionados a

Segundo Luca Penasa, o conceito de negócio jurídico processual sofreu um “duro golpe”, na Itália do final da década de 1950, golpe que teria sido fatal para sua autonomia conceitual e atribuído a Vittorio Denti, em *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, de 1959.⁹⁷ Mais tarde, em 1978, Vittorio Denti escreveu o verbete “*Negozi processuale*”, na *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, em que reafirmou os seus argumentos.

Em síntese, Vittorio Denti negava natureza ou qualidade processual ao negócio jurídico de autocomposição, por exemplo: afirmava que “*il negozio di conciliazione non ha alcun ‘contenuto’ processuale autonomo, dissociabile dal suo ‘contenuto’ sostanziale, essendo la volontà delle parti diretta solo ed unicamente alla regolamentazione della situazione sostanziale. La cessazione del processo, invece, costituisce un effetto ex lege (o, se si vuole, secondario) della conciliazione*”.⁹⁸

Ao tratar do negócio jurídico de convenção de arbitragem, o autor igualmente lhe rejeitava natureza ou qualidade processual: afirmava que se tratava de negócio jurídico “*sostanziale*” com mera “*relevância processual*”, pois sua “*incidenza nel processo non è determinata direttamente dall’atto negoziale*”, mas, sim, pelo ato processual em sentido estrito (a exceção processual de convenção de arbitragem) *através do qual a parte alega a existência da convenção de arbitragem*.⁹⁹

problemas e questões pesquisadas no direito privado, como as conhecidas cláusulas solve et repete, frequentemente enfrentadas, em doutrina, tanto por processualistas como por civilistas. Como se vê, os renomados autores italianos que fundaram a ciência do direito processual peninsular não se dedicaram com afinco ao tema. Dentre os italianos, Salvatore Satta foi quem mais ecoou as premissas do publicismo, tendo sido um dos maiores opositores dos acordos processuais, negando a convencionalidade como característica do processo. Afirmava, na mesma linha de Bülow, que a relação jurídica processual é pública e esta qualidade impediria qualquer convenção, porque no processo estariam em jogo interesses públicos, pertencentes a toda a sociedade. Satta negava peremptoriamente que o contrato pudesse ser um instituto próprio do direito público, e assim a vontade das partes não poderia determinar efeitos jurídicos no processo, criando ou modificando situações jurídicas processuais” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.3, p. 112-114). Luca Penasa afirma que, no início do século XX, a doutrina italiana de direito processual civil em geral admitia apenas negócios jurídicos processuais típicos, em “*posizioni analoghe a quelle espresse da Bülow in Germania*” (“Gli accordi processuali in Italia”, n. 5, p. 275).

⁹⁷ Confira-se: “*La categoria del negozio processuale ha subito un duro colpo ad opera delle critiche svolte da Vittorio Denti sul finire degli anni 50 dello scorso secolo e successivamente ribadite dall’autore. Tali critiche si sono rivelate sostanzialmente fatali per il negozio processuale e sono state recepite (più o meno acriticamente) dalla dottrina successiva, come dimostra la circostanza che in vari studi relativi ad atti che avrebbero potuto essere annoverati nella categoria dei negozi (o, ove bilaterali, degli accordi) processuali, si è preferita una qualificazione differente*” (“Gli accordi processuali in Italia”, n. 1, p. 257).

⁹⁸ Vittorio Denti, “*Negozi processuale*”, n. 3, p. 140.

⁹⁹ Confira-se: “*Quanto alla prima categoria di atti [os atos jurídicos praticados fora da relação jurídica processual que produzem supostos efeitos processuais], frequentemente è stata, come si è già*

Giuseppe Chiovenda, por sua vez, afirmava que “*as normas processuais nem sempre são absolutas ou cogentes, mas eventualmente dispositivas, seja porque, por vezes, a lei pode ter em vista o interesse individual (...), seja porque a lei pode, outras vezes, ter em conta o conhecimento, pelas partes, das circunstâncias concretas da lide para deixá-las regular alguns pontos na relação processual*”.¹⁰⁰

O autor concluía, porém, que “*não existe, pois, um processo convencional, quer dizer, ao juiz e às partes não é permitido governar arbitrariamente o processo; mas em certos casos é livre às partes desatenderem a uma norma processual (...). Se as partes gozam ou não dessa liberdade, deve ressaltar dos termos expressos da lei ou do escopo da norma determinada: na dúvida, as normas processuais devem reputar-se cogentes*”.¹⁰¹

Francesco Carnelutti, por outro lado, reconhecia que o negócio jurídico - conceito amplíssimo na obra do autor, correlato ao de “direito subjetivo” - não era conceito exclusivo do direito privado e que, portanto, era conceito aplicável ao direito processual civil. Contudo, o autor afirmava que eram raros os negócios jurídicos processuais “discricionários”, em contraposição aos negócios jurídicos processuais “vinculados”, na sua complexa classificação dos atos processuais.¹⁰²

ricordato, la loro definizione come negozi giuridici processuali: così per il compromesso e per l'acquiescenza. Tale definizione, peraltro, non ha indotto la dottrina a sottrarre la validità di tali atti al regime del diritto sostanziale, essendo comunemente riconosciuto che la loro disciplina è quella dei negozi giuridici privati. La qualifica di 'processuali' attribuita a tali atti null'altro esprime, quindi, se non il loro operare nel proceso; ma non si tratta propriamente di un 'effetto' processuale, bensì di una mera 'rilevanza' processuale, dal momento che l'incidenza nel processo non è determinata direttamente dall'atto negoziale, bensì dall'atto processuale con cui il primo è fatto valere (...). Ad esempio, l'effetto negativo sulla giurisdizione, che è proprio del compromesso, non consegue immediatamente alla sua stipulazione, bensì alla eccezione di compromesso, come esercizio di un potere processuale (di difesa) della parte. Della fattispecie di questo potere il negozio sostanziale rappresenta solo uno degli elementi costitutivi, ed è quindi dotato di mera rilevanza nell'ambito della fattispecie stessa” (Vittorio Denti, “Negozio processuale”, n. 4, p. 141).

¹⁰⁰ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 24, p. 99. Confirma-se, no idioma original, em *Principii di diritto processuale civile*, § 4.º, n. II, p. 102.

¹⁰¹ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 24, p. 99. Confirma-se, no idioma original, em *Principii di diritto processuale civile*, § 4.º, n. II, p. 102.

¹⁰² Confirma-se: “*Alla stregua di tali caratteri ci sarà facile ravvisare la figura del negozio giuridico in più d'una tra le categorie degli atti tracciate secondo i criteri della tecnica processuale. Il concetto del negozio giuridico, elaborato dai cultori del diritto privato, non poteva non trapiantarsi sul terreno del diritto pubblico e, in particolare, del diritto processuale quando anche su questo si scopersse la esistenza del diritto subbiiettivo appunto perché diritto subbiiettivo e negozio giuridico sono termini correlativi: il diritto privato o, in genere, il diritto materiale ne rappresenta dunque soltanto la zona di emersione, dalla quale poi il concetto doveva dilagare su tutto il territorio del diritto. Probabilmente, una delle difficoltà che si sono oposte al trapianto è derivata dal difetto di distinzione tra il negozio discrezionale e il negozio*

Por fim, Piero Calamandrei, diante do *Codice di Procedura Civile* de 1942, sustentava o *principio da autoridade* no processo: considerava necessário atribuir ao juiz os poderes necessários para o adequado funcionamento da função jurisdicional e, por outro lado, inadequado ao “caráter público da função jurisdicional” um sistema em que o juiz não possuísse tais poderes.¹⁰³

Segundo o autor, às partes eram assegurados os poderes de iniciar e encerrar o processo. Contudo, “*mientras el proceso está en curso entre estos dos momentos extremos, el nuevo Código ha reforzado notablemente el predominio del impulso oficial (...); pero una vez puesta en movimiento la máquina de la justicia, la velocidad de marcha de la misma no puede ya depender de la velocidad de las partes*”.¹⁰⁴

De fato, de acordo com Remo Caponi, um dos fatores para que nenhum autor italiano tenha examinado com profundidade os negócios jurídicos processuais foi o Código de Processo Civil italiano de 1942, caracterizado pelo “*rafforzamento dell'autorità del giudice, nel quadro della concezione del processo civile come mezzo di attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto*”.¹⁰⁵

vincolato; poichè per lungo tempo la attenzione dei pratici e perfino degli scienziati è stata assorbita da quel tipo di negozio discrezionale, che è il contratto, e le manifestazioni di questo nel campo processuale sono piuttosto rare, è parso che ivi non dovesse allignare affatto il negozio” (Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. II, n. 420, p. 78).

¹⁰³ Confira-se: “*Entre todos los caracteres del nuevo proceso, aquel sobre el cual se ha insistido más en los trabajos preparatorios y más se insiste en los primeros comentarios, es el del reforzamiento de los poderes del juez: tendencia inspiradora de toda la reforma, que, presentada por Chiovenda en su proyecto de 1919 como exigencia de orden técnico, se ha afirmado en estos últimos años sobre todo como exigencia de orden político, como expresión, en el proceso, del principio de autoridad que tiene puesto de honor en el ordenamiento constitucional del Estado. De la consideración de la jurisdicción, también en materia civil, como una función pública, se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para poder cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego; y basta reconocer el carácter público de la función jurisdiccional para deber considerar como técnicamente inadecuado a los fines de la justicia un sistema en que ‘el juez asiste como espectador impasible, y acaso impotente (...)’. Pero esta exigencia técnica se transforma en un postulado de orden político cuando la relación entre el juez y las partes se considerada como la proyección, en el ámbito del proceso, de la más general concepción en que se inspiran en el Estado las relaciones entre el ciudadano y la autoridad: parece, por consiguiente, natural que a toda variación de equilibrio político entre autoridad y libertad, corresponda, en el micocosmos del proceso, una variación análoga del punto de encuentro entre los poderes del juez y los de las partes; y que allí donde predomina el autoritarismo en el ordenamiento general del Estado, se hable de buen grado del principio de autoridad también en el proceso civil*” (Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, § 57, p. 393-394).

¹⁰⁴ Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, § 58, p. 399-400.

¹⁰⁵ Remo Caponi, “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”, n. 9, p. 107.

Hernando Devis Echandía, autor colombiano, ao escrever sobre a teoria geral do processo na América Latina sustentava que a lei estabelece os procedimentos que devem ser seguidos, “*sin que les sea permitido a los particulares, aun existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, ni a las autoridades o a los jueces modificarlos o permitir sus trámites*”, ressalvada expressa autorização legal.¹⁰⁶

Enfim, Antonio do Passo Cabral afirma que o direito processual civil do final do século XIX e do século XX foi caracterizado pelo “*hiperpublicismo*”: os escopos ou objetivos públicos do processo seriam mais relevantes do que os escopos ou objetivos particulares do processo; a lei, em regra cogente, seria a única fonte do direito processual civil e; a condução do processo seria responsabilidade exclusiva do juiz.¹⁰⁷

Em síntese, segundo Lorena Miranda Santos Barreiros, “*o pouco relevo destinado ao tema da autonomia da vontade das partes no processo está, portanto, diretamente relacionado com a concepção processual publicística*”.¹⁰⁸ Em geral, de acordo com a autora, o exame dos negócios jurídicos processuais nos séculos XIX e XX variou “*de intolerância à indiferença, passando pela resistência ao tema*”.¹⁰⁹

Em sentido semelhante, Remo Caponi afirma que a “relação de tensão” entre a autonomia privada e o direito processual civil se deve, genericamente, a dois fatores: deve-se à apropriação estatal da função jurisdicional e da função legislativa-

¹⁰⁶ Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, n. 11, p. 58.

¹⁰⁷ Confira-se: “O publicismo levou à construção dos escopos ou objetivos da jurisdição e do processo com foco nos interesses estatais, especialmente naqueles de pacificação social e proteção do direito objetivo. (...) mesmo ao chegar no ‘escopo jurídico’, o publicismo não se orienta aos jurisdicionados. Não se fala da tutela dos ‘direitos subjetivos’, mas da concretização da lei, i.e., a aplicação do ordenamento objetivo. O sujeito, portanto, surge apenas indiretamente, como titular beneficiado pela aplicação da norma. (...) a lei era a única fonte de norma processual e sua aplicação oficiosa pelo juiz poderia se dar por atos unilaterais, num quadro de total e isolacionista ausência de interação entre os sujeitos do processo (...). No processo judicial, a relação com o ‘outro’ seria sempre mediada pela instituição judiciária ao aplicar a norma legislada, cogente e inderrogável, e assim o encontro de vontades das partes nunca poderia normatizar o processo (...). Se o processo é público, um instrumento do Estado posto à disposição das partes, mas que a elas não pertence, seria natural que os litigantes não pudessem ser os ‘senhores’ dos rumos do procedimento. Assim, opondo-se ao ‘processo de partes’ individualista, que remetia ao privatismo romano, o movimento de publicização levou a um aumento dos poderes do juiz, tendo sido largamente difundida a ideia de que a direção formal do processo caberia exclusivamente ao magistrado” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.4, p. 118-124).

¹⁰⁸ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.1.2, p. 101.

¹⁰⁹ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.1.2, p. 102.

processual, nos séculos XVII e XVIII, e à caracterização do direito processual civil como ramo do direito público, na Alemanha da segunda metade do século XIX.¹¹⁰

Mas, mesmo no século XX, de acordo com Antonio do Passo Cabral, alguns autores alemães examinaram os negócios jurídicos processuais, embora não suficientemente “*para alterar, na prática, a concepção publicista arraigada*”.¹¹¹ Somente no direito processual civil francês do final do século XX é que se (re)iniciou, efetivamente, o desenvolvimento do tema dos negócios jurídicos processuais.¹¹²

Antonio do Passo Cabral examina os negócios jurídicos processuais na França do fim do século XX em duas fases: em primeiro lugar, a fase dos negócios jurídicos processuais institucionais, celebrados entre tribunais e órgãos de classe de advogados; em segundo lugar, a fase dos negócios jurídicos processuais individuais (v. n. 3.3.2, acima).¹¹³

¹¹⁰ Confira-se: “*Il rapporto di tensione tra accordi di parte e processo, tra autonomia privata e disciplina dello strumento istituzionale di composizione delle controversie, non è un dato inscritto nella natura della cosa, ma è un fenomeno storicamente condizionato da due fattori. Il primo fattore si colloca sul piano della storia dei fatti: il disegno dello Stato moderno, fra il seccolo XVII e il secolo XVIII, di appropriarsi della funzione di rendere giustizia e di rivendicare a sé il monopolio della legislazione in materia processuale, nel tentativo di porre rimedio alla degenerazione del processo romano-canonico (...). Il secondo fattore si colloca sul piano della storia del pensiero giuridico. L’origine è un vero e proprio terremoto ideale, che ha il suo epicentro in Germania a metà del secolo XIX e che conduce in pochi lustri ad un cambiamento di natura della riflessione sulla protezione giudiziaria dei diritti rispetto alla sua fondazione giusnaturalista: l’abbandono dell’alveo dello ius privatum e la netta scelta di campo in favore della collocazione del diritto processuale civile entro lo ius publicum*” (Remo Caponi, “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”, n. 4, p. 101-102).

¹¹¹ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.5.1, p. 128. Com outro ponto de vista, confira-se Christoph Alexander Kern, autor alemão, para quem jurisprudência e doutrina alemãs sempre adotaram, em geral, posição relativamente liberal em relação aos negócios jurídicos processuais: “*In Germany, procedural contracts have been discussed for decades, and the courts as well as legal literature have mostly adopted a relatively liberal position*” (“Procedural contracts in Germany”, n. 1, p. 215).

¹¹² Conforme, por exemplo, Diogo Assumpção Rezende de Almeida: “*Do mesmo modo como transcorrido no outro lado do Canal da Mancha, a França também buscou enfrentar as mazelas da justiça por meio da flexibilização procedimental. No entanto, apresentou formato diverso. Enquanto na Inglaterra, de tradição adversarial, buscou-se robustecer os poderes dos magistrados na gestão processual, os civil lawyers franceses concederam 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*” (*A contratualização do processo*, n. 1.3.2, p. 41).

¹¹³ Confira-se: “*O primeiro movimento de base jurisprudencial foi no sentido da celebração de ‘acordos coletivos’ para padronização de formalidades processuais. Foram os chamados protocolos de procedimento firmados entre os tribunais e os órgãos de classe dos advogados. O objetivo inicial foi de adaptar as regras do processo às peculiaridades locais ou regionais que gerassem dificuldades de interpretação e obstáculos de implementação (...). Ao lado desses acordos coletivos, foi-se paulatinamente consagrando na prática o contrat de procédure individual, firmado entre as partes de*

Diogo Assumpção Rezende de Almeida, por sua vez, alude a três fases: em primeiro lugar, a fase do calendário processual, celebrado entre os advogados; em segundo lugar, a fase dos negócios jurídicos processuais institucionais; em terceiro lugar, a fase dos negócios jurídicos processuais individuais.¹¹⁴ Contudo, para o autor, apenas os últimos são verdadeiros negócios jurídicos processuais.¹¹⁵

O desenvolvimento do tema dos negócios jurídicos processuais na França, de acordo com Antonio do Passo Cabral e, em síntese, deu-se “*dos tribunais à doutrina, numa espécie de rebelião da prática contra a teoria (...), da administração judiciária para os acordos em processos jurisdicionais individuais*”¹¹⁶, assim como, depois e ainda segundo o autor, ocorreu na Itália.

Com efeito, Antonio do Passo Cabral afirma que, mais recentemente, também na Itália negócios jurídicos processuais institucionais têm sido celebrados e, desde a previsão legal de calendário processual (art. 81-bis do *Codice di Procedura Civile*,

um processo singular e utilizado como instrumento flexível e funcionalmente direcionado à gestão eficaz do processo” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.5.2.3 e 2.5.2.5, p. 131 e 135).

¹¹⁴ Confira-se: “*Para esse poder de disposição negocial, deu-se o nome de contrat de procédure. A expressão pode, porém, receber acepções diversas. Tem-se notícia de sua utilização em pelo menos três momentos, referindo-se a mecanismos semelhantes, mas não idênticos. Surgiu, primeiramente, na década de 1980, com (i) a possibilidade de acordos entre advogados para a fixação de um calendário processual. Mais tarde, no início dos anos 2000, os contratos de procedimento serviram para nomear (ii) os protocolos estabelecidos entre os tribunais e a ordem dos advogados, elaborados com o intuito de solucionar questões pontuais no processamento dos casos em cada corte. A expressão é, ainda, encontrada na doutrina quando são tratados (iii) os negócios jurídicos travados entre as partes e que contêm cláusulas atinentes ao procedimento – futuro ou já instaurado*” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 1.3.2, p. 41-42). Confira-se, ainda, em Diogo Assumpção Rezende de Almeida, “As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC”, n. 2, p. 369.

¹¹⁵ Confira-se, mais uma vez: “*Esse segundo fenômeno – de acordos institucionais e decretos -, ao qual também se deu a alcunha de contrat de procédure e que se iniciou com acordos entre tribunais e representantes dos advogados até alcançar status legislativo, tem muito pouco de acordo processual (...). Não há, nesse modelo, debate e acordo entre as partes para adequar o procedimento às características do caso concreto. Conquanto pratiquem atos de disposição, ao renunciarem ao direito de observância do rito legal, as partes somente aderem ou não à proposta oficial. A expressão contrat de procédure é também encontrada na França relacionada a um terceiro grupo de acordos relativos ao processo (...). Essa terceira modalidade, à qual é também atribuída o nome de contrato de procedimento, é, com efeito, merecedora do título. As convenções relativas ao processo entabuladas entre os contratantes observam características contratuais, sendo resultado de debates e negociações e de manifestações de vontade, sem que se afigurem mera adesão à sugestão do juiz. Produzem, ainda, na eventual relação processual que venha a surgir, obrigações e deveres às partes, distintos daqueles dispostos na lei*” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 1.3.2.2 e 1.3.2.3, p. 47). Confira-se, ainda, em Diogo Assumpção Rezende de Almeida, “As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC”, n. 2, p. 373-374.

¹¹⁶ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.5.2.5, p. 135-136.

introduzido pela Lei 69/2009), a doutrina italiana de direito processual civil tem examinado com mais profundidade o tema dos negócios jurídicos processuais.¹¹⁷

No Brasil, em razão do dogma da irrelevância da vontade das partes no processo, decorrente da superpublicização do direito processual civil e do dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material (v. n. 1, acima), o tema dos negócios jurídicos processuais também foi muito pouco examinado durante o século XX, apesar do art. 158 do CPC/1973.¹¹⁸

Leonardo Carneiro da Cunha, nesse sentido, afirma que tradicionalmente se partiu “*do pressuposto de que somente há negócio se os efeitos produzidos decorrem direta e expressamente da vontade das partes*”, circunstância que, para diversos autores brasileiros, “*não ocorreria no processo, ou porque os efeitos decorrem da lei, ou porque seria necessária a intervenção judicial*”.¹¹⁹

Confira-se, por exemplo, Calmon de Passos, que afirmava ter “*dúvidas quanto à existência de lídimos negócios jurídicos processuais*”, apesar do art. 158 do CPC/1973. Segundo o autor, as declarações de vontade das partes jamais poderiam

¹¹⁷ Confira-se: “*Apesar da tradição doutrinária já antes referida e que em larga medida aderiu às premissas germânicas do fim do séc. XIX de que não seria admissível um ‘processo convencional’, o tema começou a respirar novos ares também no processo peninsular. Não obstante a rejeição da doutrina italiana e o desinteresse acadêmico, foi mais uma vez a jurisprudência que se pôs a avançar nesse campo nos últimos anos. De fato, na Itália, tem sido verificada a celebração dos chamados protocollis di procedura, muito parecidos com os protocolos institucionais de procedimento na França. Também são instrumentos assinados entre o presidente de uma corte e o presidente da ordem dos advogados (...). Posteriormente, com a introdução legislativa do calendário processual no art. 81-bis do Codice italiano, o tema passou a ganhar maior atenção doutrinária*” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.6, p. 136-137).

¹¹⁸ Confira-se, por todos, Bruno Garcia Redondo: “*Devido à contundência do protagonismo do juiz na relação processual, a autonomia da vontade das partes (para convencionarem sobre suas situações processuais) encontrou, como regra geral, espaço bastante limitado sob a égide do Código de 1973. Dito diploma estabeleceu número reduzido de convenções processuais típicas, regulando apenas determinadas situações processuais. Como exemplos de convenções típicas, tem-se a admissibilidade de acordos sobre o foro da demanda (critério territorial relativo de competência), o ônus da prova, o adiamento da audiência de instrução e a fixação de prazos dilatatórios. O entendimento que, na época, prevaleceu no campo doutrinário, sustentava que o Código de 1973 teria sido silente quanto à possibilidade de celebração de convenções atípicas pelas partes (sem prévia regulamentação específica), concluindo-se no sentido de sua impossibilidade, não obstante, curiosamente, o art. 158 guardar um significativo potencial de interpretação no sentido de ali estar consagrada, implicitamente, uma cláusula geral de atipicidade de negócios jurídicos processuais. No plano acadêmico brasileiro, foram escassos os estudos sobre as convenções atípicas das partes em matéria processual*” (“Negócios processuais: necessidade...”, n. 2, p. 393).

¹¹⁹ Leonardo Carneiro da Cunha, “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, n. 4, p. 48.

ter eficácia imediata no processo: sempre dependeriam de homologação judicial, essencial para a produção de efeitos processuais.¹²⁰

Em idêntico sentido, Egas Dirceu Moniz de Aragão, ao comentar o art. 158 do CPC/1973, mencionou o negócio jurídico processual para, a seguir, afirmar que, apesar do art. 158, par. ún., do CPC/1973, não apenas a desistência, mas “*outros atos, que consistem em manifestação unilateral ou bilateral de vontade (...) necessitam da homologação do juiz (...), para que o magistrado os policie*”.¹²¹

Sobre a desistência, especificamente, Pontes de Miranda sustentava, por sua vez e em comentário ao par. ún. do art. 158 do CPC/1973, que “*antes da homologação, a desistência da ação é declaração de vontade, porém ainda não negócio jurídico processual*”.¹²²

Em geral, admitiam-se apenas negócios jurídicos processuais *típicos* (v. n. 3.3.5, acima). Arruda Alvim Netto, por exemplo, rejeitava a possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais atípicos, sob o fundamento de que, em geral, as regras processuais seriam cogentes, porque de direito público e, por isso, aplicar-se-iam independentemente e mesmo contra a vontade das partes.¹²³

¹²⁰ Confira-se: “*Por fim, também excepcionalmente, pode-se falar em negócios jurídicos processuais, quando sejam relevantes tanto a vontade do ato quanto a vontade do resultado. No tocante ao nosso sistema processual, tenho dúvidas quanto à existência de lúdicos negócios jurídicos processuais. Em face da literalidade do art. 158 do Código de Processo Civil, somos tentados a admiti-los. Dizendo ele que os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, sugere a existência de negócios jurídicos processuais em nosso sistema. Sempre coloquei ressalvas a esse entendimento, porque convencido de inexistirem, em nosso processo civil, declarações de vontade das partes com eficácia imediata no processo, sempre reclamando, para isso, a intermediação do magistrado. De toda e qualquer declaração de vontade das partes é ele destinatário e seu pronunciamento sobre elas é essencial para a produção de efeitos no processo. Daí afirmar que se admitirmos como negócios jurídicos processuais a desistência da ação ou do recurso, a suspensão do processo por acordo das partes etc., serão negócios jurídicos apenas por motivo da relevância que, nessas circunstâncias, se deve dar, necessariamente, à vontade do resultado, sem que se creia, contudo, que as declarações das partes, por si sós, de logo e de pronto, sejam eficazes para o processo e nele produzam as consequências pretendidas pelos interessados. Estas, para que ocorram, reclamam o pronunciamento judicial, que lhes emprestará o caráter de atos do processo. Sem esse integrativo, consequências de natureza processual são indeduzíveis. Se consequências de natureza substancial podem ser retiradas, as de natureza processual condicionam-se à interpretação do juiz” (Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades...*, n. 58, p. 69-70).*

¹²¹ Egas Dirceu Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, n. 19, p. 24.

¹²² Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III, n. 3 ao art. 158 do CPC/1973, p. 65.

¹²³ Confira-se: “*Um primeiro aspecto que se deve ter presente no estudo da norma processual civil é o de que ela é, predominantemente, uma norma de direito público, ou ainda, noutra terminologia, uma norma cogente (...). As normas cogentes, desde que ocorram os pressupostos da sua incidência,*

Contudo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na tradicional *Teoria geral do processo*, afirmavam, simplesmente, que no direito processual civil brasileiro “*não há negócios jurídicos processuais, porque os efeitos dos atos do processo não são determinados pela vontade dos sujeitos que os realizam. Os atos processuais são voluntários, mas apenas no sentido de que sua realização depende da vontade*”.¹²⁴

Cândido Rangel Dinamarco, nas *Instituições de direito processual civil*, afirmava, nesse mesmo sentido, que os atos processuais não poderiam ser qualificados como negócios jurídicos processuais, porque os seus efeitos processuais estariam necessariamente previstos em lei e, apenas quando a lei assim autorizasse expressamente, seriam produzidos efeitos processuais de acordo com a vontade do agente que o praticou.¹²⁵

*necessariamente disciplinam o caso concreto, independentemente da vontade dos interessados. Ou melhor explicando, incidirão até mesmo apesar da vontade contrária dos interessados (...). Mas, conquanto existam no processo algumas normas dispositivas, na sua imensa maioria as normas de direito processual são cogentes. Isto significa que incidem sempre, desde que ocorram os pressupostos da incidência, sem que a vontade das partes possa, prévia ou posteriormente, impedir os respectivos efeitos (...). Desta característica da norma processual civil – o não ser possível, nem às partes nem ao juiz, afastar sua incidência – extraímos a característica fundamental do processo, no que tange ao reflexo deste atributo da norma processual civil no processo civil, isto é, a impossibilidade de se cogitar de um processo convencional. Não é possível qualquer ajuste das partes, total ou parcial, a respeito da marcha do processo, objetivando derogar as regras do direito processual civil (...). Não há, portanto, processo convencional, como uma decorrência lógica de serem as normas processuais civis de direito público” (Arruda Alvim Netto, *Tratado de direito processual civil*, vol. 1, comentários ao art. 1.º do CPC/1973, n. 4.7.1, p. 247-248).*

¹²⁴ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 212, p. 358.

¹²⁵ Confira-se: “Isso não significa que os efeitos do ato processual sejam sempre todos aqueles, apenas aqueles e precisamente aqueles programados pelo sujeito que o realiza. A vinculação entre ato e efeito programado é característica dos negócios jurídicos e os atos processuais não têm essa qualificação. Eles produzirão os efeitos desejados pelo agente se assim a lei autorizar e produzirão efeitos não-desejados, se isso for disposto pela lei. De todo modo, algum efeito produzem sobre o processo, com ou sem a vontade do agente de produzi-lo. Os efeitos dos atos processuais são sempre os que resultam da lei e não necessariamente da vontade. É forte a doutrina, na tentativa da existência de negócios jurídicos processuais. Incluir-se-iam nessa categoria os acordos quanto à competência, os direcionados à modificação da distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333, par.) ou mesmo a convenção arbitral (Lei 9.307, de 23.9.96 – Lei da Arbitragem – art. 3.º e art. 19, par.)? 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 outro, sem liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 637, p. 471-472).

Como exceção, indica-se frequentemente Barbosa Moreira que, em 1982, escreveu texto intitulado “Convenções das partes sobre matéria processual”, publicado nos *Temas de direito processual civil: terceira série*, em 1984. Sobre o tema, o autor identifica, no texto, “a escassa atenção que lhe dedicam os expositores do nosso ordenamento e os comentadores do Código de Processo Civil”.¹²⁶ Ainda que timidamente, o autor admitia negócios jurídicos processuais *atípicos*.¹²⁷

Todavia, mais recentemente, em 1994, Barbosa Moreira afirmou, sobre a “privatização do processo”, que “o processo civil, ainda quando tenda a uma solução consensual, é público por natureza e público deve permanecer”.¹²⁸ Em 1998, com humor afirmava sua vontade de incluir a “privatização do processo” “numa lista de modernas invenções do demônio”.¹²⁹

Com efeito, diz-nos Leonardo Greco que “ninguém defende com mais veemência essa concepção entre nós do que Barbosa Moreira, em mais de um estudo, nos quais sempre criticou as ondas privatizantes que, procurando associar o ativismo judicial a ideologias autoritárias, defenderam a adoção de um sistema processual em que preponderasse a autonomia da vontade das partes, como consequência de uma visão liberal e garantística do processo”.¹³⁰

A concepção de Enrico Tullio Liebman sobre a vontade no direito processual civil e, conseqüentemente, sobre os negócios jurídicos processuais, sintetiza bem a concepção predominante no Brasil do século XX: segundo o autor, embora os atos processuais sejam atos voluntários, a vontade não seria nem relevante, nem apta a delinear os efeitos processuais, todos necessariamente já previstos em lei – característica que distinguiria os atos processuais dos negócios jurídicos.¹³¹

¹²⁶ Barbosa Moreira, “Convenções das partes sobre matéria processual”, n. 1, p. 87.

¹²⁷ Confira-se: “Desde logo se põe a questão de saber se é facultado a estas celebrá-las fora dos casos previstos (...). Restrições desse tipo não eliminam, como é óbvio, a possibilidade, limitada embora, de convenções processuais fora das hipóteses previstas expressis verbis em lei. Nada impede, v.g., em nossa opinião, que autor e réu se comprometam validamente a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligência” (Barbosa Moreira, “Convenções das partes sobre matéria processual”, n. 4, p. 91-92).

¹²⁸ Barbosa Moreira, “Os novos rumos do processo civil brasileiro”, n. 9, p. 79.

¹²⁹ Barbosa Moreira, “Privatização do processo?”, n. 12, p. 18.

¹³⁰ Leonardo Greco, “Os atos de disposição processual: primeiras reflexões”, n. 1, p. 7.

¹³¹ Confira-se: “Na sua qualidade de atos jurídicos, os atos processuais são, indubitavelmente e por definição, fatos voluntários; não são sequer concebíveis, senão como resultado da vontade da pessoa

De fato, a previsão em lei dos efeitos processuais produzidos pelos atos processuais seria imprescindível ao formalismo processual, necessário, por sua vez e ainda de acordo com o autor, “*para assegurar o movimento regular e expedito do processo*”, razão pela qual “*não consente que se dê qualquer relevância à real vontade do sujeito*”, “*sendo irrelevante a intenção íntima do sujeito*” que pratica o ato processual.¹³²

A partir da primeira década do século XXI, todavia e, segundo Antonio do Passo Cabral, sobretudo em razão da divulgação e da tradução no Brasil de textos de Loïc Cadiet, o tema dos negócios jurídicos processuais se tornou objeto de exame mais aprofundado na doutrina brasileira de direito processual civil, *estimulando e estimulada* pelos debates que antecederam o Código de Processo Civil de 2015.¹³³

O Código de Processo Civil de 2015, nesse sentido, além de prever número maior de negócios jurídicos processuais típicos em comparação com os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, contém cláusula geral que prevê a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190) (v. n. 3.3.5, acima), fator fundamental para o recente desenvolvimento do tema no país.

A que se deve, porém, essa tendência mundial tanto de maior exame, pela doutrina, dos negócios jurídicos processuais (especialmente atípicos) quanto de crescente admissibilidade de sua celebração? Genericamente, à crise do direito

que os leva a efeito. Mas trata-se aqui de uma vontade extremamente genérica, ou seja, a simples vontade e consciência de realizar o ato; não se requer absolutamente que seja voltada à obtenção de determinado efeito, não podendo ela tampouco determiná-lo e moldá-lo conforme melhor lhe agrade, porque o efeito já está fixado e preestabelecido em lei. Nisso, os atos processuais distinguem-se de outras categorias de atos jurídicos e especificamente dos negócios jurídicos” (Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, n. 102, p. 226).

¹³² Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, n. 102, p. 226.

¹³³ Confira-se: “*Não obstante, talvez influenciado pela literatura estrangeira, tem sido crescente a adesão à admissibilidade dos negócios processuais de cunho convencional. As referências que talvez tenham sido as mais significativas para esta retomada do tema no Brasil parecem ter tido sua origem em Portugal e França. De fato, um divisor de águas nesta temática foi a renomada tese de Paula Costa e Silva sobre a vontade nos atos processuais, publicada em 2003 e muito consultada e citada por aqui, bem assim estudos de outros autores lusitanos, como Miguel Teixeira de Sousa (...). Mas parece ter sido sobretudo pela divulgação, no Brasil, dos estudos de Loïc Cadiet, que o tema voltou à ordem do dia com toda força. Não apenas a publicação na Revista de Processo de um de seus muitos ensaios, mas também pela absorção indireta que suas ideias tiveram na Itália, principalmente depois da inclusão do calendário processual na legislação italiana. E foi, de fato, a partir de meados da década passada que começamos a visualizar uma clara tendência, na literatura brasileira, a favor da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais”* (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.9, p. 145-146).

processual civil dos séculos XIX e XX, caracterizado pelo dogma da irrelevância da vontade das partes no processo.¹³⁴

Em outros termos, a tendência se deve à crise do processo estatal como único instrumento de solução dos litígios em que prevaleceriam os escopos ou objetivos públicos sobre os escopos ou objetivos particulares; à crise da lei como única fonte do direito processual civil e; à crise do desenvolvimento do processo exclusivamente sob responsabilidade do juiz.¹³⁵

¹³⁴ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.5.2.5 e 3.4.2, p. 135 e 219-221; Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 2.3.1.3 e 3.1, p. 77 e 107-109; Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 5.10, p. 177-181; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.1.2 e 2.1.3, p. 102 e 105-106. Em 2001, Egas Dirceu Moniz de Aragão afirmou que “o direito processual civil vive período que pode ser considerado de crise” decorrente do “aumento progressivo da população universal e da complexidade das relações sociais” que, segundo o autor, “agrava paulatinamente as dificuldades dos órgãos jurisdicionais para dar solução aos litígios que tanto os particulares quanto o próprio Poder Público insistem em submeter à sua apreciação”, aliado ao fato de que “os órgãos estatais conservam regras e procedimentos antiquados em que preponderam demoradas e complicadas formalidades”; concluiu que a solução para a crise do direito processual civil dos séculos XIX e XX é “racionalizar os ritos processuais; é necessário, outrossim, que a lei consinta ao juiz e às partes mais liberdade do que até hoje lhes conferiu” (“Procedimento: formalismo e burocracia”, n. 1, 7 e 10, p. 49, 53-54 e 57). Confira-se, a respeito, Loïc Cadet, para quem essa tendência se deve a dois fatores, um geral e outro particular: “*D’une part, d’un point de vue général, ces conventions relatives au procès s’inscrivent dans une tendance très nette à la contractualisation contemporaine des rapports sociaux, liée au déclin du centralisme étatique et de son corollaire dans l’ordre de la production normative, le légicentrisme (...). La réflexion sur la contractualisation de la justice, du procès ou, plus généralement des modes de règlement des différends, depuis une quinzaine d’années, participe assurément de ce mouvement qui traduit l’émergence d’un ordre juridique négocié entre les acteurs sociaux, à côté de l’ordre juridique imposé par l’Etat, ce que l’on identifie aujourd’hui par référence au concept de post-modernité. D’autre part, d’un point de vue plus particulier, le renouvellement actuel tient à au nouvel usage qui est fait de la technique contractuelle, comme une des réponses possibles à la crise de la justice, à l’encombrement des tribunaux et à l’allongement des procédures*” (“Les conventions relatives au procès en droit français”, n. 1, p. 8-10). Em tradução livre: “Por um lado, de um ponto de vista geral, essas convenções relativas ao processo fazem parte de uma tendência muito clara à contratualização contemporânea das relações sociais, ligada ao declínio do centralismo estatal e de seu corolário na ordem de produção normativa, o legicentrismo (...). A reflexão sobre a contratualização da justiça, do processo ou mais genericamente dos modos de regulação das disputas, depois de uma quinzena de anos, certamente é parte desse movimento que reflete o surgimento de uma ordem jurídica negocial entre os atores sociais, ao lado da ordem jurídica imposta pelo Estado, o que identificamos atualmente por referência ao conceito de pós-modernidade. De outro lado, de um ponto de vista mais particular, a renovação atual se deve ao novo uso que se faz da técnica contratual, como uma das respostas possíveis à crise da justiça, à desordem dos tribunais e ao prolongamento dos processos”.

¹³⁵ Confira-se a síntese de Lorena Miranda Santos Barreiros: “*Uma guinada no exame do tema, porém, veio à medida que se constatou o fracasso da pretensão estatal de monopolizar a produção das normas jurídicas, sobretudo ante a crescente complexidade assumida pelas relações sociais. O descompasso entre a realidade social e a produção legislativa do Estado rendeu ensejo ao desenvolvimento da atividade negocial. Outro fator que também contribuiu para o resgate de ideias concernentes à valorização do papel das partes no processo e à redução do papel judicial foi o desencantamento decorrente do funcionamento insatisfatório da máquina judiciária, mesmo à vista de ordenamentos jurídicos que tenham enfatizado o aspecto publicístico do processo*” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.1.2, p. 102).

A crise do direito processual civil dos séculos XIX e XX é o resultado de diversos fatores, alguns conhecidos (maior número de processos, menor capacidade do Poder Judiciário de operacionalizar a sua função etc.), outros não muito bem definidos. A superpublicização do direito processual civil e o dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material são certamente fatores dessa – para cuja superação não foram capazes de contribuir.

A crise do direito processual civil dos séculos XIX e XX conduziu os litigantes a outros meios de solução de litígios, dentre eles a arbitragem, em verdadeira *fuga* do Poder Judiciário.¹³⁶ Contudo, a arbitragem, apesar da flexibilidade procedimental que a caracteriza (art. 21 da Lei 9.307/1996), *nem sempre é meio cabível* (*caput* do art. 1.º da Lei 9.307/1996, *a contrario sensu*) ou mesmo adequado de solução dos litígios, casos em que não existia alternativa para os indivíduos.

Assim, a tendência de maior exame pela doutrina dos negócios jurídicos processuais (especialmente atípicos) e de crescente admissibilidade de sua celebração se deve à busca por uma *terceira via*, *entre* o Poder Judiciário e a arbitragem, que pode ser, por exemplo, o processo perante o Poder Judiciário com possibilidades, todavia, de negociação sobre o processo e o procedimento, assim como ocorre na arbitragem.¹³⁷

¹³⁶ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “Nesse cenário, a escolha pelos meios alternativos de solução de conflitos muitas vezes se dá pela total desilusão e descrença no processo estatal, o que já foi referido como arbitragem ou mediação do desespero. Há uma verdadeira ‘fuga’ do Judiciário: por não haver um processo estatal adequado, os ADRs aparecem como a única solução possível” (Convenções processuais, n. 3.4.7, p. 232).

¹³⁷ Conforme, por exemplo, Eduardo Talamini: “A arbitragem foi a fonte de inspiração – ou fator de incentivo – para o legislador instituir essa possibilidade de ampla formatação voluntária do processo judicial. O raciocínio subjacente à cláusula geral de negócios jurídicos processuais estabelecida no art. 190 é o seguinte: se as partes podem até mesmo retirar do Judiciário a solução de um conflito, atribuindo-a a um juiz privado em um processo delineado pela vontade delas, não há porque impedir-las de optar por manter a solução do conflito perante o juiz estatal mas em um procedimento e (ou) processo também por elas redesenhado” (“Um processo pra chamar de seu...”, n. 2, p. 3). Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.2, p. 515. Com efeito, segundo Remo Caponi, o tradicional desinteresse da doutrina italiana pelos negócios jurídicos processuais se deve a dois fatores: em primeiro lugar e, justamente, a “*una concezione di stampo classicamente liberale, che non conosce chiaroscuri o vie intermedie tra la giustizia arbitrale, da un lato, e la giustizia statale, dal lato opposto*”; em segundo lugar, à “virada publicística” que caracterizou o Código de Processo Civil italiano de 1942 (“Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”, n. 8 e 9, p. 105-107).

3.5. OS FUNDAMENTOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Em virtude de quais fundamentos os sujeitos podem celebrar negócios jurídicos processuais no direito processual civil brasileiro? Como melhor examinado adiante (v. n. 3.6, abaixo), para a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, por exemplo, a previsão legal (art. 190 do CPC/2015) tem papel importante, mas *não determinante*.

Em verdade, os fundamentos dos negócios jurídicos processuais são, ao mesmo tempo e, por um lado, os próprios fundamentos dos textos legais que preveem negócios jurídicos processuais típicos; por outro lado, ainda, são os próprios fundamentos do art. 190 do CPC/2015, que prevê a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

Os fundamentos dos negócios jurídicos processuais podem ser organizados sob os seguintes títulos: (a) o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo; (b) o princípio da adaptabilidade das regras processuais aos casos concretos e; (c) a compatibilidade dos negócios jurídicos processuais com os escopos ou objetivos do processo.

3.5.1. O princípio do autorregramento da vontade das partes no processo: liberdade, poder de autodeterminação dos indivíduos, princípio dispositivo e princípio do debate ou princípio dispositivo em sentido processual

A liberdade é direito fundamental e objetivo da República Federativa do Brasil (preâmbulo e art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal). Por sua vez, uma das dimensões da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, da Constituição Federal), é o poder de autodeterminação dos indivíduos, que confere a cada um poderes de escolha e atribui a todos o dever de as respeitar.¹³⁸

¹³⁸ Conforme, por exemplo, Luís Roberto Barroso: “A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação:

Como visto (v. n. 1, acima), segundo o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo, na relação jurídica processual, assume protagonismo o juiz, agente estatal responsável por conduzir o processo ao atingimento de objetivos ou escopos prioritariamente públicos. A importância do papel das partes na condução do processo, porque seus objetivos ou escopos são sempre particulares, é diminuída em razão da importância atribuída ao papel do juiz.

Obviamente, porém, os sujeitos não perdem a sua liberdade e o seu poder de autodeterminação quando e apenas porque são ou podem ser partes em um processo: o direito processual civil deve respeitar a liberdade e o poder de autodeterminação que a Constituição Federal atribui a todos os indivíduos. Cada indivíduo, portanto, é livre e tem o poder de se autodeterminar *também na relação jurídica processual*, liberdade e poder que devem ser respeitados.¹³⁹

Por outro lado, não há dúvida de que a liberdade e o poder de autodeterminação dos indivíduos possuem contornos próprios no direito processual civil, como ramo do direito público.¹⁴⁰ Mas é imprescindível adotar postura que tenda à ampliação e não à restrição da liberdade e do poder de autodeterminação dos indivíduos no direito processual civil, sob pena retorno ao dogma da irrelevância da vontade das partes no processo.¹⁴¹

uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida (...). A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas. Quanto às suas implicações jurídicas, a autonomia está subjacente a um conjunto de direitos fundamentais associados com o constitucionalismo democrático, incluindo as liberdades básicas (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública)” (A dignidade da pessoa humana..., cap. 2, tít. III, n. 2, p. 81-82).

¹³⁹ Confira-se, nesse sentido, Fredie Didier Jr.: “O direito processual civil, embora ramo do direito público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por essa dimensão da liberdade. O princípio da liberdade também atua no processo, produzindo um subprincípio: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo” (“Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil”, n. 2, p. 32-33).

¹⁴⁰ Conforme, por todos, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “Como é natural ao próprio conceito de liberdade, a das partes não é absoluta nem o sujeito está imune às possíveis consequências desfavoráveis das opções ilegítimas que vier a fazer. A racionalidade e a funcionalidade do princípio liberal no processo expressam-se no equilíbrio entre normas que concedem faculdades e outras que as restringem legitimamente, relativizando o conceito de liberdade processual. Há uma série de construções inerentes ao sistema destinadas a promover o equilíbrio entre a liberdade de cada um dos litigantes e a do outro, bem como a compatibilidade da liberdade de ambos com o interesse público pelo correto exercício da jurisdição, com segurança para todos” (Teoria geral do novo processo civil, n. 34, p. 67-68).

¹⁴¹ Confira-se, nesse sentido, Fredie Didier Jr., para quem há uma tendência ao princípio do autorregramento da vontade das partes no processo: “Não há razão para minimizar o papel da liberdade

A liberdade e o poder de autodeterminação dos indivíduos fundamentam, no direito processual civil, o princípio dispositivo e o princípio do debate.

Segundo o princípio dispositivo, a titularidade *dos direitos materiais* envolvidos no litígio confere às partes, em regra, poderes de disposição sobre eles. Assim, por exemplo, o autor possui o poder de fixar o objeto litigioso do processo (art. 492 do CPC/2015); as partes possuem o poder de solucionar o litígio de forma autocompositiva, mediante concessões recíprocas, reconhecimento do pedido ou renúncia ao direito sobre que se funda a ação (art. 487, III, do CPC/2015) etc.¹⁴²

Por sua vez, segundo o princípio do debate ou princípio dispositivo em sentido processual, a titularidade *das situações jurídicas processuais* confere às partes, em regra, poderes de disposição sobre elas. Assim, por exemplo, o autor pode ajuizar execução de título extrajudicial ou ação de conhecimento (art. 785 do CPC/2015); o réu pode contestar ou não (arts. 335 e 344 do CPC/2015); a parte pode interpor recurso parcial ou recurso total (art. 1.002 do CPC/2015) etc.¹⁴³

no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder. Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil ("Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil", n. 2, p. 33).

¹⁴² Confira-se, porém, a ressalva de Barbosa Moreira, que demonstra a inexistência de relação automática de causalidade entre a disponibilidade do direito material e, por exemplo, o poder de fixar o objeto litigioso do processo: "O que ficou dito para a questão da iniciativa do processo vale igualmente para outras. Atente-se na da correlação entre o julgamento e o pedido. A regra constante, no ordenamento pátrio (Código de Processo Civil, art. 460) e em tantos outros, é a de que o juiz não pode julgar fora nem além dos limites do pedido. Mas essa regra é aplicável, sem qualquer diferença, estejam em causa relações jurídicas disponíveis ou indisponíveis. E as poucas exceções que a lei prevê não têm como razão de ser a indisponibilidade: são em princípio disponíveis, v.g., o direito aos juros e o direito ao reembolso das custas processuais e da verba honorária, prestações no entanto suscetíveis entre nós, todas elas, de concessão na sentença, independentemente de pedido (arts. 293, fine, e 20, caput, respectivamente). O mesmo se dirá da indenização prevista no art. 20 do Decreto-lei 7.661, de 21-6-1945 (Lei de Falências). Também não se prende necessariamente ao caráter disponível do direito em jogo, por conseguinte, a proibição do julgamento extra vel ultra petita partium" ("O problema da 'divisão do trabalho'...", n. 4, p. 38).

¹⁴³ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: "Essa prerrogativa dos litigantes de conformar o procedimento tem base principiológica. Com efeito, ao lado do princípio dispositivo, fala-se do 'princípio do debate' (Verhandlungsgrundsatz), também referido como princípio dispositivo em sentido processual, que seria o princípio regente da autonomia e liberdade dos sujeitos no processo não apenas no que toca à disponibilidade sobre o direito material, mas também sobre as situações processuais. Dele decorrem as faculdades de alegar fatos e produzir provas, por exemplo (...). O princípio do debate também constitui fundamento para que os litigantes tenham papel de destaque na condução do processo civil. Aliás, seria estranho pensar que a autonomia das partes lhes desse uma total possibilidade de disposição sobre o objeto do processo, mas não lhes conferisse nenhum poder no campo da tramitação do procedimento. De fato, vemos que, para além das alegações e provas, as partes possuem muitas escolhas legítimas a respeito da própria técnica processual que será utilizada, opções que afetam decisivamente o procedimento. Por exemplo, podem optar entre o procedimento

A liberdade, o poder de autodeterminação dos indivíduos, o princípio dispositivo e o princípio do debate ou princípio dispositivo em sentido processual fundamentam o *princípio do autorregramento da vontade das partes no processo*. Segundo o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, em regra, as partes podem dispor sobre as situações jurídicas processuais de que são titulares¹⁴⁴ e sobre o procedimento.¹⁴⁵

Fredie Didier Jr. define o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo a partir de seu objetivo: construir “*um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas*” ou, em síntese, “*tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade*”.¹⁴⁶

Em virtude do princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, os atos processuais através dos quais as partes dispõem sobre as suas situações jurídicas processuais e sobre o procedimento são, *prima facie*, existentes, válidos e eficazes, presunção que se resume na expressão *in dubio pro libertate*, atribuída por Antonio do Passo Cabral a Peter Schlosser.¹⁴⁷

ordinário e os procedimentos especiais das ações possessórias, dos Juizados Especiais ou do mandado de segurança; mesmo possuindo título executivo extrajudicial, admite-se que optem pela ação monitória” (Convenções processuais, n. 3.1.2, p. 156-157).

¹⁴⁴ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*Fala-se, pois, na seara processual, em princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, integrante do conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade e relacionado, ainda, ao princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo objetiva assegurar às partes que o direito fundamental de autorregular-se (disciplinando suas condutas processuais) seja por elas exercido sem a imposição de restrições irrazoáveis ou injustificadas, resguardando-se, em última análise, o direito fundamental à liberdade*” (Convenções processuais e Poder Público, n. 2.3.2.1, p. 186).

¹⁴⁵ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “*De outro lado, os litigantes podem também desenhar regras do procedimento, adaptando-o às necessidades que desejam obter em termos de tutela jurisdicional e se submetendo voluntariamente ao regulamento da convenção ao invés do regramento legal*” (Convenções processuais, n. 3.1.3, p. 160).

¹⁴⁶ Fredie Didier Jr., “Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil”, n. 3, p. 34-35.

¹⁴⁷ Confira-se: “*Assiste razão a Schlosser quando extrai da autonomia das partes no processo a máxima in dubio pro libertate, uma pressuposição em favor da liberdade de conformação do procedimento à vontade das partes. Trata-se de uma prevalência normativa facilmente observável no nosso sistema processual, uma prioridade prima facie que estabelece a preferência do ordenamento pela liberdade convencional. O sistema não só é permeável às convenções processuais em razão da formulação da cláusula geral do art. 190 do CPC/2015, mas também pressupõe a validade desses acordos, afirmando que o juiz ‘somente’ recusará aplicação às convenções processuais em casos de abuso de direito, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade (...). Essa força normativa favorável à validade e eficácia das convenções processuais confirma o entendimento que já defendemos em outro estudo para os atos processuais em geral: o sistema jurídico-processual*

Como consequência do princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, ainda e segundo Lorena Miranda Santos Barreiros, “as restrições às convenções processuais, por limitarem a liberdade, precisam estar expressas na lei ou resultar de óbice imposto por um escopo da jurisdição tido por relevante”.¹⁴⁸ Consequentemente, inverte-se a lógica tradicional, manifestada, por exemplo, por Giuseppe Chiovenda e anteriormente exposta (v. n. 3.4, acima).

Helder Moroni Câmara e Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. rejeitam, porém, a existência do princípio do autorregramento da vontade das partes no processo como decorrência do Código de Processo Civil de 2015. Em síntese, os autores sustentam que todas as características atuais do direito processual civil brasileiro, das quais supostamente se extrai o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, já existiriam no Código de Processo Civil de 1973.¹⁴⁹

Mas é inevitável constatar que a principal mudança, *fomentada* pelo Código de Processo Civil de 2015, está em como os *intérpretes interpretam* o direito processual civil brasileiro atual.

brasileiro estabelece um princípio de validade apriorística dos acordos processuais, pressionando pela sua eficácia” (Convenções processuais, n. 3.1.4, p. 162-163).

¹⁴⁸ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.1, p. 196.

¹⁴⁹ Confira-se: “Contudo, não nos parece que o CPC/2015 trouxe para o mundo um novo princípio, especialmente este que se pretende denominar de princípio do autorregramento, mormente caso se pretenda extrair o princípio da letra do art. 3.º e seus parágrafos. No nosso sentir, se de fato existe falar-se nesse princípio, não teria sido o CPC/2015 que o teria descortinado. Isso porque, mesmo sob a égide do CPC/1973, tanto a maior busca de meios de conciliação (alternativos ou não) como a existência de ‘autorregramento’ já se encontravam ali presentes, decorrência não apenas de negócios jurídicos processuais que o diploma de 1973 já autorizava fossem celebrados, como também da possibilidade de as partes optarem já há tempos pela solução arbitral. Portanto, essa noção de ‘autorregramento’ não é nova e, portanto, não cremos que possa ela ser reconhecida como engenho do novo CPC (...). O que de fato existe, nesse tema, é um maior alcance da autonomia privada no bojo do CPC/2015, constatação que, no entanto, não faz necessário cunhar um novo termo para o respeito à autonomia da vontade, que já é bastante usual em terreno pátrio” (Helder Moroni Câmara, *Negócios jurídicos processuais*, n. 4.2.3.1 e 5.1.2, p. 102 e 129); “É questionável a asserção de que o CPC/2015 instituiu o princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo. Instituiu mesmo? No regime do CPC/73, já não deve haver respeito à autonomia da vontade no processo? As características que se têm apontado para defender a criação, pelo CPC/2015, do princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo (...) já estão todas presentes, embora que com menor nitidez, no sistema processual do CPC/73 (...). Pode-se contra-argumentar que no CPC/73 não havia uma cláusula geral de negociação processual; mas, e o art. 158 do CPC/73, não faz as vezes de uma tal cláusula de negociação processual? Não se pode olvidar que é plenamente possível a realização de negócios jurídicos processuais atípicos, na vigência do CPC/73, e a doutrina apresenta fartos exemplos desses negócios (...). Ou seja, o que muda do CPC/73 para o CPC/2015 é apenas a área de abrangência das normas cogentes (proibitivas ou impositivas) – que se afiguram como um limite geral de validade dos negócios jurídicos -, que é sobremaneira reduzido” (Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., “Negócios jurídicos materiais e processuais...”, n. 1, p. 290-291).

Se, por um lado e do ponto de vista jurídico-positivo, pouco mudou (afirmação que, por si só, é muito questionável, diante do art. 190 do CPC/2015), é certo, por outro lado, que o Código de Processo Civil de 2015 favoreceu o surgimento de um ambiente em que *os seus intérpretes* extraem dele um princípio do autorregramento da vontade das partes no processo – ao contrário do que ocorreu sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, apesar de seu art. 158.

Segundo o raciocínio de Helder Moroni Câmara e Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., os princípios são extraídos dos textos legais e não das *normas jurídicas* que *os intérpretes extraem* dos textos legais; os autores diminuem, portanto, o papel dos intérpretes na *construção* de princípios jurídicos. Contudo, para rejeitar esse raciocínio, basta notar que o *texto legal* do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal é o mesmo desde 1988 – a *norma jurídica* e o *princípio* que dele se extraem, não...

Por isso, em conclusão, os negócios jurídicos processuais se fundamentam no princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, que se fundamenta, por sua vez, no princípio dispositivo e no princípio do debate ou princípio dispositivo em sentido processual, na liberdade e no poder de autodeterminação dos indivíduos.

O princípio do autorregramento da vontade das partes no processo não é expressamente previsto na legislação processual civil brasileira. Contudo, de acordo com Lorena Miranda Santos Barreiros, está “*no rol de normas fundamentais do processo civil, tratando-se de princípio implicitamente previsto (...) que demonstra, de modo irretorquível, a superação do dogma da irrelevância da vontade no processo*”.¹⁵⁰

3.5.2. O princípio da adaptabilidade das regras processuais aos casos concretos: adaptação das regras processuais pelas partes e sistema de customização processual compartilhada – a cooperação e a segurança jurídica

Segundo o *princípio da adequação*, as regras processuais devem ser adequadas aos casos concretos, ou seja, às partes e aos direitos materiais deduzidos

¹⁵⁰ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.3.2.1, p. 188.

em juízo, sob pena de o processo ser instrumento incapaz de oferecer a tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável que dele se exige (art. 5.º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal). Portanto, o princípio da adequação obriga o *legislador* a criar técnicas processuais e procedimentos especiais adequados aos diferentes casos concretos.¹⁵¹

O legislador, todavia, não é capaz de prever todos os fatos potencialmente relevantes para o direito. Consequentemente, apesar do princípio da adequação, nem sempre as regras processuais são adequadas aos casos concretos. O *princípio da adaptabilidade* permite, nesse sentido, a adaptação das regras processuais *no caso concreto*.¹⁵² A quem (partes e/ou juiz) e em que medida atribuir o poder de adaptação das regras processuais, por sua vez, é questão inserida na discussão sobre a *divisão de trabalho entre partes e juiz no processo*.

Com efeito, segundo Rafael Sirangelo de Abreu, a questão da divisão de trabalho entre partes e juiz no processo é “*talvez um dos maiores ‘problemas’ do processo*”, “*porque reflete no ambiente processual uma das questões mais intrincadas da própria teoria política, a saber: o conflito entre a liberdade individual e o poder público na relação entre o Estado e o cidadão*”, razão pela qual, “*na divisão de trabalho entre juiz e partes, pender para um lado ou para o outro é efetivar uma escolha política*”.¹⁵³

Como visto (v. n. 1, acima), no contexto da superpublicização do direito processual civil, do dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material e do dogma da irrelevância da vontade das partes no processo, a lei é a única fonte do direito processual civil, aplicável independentemente e mesmo

¹⁵¹ Confira-se, por todos, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador (...). Assim, obriga o legislador a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançadas à distância da jurisdição” (Novo curso de processo civil, vol. 1, parte I, n. 6.20, p. 129).

¹⁵² Confira-se, nesse sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni: “Fala-se em princípio da adequação para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material; e princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual) para designar a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa” (Flexibilização procedimental, n. 5.1.1, p. 134-135).

¹⁵³ Rafael Sirangelo de Abreu, “‘Customização processual compartilhada’: o sistema de adaptabilidade do novo CPC”, n. 1, p. 52.

contra a vontade das partes. Observado o princípio dispositivo na instauração do processo, o desenvolvimento deste se dá, em regra, pois ressalvadas as exceções previstas em lei, independentemente da vontade das partes.

Excepcionalmente, para suprir as deficiências da função legislativa, *ao juiz* foram atribuídos poderes de adaptação das regras processuais. À vontade das partes no processo, todavia, a lei tradicionalmente rejeitou qualquer relevância para o fim de adaptar as regras processuais ao caso concreto. O princípio da adaptabilidade é orientado, nessa concepção, apenas ao juiz, a quem são atribuídos poderes específicos ou genéricos de adaptação das regras processuais, com o objetivo de assegurar a prestação de tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável.¹⁵⁴

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, *“a relação de adequação entre cada procedimento e a tutela jurisdicional que ele prepara é sobretudo um imperativo do princípio lógico do sistema processual”* e, portanto, *“uma exigência de ordem pública, na medida em que o Estado não quer aventurar-se em procedimentos menos seguros e de duvidosos resultados práticos”*. Em síntese, de acordo com o autor, *“trata-se de matéria de pura ordem pública, que não deve ficar à mercê da vontade das partes”*.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: *“Não obstante a constatação da possibilidade de flexibilização do procedimento, foi comum, no quadro publicista do processo brasileiro (e em grande parte da América Latina) que a crise da eficiência fosse atacada com uma resposta por mais estatalidade: o case management deveria ser judicial, obtendo-se o resultado de adaptação das formalidades pelo incremento de poderes de flexibilização ao juiz”* (Convenções processuais, n. 3.4.3, p. 223-224). Confirma-se, nesse sentido, como José Roberto dos Santos Bedaque considerava o princípio da adaptabilidade das regras processuais ao caso concreto, com expressa rejeição ao papel das partes: *“Para tanto, deve ser o juiz investido de amplos poderes de direção, possibilitando-lhe adaptar a técnica aos escopos do processo em cada caso concreto, mesmo porque a previsão abstrata de todas as hipóteses é praticamente impossível. (...) Tais premissas estão ligadas à tendência publicista e antiformalista do direito processual (...). Por tais razões, além de outras, estranhas ao objeto do trabalho, deve ser veementemente repelida a tentativa de ressuscitar visão privatista do processo, com restrições à atividade do juiz na sua direção e condução. Processo não é coisa das partes. São múltiplos os interesses envolvidos em uma demanda judicial, ainda que seu objeto seja exclusivamente privado. Além do aspecto econômico – afinal de contas, a jurisdição é mantida com os impostos pagos por todos -, as soluções podem transformar-se em orientação jurisprudencial sobre determinado tema, o que acaba influenciando na própria segurança das relações jurídicas. Embora não voltada diretamente ao problema do formalismo indesejado, a advertência feita pela doutrina contra o perigo do pensamento privatista também serve para fundamentar a necessidade de conceder ao juiz poderes para adequar a forma processual à realidade do caso concreto, visto competir-lhe velar pela defesa do interesse público existente em todo processo”* (Efetividade do processo e técnica processual, n. 15, p. 64, 66 e 70).

¹⁵⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 635, p. 463.

Contudo, não há razão para restringir o princípio da adaptabilidade ao juiz. O juiz (através da adaptação *judicial* das regras processuais) e as partes (através da adaptação *negocial* das regras processuais) devem *compartilhar* o poder de adaptação das regras processuais ao caso concreto.¹⁵⁶ Em outros termos, juiz e partes devem compartilhar o poder de suprir as deficiências da função legislativa que, apesar do princípio da adequação, nem sempre é capaz de criar técnicas processuais e procedimentos especiais adequados aos diferentes casos concretos.¹⁵⁷

Em primeiro lugar, porque os juízes, no Brasil, são submetidos a excesso de trabalho que não favorece a adaptação judicial das regras processuais.¹⁵⁸ Em

¹⁵⁶ Confirma-se, por todos e há tempos, Francesco Carnelutti, em uma de suas últimas obras: “*Al problema della direzione del procedimento si collega quello della adeguazione del procedimento alle esigenze della lite. Le liti sono diverse una dall'altra come le malattie; né alcun medico penserebbe a prescrivere per tutti i malati lo stesso metodo di cura. Fino a un certo punto a tale esigenza si può provvedere differenziando le norme che regolano il procedimento secondo il tipo della lite (...); ma l'efficacia di codesta distinzione è limitata (...). L'accento alla rigidità suggerisce la formula utile per indicare un altro principio, da tenere in conto per la costruzione e per la manovra del processo: alludo al principio di elasticità. È chiaro che una struttura elastica, nel senso ora indicato, non si può dare al procedimento se non mediante una larga attribuzione al giudice della potestà ordinatoria. Expedi che la legge lasci un ampio margine al giudice nel regolare il procedimento (...). Occorre però aggiungere che l'ordine del giudice non è il solo mezzo, attraverso il quale si può dare al procedimento quella struttura elastica, che serve ad adeguare il procedimento alla lite. A tale scopo può essere assai utilmente impiegato l'accordo delle parti. Questo è però un aspetto del problema, sul quale le idee non solo dei tecnici ma degli uomini di scienza non sono ancora mature. Non si è riflettuto a sufficienza su tutti i vantaggi che al processo può fornire l'azione (...). Il fatto è che quando le parti sono d'accordo per regolare il procedimento in un dato modo, vè una serissima ragione per ritenere che sia il modo più opportuno (...). Il vero è che la legge vigente, impregnata da una concezione che sopravvaluta lo Stato in confronto con l'individuo, non si è resa ben conto del valore dell'azione nel processo. Ne è derivata una certa esagerazione nella potestà del giudice e una corrispondente depressione del diritto della parte; l'attuazione del principio di elasticità è stata affidata esclusivamente al primo con una ingiusta svalutazione del secondo*” (*Diritto e processo*, n. 97, p. 156-158).

¹⁵⁷ Conforme, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “*Como o legislador não pode antever as necessidades do direito material e, por razão mais evidente, as circunstâncias que apenas podem ser reveladas no caso concreto, apressou-se ele em editar normas processuais abertas, voltadas a permitir a concretização das técnicas processuais adequadas no caso. Essa é a razão de ser, por exemplo, dos arts. 139, VI, e 190*” (*Novo curso de processo civil*, vol. 1, parte IV, n. 2.13, p. 464).

¹⁵⁸ Conforme, por exemplo, Barbosa Moreira, sem dúvida um defensor da participação mais ativa do juiz no processo, em mais de uma oportunidade: “*Cumpra reconhecer que não são muito frequentes, na prática judiciária brasileira, as iniciativas instrutórias oficiais. À luz do que acima ficou dito, seria pouco razoável imputar o fato a eventuais imperfeições da lei. Sem esquecer o comodismo e a 'abulia profissional' – defeitos de que os magistrados, seres humanos, não estão necessariamente isentos -, são as causas principais: de um lado, a sobrecarga de trabalho e, em termos genéricos, as condições desfavoráveis sob as quais desempenha suas funções a grande maioria dos órgãos judiciais, sobretudo os de primeiro grau (...)*” (“*A função social do processo civil moderno...*”, n. IV.2, p. 53); “*Revela a experiência brasileira – e no mesmo sentido apontam, quanto a Portugal, depoimentos autorizados – que é pouco frequente, na prática, o uso ex officio dos poderes instrutórios. Dos vários motivos que para tanto concorrem, o mais óbvio é a sobrecarga de serviço que de modo geral onera os órgãos de primeiro grau, tão agravada pelos defeitos às vezes escandalosos da organização judiciária e pela insuficiente racionalização dos métodos de trabalho, quase sempre teimosa e estranhamente*

segundo lugar, porque a adaptação negocial das regras processuais, na medida em que realizada pelas partes, titulares dos direitos materiais deduzidos em juízo, em tese pode ser mais eficiente.¹⁵⁹ Em terceiro lugar, porque a adaptação negocial das regras processuais, na medida em que realizada pelas partes, jurisdicionados que devem participar do exercício da função jurisdicional, é mais democrática.¹⁶⁰

refratários, além de tudo, ao emprego dos recursos da moderna tecnologia (“Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”, n. 4, p. 50); *“Têm índole variada, naturalmente, as causas da insuficiente participação do juiz no processo (...). Mudanças sucessivas de direção, no curso do processo, em geral afastam qualquer perspectiva de conhecimento profundo da causa e, portanto, de ‘participação’ autêntica. Se o juiz sabe que só vai presidir o feito por breve tempo, é natural que se interesse pouco pela respectiva sorte e o trate como algo que, no fundo, não lhe diz respeito. Os autos convertem-se em mero trambolho, a arrear seja como for, sem qualquer preocupação pelo que lhes acontecerá depois: isso será da conta de outro. E aquele que os recebe, afinal, para dar remate ao procedimento, não se sentindo responsável pelo que até então se passou, fica tentado a concluir de qualquer maneira uma obra predominantemente alheia, para não dizer anônima. Nenhuma esperança séria se pode alimentar, ao nosso ver, de maior ‘participação’ do juiz no processo, enquanto a regra for (como é em tantos casos) o rodízio contínuo. Muitos juizes exercem sua atividade sob condições bastante desfavoráveis. Não queremos referir-nos especificamente à questão da remuneração; o problema é bem mais extenso e desdobra-se em tópicos como o do ambiente de trabalho, o da infraestrutura administrativa, o dos recursos de pessoal e de material, o do aparelhamento tecnológico, e assim por diante. Coisas na aparência tão insignificantes como a apresentação dos autos e a disposição das respectivas peças, ou a nitidez gráfica dos documentos que neles se inserem, são capazes de predispor positiva ou negativamente o juiz que se dedique a lê-los, facilitando-lhe a apreensão ou, ao contrário, dificultando-a ao ponto de, por vezes, gerar verdadeiro bloqueio. O calor excessivo ou a interferência de ruídos exteriores podem sabidamente prejudicar em grau notável o rendimento de uma audiência em que se estejam interrogando as partes ou testemunhas. A falta de regularidade na publicação dos atos judiciais ou no funcionamento do serviço postal acarreta às vezes transtornos graves na rotina de trabalho do órgão e afrouxa o comando do juiz sobre a marcha do feito. São exemplos corriqueiros, a que muitos outros com facilidade se acrescentariam; mas não cremos que seja preciso alongar a lista”* (“Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”, n. 7, p. 61).

¹⁵⁹ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: *“É possível harmonizar a autonomia da vontade das partes com o caráter público do processo. O espaço concedido a essa autonomia decorre, sobretudo, da circunstância de serem elas as destinatárias da prestação jurisdicional. Elas possuem, desse modo, interesse e, por vezes, maiores condições de avaliar as providências necessárias para o alcance da solução do litígio, sem que deixem de ser resguardados, nessa escolha, os objetivos processuais ligados ao interesse público (a paz social, o bem comum, dentre outros)”* (Convenções processuais e Poder Público, n. 2.1.3, p. 104).

¹⁶⁰ Conforme, por exemplo, Diogo Assumpção Rezende de Almeida: *“O modelo atual de processo civil deve propiciar a maior participação das partes e não apenas pelo exercício de defesa ou do contraditório. A democratização, também no processo, que pressupõe uma corresponsabilidade entre todos os sujeitos, serve à própria legitimação da atividade. Não se trata somente de garantir aos litigantes a veiculação de suas pretensões e defesas com vistas à persuasão do juiz. A participação no processo decisório nasce, antes, na autorização legal de que as partes participem também da escolha do caminho a ser seguido, que possam, em conjunto com o magistrado e respeitando os limite legais, definir os rumos do procedimento, adequando-o ao conflito e propiciando a melhor e mais ágil solução para o caso”* (A contratualização do processo, n. 4.1, p. 205-206). Contra, em perspectiva geral sobre a adaptação negocial das regras processuais, confira-se Kevin E. Davis e Helen Hershkoff: *“Contract procedure bypasses the public rulemaking process by altering judicial processes one case at a time. As industry norms take root, contractual provisions – through the accretion of precedent and the development of judicial practice – may cause the dilution or elimination of procedural rules on a system-wide basis without any public discussion. Procedural change will thus occur not through a democratically prescribed reform process that assesses overall needs and weighs different values but rather through contractual decisions that value efficiency above other social goals and possibly favor the drafter’s*

Assim, não apenas o juiz, mas também as partes devem ser titulares do poder de adaptação das regras processuais ao caso concreto, a fim de assegurar a prestação de tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável. Contudo, atribuir às partes o poder de adaptação das regras processuais não significa retirá-lo do juiz - embora o poder *judicial* de adaptação das regras processuais seja *subordinado* ao poder *negocial* de adaptação das regras processuais.¹⁶¹

O Código de Processo Civil de 2015, com base na cooperação, estrutura um sistema de adaptação das regras processuais que Rafael Sirangelo de Abreu designa como “*sistema de customização processual compartilhada*”, em que coexistem o poder judicial e o poder negocial de adaptação das regras processuais ao caso concreto. O poder *judicial* de adaptação das regras processuais ao caso concreto, porém, é *subordinado* ao poder *negocial* de adaptação das regras processuais ao caso concreto, de acordo com o autor.¹⁶²

A subordinação do poder judicial de adaptação das regras processuais ao poder negocial de adaptação das regras processuais se justifica por duas razões. Em primeiro lugar, porque a cooperação obriga o juiz a participar do contraditório e a dialogar com as partes: na condução do processo, o juiz deve ser paritário, assumindo protagonismo *apenas* no momento de decidir.¹⁶³ Em segundo lugar e, sobretudo,

interests over those of other parties – and certainly over third parties – to the agreement” (“Contracting for procedure”, n. III, item C, p. 199-201).

¹⁶¹ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “*Quando permitida qualquer esfera de liberdade para atuação legítima dos sujeitos privados, reduz-se o espaço para o exercício da função judicial. Em havendo margem de liberdade para conformação do procedimento pelas partes e em se verificando efetiva atuação voluntária dos litigantes, o Estado não pode sobre elas se sobrepor*” (Convenções processuais, n. 3.1.4, p. 162).

¹⁶² Confira-se: “*Como se verifica, há uma conformação equilibrada da divisão de trabalho entre juiz e partes, estruturando-se um processo que respeita os espaços de autodeterminação das partes, mas outorga ao juiz poderes de direção e iniciativa supletivos com vistas a dar efetiva e adequada tutela aos direitos*” (“Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC”, n. 2.2, p. 60).

¹⁶³ Conforme, por todos, Murilo Teixeira Avelino: “*Hoje, com a expansão de seu conteúdo, o contraditório passa a abarcar diversos elementos de participação do processo, trazendo o juiz para o debate processual no mesmo degrau das partes. Superada está a ideia de que às partes só cabe tratar de questões de fato e que ao juiz somente de questões de direito, o processo se abre ao diálogo processual em todas as suas instâncias, sobre todas as matérias ali envolvidas. A decisão, para ser legítima, deve ser fruto da participação de todos os atores processuais (...). O princípio da cooperação não mais admite seja o processo visto como uma estrutura hierarquizada, onde as partes se submetam a um Estado-juiz superpoderoso ou, muito menos, um Estado ausente, expectador do embate livre entre as partes exercendo mero papel de mediador; hoje o Estado-juiz é membro do contraditório, somente se sobrelevando no momento de proferir a decisão, fruto de um diálogo democrático, ético e*

porque o juiz tem o dever de aplicar o ordenamento jurídico, de que a regra processual negocial faz parte.¹⁶⁴

Contudo, destaque-se que a *relação entre cooperação e negociabilidade processual* é muito específica: as partes podem celebrar negócios jurídicos processuais, porque o juiz deve ser paritário na condução do processo e, portanto, deve respeitar o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo. Em síntese, as partes podem celebrar negócios jurídicos processuais, porque existem deveres de *cooperação do juiz em relação às partes*¹⁶⁵ e *não porque devem (se devem)* colaborar entre si - sob pena de a liberdade se transformar em obrigação.

Por fim, destaque-se que a adaptação negocial das regras processuais ao caso concreto não ofende a segurança jurídica.¹⁶⁶ Em verdade, as regras processuais

participativo na prestação da jurisdição” (“A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”, n. 1, p. 403-404).

¹⁶⁴ Confira-se: “*Enquanto as partes vinculam-se por sua autonomia e liberdade, voluntariamente assumindo obrigações ou dispendo sobre as formalidades processuais (autovinculação), o vínculo jurídico, para o juiz, não decorre de uma declaração de vontade estatal que se agregaria àquelas das partes. Trata-se de heterolimitação da atividade judicial, incidente sobre os atos e formalidades do processo, operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia que o ordenamento processual lhes assegura. O juiz se vincula, porque tem o dever de aplicar a norma convencional, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento, seja para dar cumprimento à avença nos casos em que outros sujeitos tiverem que adimplir. Afinal, no Estado de Direito (rule of law), não é só a norma legislada que deve ser aplicada pelo juiz, mas também a norma convencional, definida no limite da autonomia privada*” (Convenções processuais, n. 4.3.2, p. 256); “*Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais. O estudo das fontes da norma jurídica processual não será completo, caso ignore o negócio jurídico processual*” (Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.1, p. 381).

¹⁶⁵ Confira-se, nesse sentido, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*Uma vez que o modelo cooperativo – e o princípio da cooperação, que lhe serve de embasamento – enfatiza o diálogo judicial e a participação democrática das partes, constata-se a umbilical relação entre ele e o autorregramento da vontade no processo. A cooperação estrutura o sistema processual de modo a que este se torne mais receptivo aos negócios jurídicos processuais, propugnando pelo respeito à atuação das partes no processo, aniquilando o dogma da irrelevância da vontade no processo e convocando o juiz à adoção de uma postura menos autoritária e mais comunicativa na condução da causa*” (Convenções processuais e Poder Público, n. 2.3.2.2, p. 191).

¹⁶⁶ Sobre o tema, confira-se, mais uma vez, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*A compreensão de legalidade que deve ser levada em consideração, à luz do Estado Constitucional, é a que não toma em consideração apenas um tipo normativo específico (a lei em sentido formal), mas, sim, todo o ordenamento jurídico em seu viés material. Por ‘lei’, há de se entender ‘norma jurídica’, qualquer que seja a sua forma, desde que consentânea com a Constituição. A aceção de lei no dispositivo constitucional [art. 5.º, II, da Constituição Federal] é equivalente à totalidade do ordenamento jurídico em sentido material, aí incluídas, portanto, a norma do precedente judicial e a de origem negocial (...). Há de se reconhecer que o princípio da legalidade sofre uma releitura no processo civil, à vista do novo contexto cultural a que se submete, distinto daquele traçado no período oitocentista. O intérprete e o aplicador do direito processual abandonam o papel exegeta e passam a figurar como verdadeiros coprodutores e intermediadores do sentido das normas processuais. Ou seja: enquadrada a norma negocial no conceito de legalidade e uma vez que a legalidade, nesse sentido amplo, é capaz de*

negociais oferecem tanto ou mesmo mais segurança jurídica do que as regras processuais positivas, na medida em que, em comparação com o legislador, os criadores das regras processuais negociais, intérpretes autênticos, são exatamente os destinatários de sua aplicação.¹⁶⁷ Por isso, estão mais próximos das atividades de interpretação e aplicação da regra processual negocial e mais aptos a controlá-las.¹⁶⁸

conferir previsibilidade ao procedimento, a convenção das partes em matéria processual respeita o núcleo essencial do princípio da segurança jurídica” (Convenções processuais e Poder Público, n. 2.3.1, p. 183). Em verdade, segundo Vincenzo Ferrari, é justamente a insegurança jurídica em geral e no processo um dos fatores que conduzem as partes à autocomposição. Confira-se: “Ai vizi che derivano dall’ipertrofia normativa, accentuata dalla moltiplicazione e dalla confusione delle fonti – diritto interno, internazionale, transnazionale; hard law e soft law; diritto legislativo, giurisprudenziale, negoziale; diritto comune e diritto personale; norma civile e norma religiosa; diritto vigente e diritto imminente – si aggiungono quelli tradizionali del sistema giuridizionario: del relativo decision making, accennuati oltre misura nel nostro Paese. Dell’inefficienza della giurisdizione italiana, intesa come incapacità cronica di emettere decisioni in tempo ragionevole, non ho bisogno di parlare, perché parlano i dati, le sentenze della Corte di Strasburgo e, da ultimo, l’accumulo di decisioni applicative della c.d. legge Pinto (tipica pezza peggiore del buco, anche sotto il profilo della lesione d’immagine dell’Italia). Ed è questo, come ovvio, il rischio maggiore che può indurre, soprattutto la parte che ritiene di avere ragione, ad evitare la decisione giudiziaria, rifuggendo dal processo o – argomento che ci interessa più direttamente oggi – uscendone anticipatamente. Ma i rischi del processo non si riducono a questo, macroscopico. Uno di tali rischi, su cui poco si riflette in teoria qualunque sia esperienza di ogni operatore giuridico appena avvertito, è l’incertezza ce investe proprio quel ‘fatto’ che il giudice dovrà – come si suoi dire – ‘sussumere’ sotto la norma generale e da cui, in realtà, prende le mosse anche formalmente (si pensi alla struttura di ogni sentenza) il suo ragionamento (...). Un altro rischio è connaturato alla struttura triadica che, appunto, caratterizza l’interazione giudiziaria (...). Il giudice, che deve discriminare fra avverse pretese e in tal modo ‘ridurre la complessità’, in realtà è un altro soggetto che interviene nella comunicazione aggiungendovi la propria percezione della cose, che può divergere da quella di tutte le parti in causa (...). Se così è, si comprende che nelle società avanzate, che esigono rapidità decisionale e calcolabilità degli effetti delle decisioni, la via degli accordi stragiudiziali si presenti come più percorribile e meno pericolosa di quella della giurisdizione formale, che lo Stato ci propone e che, in linea di principio, dovrebbe essere uno dei suoi compiti istituzionali più solenni” (“Le parti e il rischio del processo”, n. 2, p. 44-49).

¹⁶⁷ Kevin E. Davis e Helen Hershkoff, nesse sentido e examinando os negócios jurídicos processuais no direito estadunidense, embora indiquem diversas desvantagens da adaptação negocial das regras processuais, afirmam que a aplicação de regras processuais negociais pode gerar redução de custos, em comparação com a aplicação de regras processuais positivas, sobretudo quando estas não são claras ou quando as partes se sujeitam a diferentes regras processuais positivas em diversos litígios. Confira-se: “More generally, adopting clear procedural terms when the procedural law that would be applicable is unclear may allow parties to reduce their litigation costs. In addition, adopting a single set of procedural terms across all their agreements allows parties who are exposed to litigation in multiple jurisdictions to avoid the costs of learning multiple bodies of procedural law and the litigation costs already mentioned” (“Contracting for procedure”, n. II, item A, p. 180-181).

¹⁶⁸ Conforme, mais uma vez, Lorena Miranda Santos Barreiros: “Importante destacar que essa atividade de interpretação haverá de ser feita pelo magistrado com a participação das partes convenientes, atendendo-se ao dever de consulta, inerente ao princípio da cooperação, bem como ao princípio do contraditório, que pressupõe participação e poder de influência na formação da decisão jurisdicional. É possível que as declarações de vontade subjacentes ao negócio jurídico processual não tenham significado unívoco, mas que, a despeito disso, as partes convenientes manifestem-se em juízo defendendo, ambas, um único e mesmo sentido para o que foi acordado. Neste caso, existente uma verdadeira interpretação autêntica do negócio e sendo esta conforme ao direito, o magistrado deverá acatá-la, sendo-lhe vedado impor ao pacto sentido não pretendido pelas partes celebrantes” (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.7, p. 286).

Em conclusão, o princípio da adaptabilidade das regras processuais aos casos concretos é fundamento dos negócios jurídicos processuais, porque atribui tanto ao juiz quanto às partes o poder de adaptação das regras processuais, estruturando sistema de customização processual compartilhada no qual coexistem o poder judicial de adaptação das regras processuais e o poder negocial de adaptação das regras processuais e no qual prevalece a regra processual negociada em detrimento da regra processual positivada.

3.5.3. A compatibilidade dos negócios jurídicos processuais com os escopos ou objetivos do processo: a tutela jurisdicional aos jurisdicionados e a compatibilidade com os escopos ou objetivos públicos do processo

Ao longo do século XX, na fase instrumentalista ou teleológica do direito processual civil a que aludem, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes¹⁶⁹ e no contexto da superpublicização do direito processual civil e do dogma do afastamento quase absoluto entre o direito processual civil e o direito material, atribuíram-se ao processo objetivos ou escopos públicos que prevaleceriam sobre qualquer objetivo ou escopo particular do processo.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Confira-se: “Depois, suplantada a fase sincrética pela autonomista, foi preciso quase um século para que os estudiosos se apercebessem de que o sistema processual não é algo destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político. Preponderou por todo esse tempo a crença de que ele fosse mero instrumento apenas do direito material, sem a consciência de seus escopos metajurídicos e de suas responsabilidades perante a sociedade e seus valores. Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando alguns estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional – o que abriu caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo” (Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, n. 4, p. 19).

¹⁷⁰ Sobre os escopos ou objetivos públicos do processo, ver, por todos, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “Ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza. E assim, através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo) (...). A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a ideia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito

Por isso, como visto (v. n. 1, acima) e segundo o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo, na relação jurídica processual, assume protagonismo o juiz, agente estatal responsável por conduzir o processo ao atingimento de objetivos ou escopos prioritariamente públicos. A importância do papel das partes na condução do processo, porque seus objetivos ou escopos são sempre particulares, é diminuída em razão da importância atribuída ao papel do juiz.

Em síntese, de acordo com Diogo Assumpção Rezende de Almeida, “a base de todo o modelo publicista do início do século XX era, pois, a modificação do escopo da jurisdição, que deixa de ser a consecução dos objetivos almejados pelas partes para se tornar a concretização dos interesses públicos”. O jurisdicionado se qualifica como “*mero provocador da função estatal*”, exercida, após a instauração do processo, a partir de interesses próprios.¹⁷¹

Os escopos ou objetivos públicos do processo são tradicionalmente classificados em escopos ou objetivos sociais, escopos ou objetivos políticos e escopo ou objetivo jurídico. Os escopos ou objetivos sociais do processo são a *pacificação social através da eliminação de conflitos com justiça* e a *educação da sociedade*. Por sua vez, os escopos ou objetivos políticos do processo são a *estabilização das instituições políticas*, o *exercício da cidadania* e a *preservação da liberdade*.¹⁷²

objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade)” (Teoria geral do processo, n. 62, p. 149).

¹⁷¹ Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 2.3.1.2, p. 72.

¹⁷² Confira-se, por todos, Cândido Rangel Dinamarco: “*Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos do ordenamento jurídico (teoria dualista) há de aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos (...). Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado (...). Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações (...). A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo (...). O intenso comprometimento do sistema com a política (a justiça faz parte desta), ou seja, a sua inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado como tal e nas suas relações com os membros da população, conduz à necessidade de definir os modos pelos quais ele é predisposto a influir politicamente. São, fundamentalmente, três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do*

Por fim, o escopo ou objetivo jurídico do processo é “a atuação da vontade concreta do direito”, a aplicação do direito objetivo.¹⁷³ Assim, Arruda Alvim Netto, por exemplo, atribuiu ao processo a qualidade de “*instrumento de técnica jurídica, cujo escopo principal é a aplicação da lei a um caso controvertido, não solucionado extraprocessualmente*”.¹⁷⁴ O autor concluiu, portanto, que o principal escopo ou objetivo do processo é de interesse público e não de interesse particular.¹⁷⁵

Em crítica, Antonio do Passo Cabral afirma que, “*mesmo ao chegar no ‘escopo jurídico’, o publicismo não se orienta aos jurisdicionados. Não se fala da tutela dos ‘direitos subjetivos’, mas da concretização da lei, i.e., a aplicação do ordenamento objetivo*”.¹⁷⁶ Os indivíduos, de acordo com o autor, beneficiam-se apenas indiretamente (*através* da atuação do direito objetivo) do processo, que não os considera em seus objetivos ou escopos, prioritariamente públicos.¹⁷⁷

Contudo, desde a constitucionalização do direito processual civil e da repercussão de valores como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, aos objetivos ou escopos públicos do processo se somou o objetivo ou escopo particular do processo de *prestar tutela jurisdicional aos*

seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente, assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois polos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável para a legitimidade do processo político. Pois a função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições” (A instrumentalidade do processo, n. 21, 22 e 24, p. 159, 161-163 e 168).

¹⁷³ Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, n. 5, p. 20.

¹⁷⁴ Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, n. 26, p. 103.

¹⁷⁵ Confira-se: “O escopo do processo é, na realidade, não exclusivamente a consecução de um interesse privado das partes, mas principalmente de um interesse público de toda a sociedade” (Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, n. 26, p. 103-104).

¹⁷⁶ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.4.1, p. 120.

¹⁷⁷ Confira-se: “O sujeito, portanto, surge apenas indiretamente, como titular beneficiado pela aplicação da norma. Parece-nos, data venia, um excesso publicista. A metáfora de Cipriani é interessante e deve ser lembrada: esta concepção exagerada equivaleria a pensar que, se o processo fosse um hospital, seria construído e organizado para os médicos, não para os doentes” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 2.4.1, p. 120-121).

jurisdicionados, solucionando de forma justa, efetiva e em tempo razoável (art. 5.º, XXXV e LXVIII, da Constituição Federal) os seus litígios.¹⁷⁸

Se o principal escopo ou objetivo do processo é a tutela jurisdicional dos *jurisdicionados* e se vigoram o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo e o princípio da adaptabilidade das regras processuais ao caso concreto (v. n. 3.5.1 e 3.5.2, acima), é natural que as partes possam celebrar negócios jurídicos processuais, porque os negócios jurídicos processuais são compatíveis com o principal escopo ou objetivo do processo.¹⁷⁹

Além disso, os negócios jurídicos processuais são compatíveis com os objetivos ou escopos *públicos* do processo: a demonstrar essa compatibilidade se dedicou Antonio do Passo Cabral, em tese de livre-docência comercialmente adaptada e publicada sob o título de *Convenções processuais*, em que o autor demonstra que os negócios jurídicos processuais não prejudicam os interesses públicos a que se submete a função jurisdicional.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Conforme sustentam, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “*Nossa Constituição exige a colocação da tutela dos direitos como fim do processo civil. Sendo o Estado Constitucional ancorado na pessoa humana e o Estado de Direito nele implicado fundamentado na segurança jurídica, a finalidade óbvia colimada ao processo civil só pode estar na efetividade dos direitos proclamados pela ordem jurídica. O Estado Constitucional existe para promover os fins da pessoa humana – e isto quer dizer que o processo civil no Estado Constitucional existe para dar tutela aos direitos*” (Novo curso de processo civil, vol. 1, parte II, n. 5.3, p. 288).

¹⁷⁹ Conforme, por exemplo, Leonardo Greco: “*Apesar disso, o reconhecimento do processo civil como instrumento de tutela efetiva das situações de vantagem que a ordem jurídica confere aos particulares, decorrência da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos característica do Estado Democrático contemporâneo, tem levado boa parte da doutrina e os sistemas processuais, em maior ou menor escala, a reconhecer às próprias partes certo poder de disposição em relação ao próprio processo e a muitos dos seus atos, reservando em grande parte à intervenção judicial um caráter subsidiário e assistencial. E quando me refiro a esse poder de disposição, o faço não somente no sentido da prática de atos prejudiciais aos seus autores, mas de verdadeiros atos decisórios que vão determinar a marcha do processo e nele produzir efeitos jurídicos, ou, conforme a lição de Carnelutti, de atos mediante os quais ‘o agente regula, segundo o seu interesse, a composição e o desenvolvimento do processo’*” (“Os atos de disposição processual: primeiras reflexões”, n. 1, p. 7-8).

¹⁸⁰ Confira-se: “*Apesar do caráter público do processo, não se devem desconsiderar os interesses privados existentes não só no campo do direito material, mas também no processo. As partes não são meros provocadores iniciais ou expectadores incapazes de interferir no procedimento; as regras aplicáveis ao processo não são sempre aquelas legisladas; e nem sempre o juiz pode tudo. O tema dos acordos processuais está intimamente ligado à discussão sobre a divisão de trabalho entre os sujeitos do processo e sobre os poderes do juiz. Com efeito, os poderes do juiz devem ser conjugados com as prerrogativas das partes, com equilíbrio, equivalência e coordenação, não numa ultrapassada relação de hierarquia e supremacia. Neste sentido, as convenções processuais não significam um retorno impensado ao privatismo romano ou uma guinada ao formato anglo-americano do processo adversarial, mas um tratamento mais balanceado da tensão entre publicismo e privatismo, com a redução (não eliminação!) dos poderes do juiz em razão da atuação legítima das partes*” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 3.1.1, p. 152-153).

Portanto, as partes podem celebrar negócios jurídicos processuais, porque o principal objetivo ou escopo do processo é a tutela jurisdicional dos jurisdicionados e porque os negócios jurídicos processuais são compatíveis com os objetivos públicos do processo (pacificação social, educação da sociedade, estabilização das instituições políticas, exercício da cidadania, preservação da liberdade e aplicação do direito objetivo).

3.6. O ART. 190 DO CPC/2015: PAPEL E NATUREZA (CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIABILIDADE PROCESSUAL)

O art. 190 do CPC/2015, segundo o qual “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, tem *papel importante, mas não determinante* na celebração de negócios jurídicos processuais atípicos (v. n. 3.3.5, acima).

As partes podem celebrar negócios jurídicos processuais atípicos *não exatamente em razão do art. 190 do CPC/2015*. A possibilidade de celebrar negócios jurídicos processuais atípicos é extraída dos fundamentos dos negócios jurídicos processuais (v. n. 3.5, acima). Exatamente por isso, atualmente diversos autores admitem, expressamente ou não, que seria possível extrair do art. 158 do CPC/1973 (correspondente ao art. 200 do CPC/2015) cláusula geral de negociabilidade processual *atípica*.¹⁸¹

Mais ainda, assim como a possibilidade de celebrar negócios jurídicos atípicos *não depende da norma jurídica extraída do art. 425 do Código Civil*, porque se trata de decorrência da liberdade (preâmbulo e art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal), a

¹⁸¹ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.4.6, p. 98; Bruno Garcia Redondo, “Negócios processuais: necessidade...”, n. 2, p. 393; Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 4.4, p. 215; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., “Negócios jurídicos materiais e processuais...”, n. 1, p. 290; Leonardo Carneiro da Cunha, “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, n. 5.3, p. 68-69; *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 3 ao art. 190 do CPC/2015, p. 53; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.1, p. 193.

possibilidade de celebrar negócios jurídicos *processuais* atípicos *não depende do art. 190 do CPC/2015*. Os negócios jurídicos processuais atípicos seriam admissíveis, ainda que inexistisse o art. 190 do CPC/2015.

Na França, não há regra processual positiva semelhante ao art. 190 do CPC/2015. Apesar disso e, como visto (v. n. 3.4, acima), a partir do final do século XX se tornou frequente a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.¹⁸² Na Itália, também não há regra processual positiva semelhante ao art. 190 do CPC/2015. Apesar disso e segundo Luca Penasa, admite-se negócios jurídicos processuais atípicos.¹⁸³

Fredie Didier Jr., nesse sentido, afirma que o poder de autodeterminação dos indivíduos, dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da Constituição Federal), confere aos indivíduos, dentre outras liberdades, a liberdade de celebrar negócios jurídicos atípicos.¹⁸⁴ Se assim é, o poder de autodeterminação dos indivíduos lhes confere também a liberdade de celebrar negócios jurídicos *processuais* atípicos.

Mas isso não significa que a previsão legal de negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190 do CPC/2015) seja irrelevante. Em primeiro lugar, porque o art. 190 do CPC/2015 encerra qualquer discussão sobre a (in)existência de negócios jurídicos processuais.¹⁸⁵ Em segundo lugar, porque o art. 190 do CPC/2015 prevê elementos

¹⁸² Loïc Cadiet admite negócios jurídicos processuais atípicos. Confira-se: “*Mais quid des autres conventions, inconnues, qui n’ont pas pour objet de se substituer au jugement et qui constituent la matière première des accords processuels?*” (“La qualification juridique des accords processuels”, n. 7 p. 133-135). Em tradução livre: “Mas e as outras convenções, inominadas, que não substituem a função jurisdicional e que constituem a matéria dos acordos processuais?”.

¹⁸³ Confira-se: “*Dunque nel nostro ordinamento ha per assai lungo tempo ‘vissuto e prosperato’ un accordo processuale non previsto dalla legge, che solo la novella del Codice di Rito del 2006 ha espressamente riconosciuto introducendo nel Codice di Rito l’art. 808-ter. Questa circostanza dovrebbe forse far rimeditare le posizioni di chiusura verso gli accordi processuali atipici e spingere ad abbracciare una posizione più liberale. In tal senso si sono invero mossi gli autori italiani che più di recente si sono occupati ex professo del rapporto tra autonomia privata e processo civile*” (Luca Penasa, “Gli accordi processuali in Italia”, n. 5, p. 277).

¹⁸⁴ Confira-se: “*Pode-se localizar o poder de autorregramento da vontade em quatro zonas de liberdade: a) liberdade de negociação (zonas de 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 o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio)*” (Fredie Didier Jr., “Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil”, n. 2, p. 32).

¹⁸⁵ Conforme, por exemplo, Eduardo Talamini: “*Se alguma dúvida ainda havia quanto à existência de negócios jurídicos processuais, ela foi de todo sepultada pelo art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, que autoriza a celebração de convenções entre as partes a respeito do procedimento judicial ou*

de existência, requisitos de validade e condições de eficácia de negócios jurídicos processuais atípicos.

Em terceiro lugar, porque o art. 190 do CPC/2015 é o centro do *microsistema de negociabilidade processual*.¹⁸⁶

Segundo Lorena Miranda Santos Barreiros, o microsistema de negociabilidade processual “*confere novo ambiente ao processo, regrando-o sob os auspícios da liberdade*”. Assim, o microsistema de negociabilidade processual, de acordo com a autora, é “*conjunto normativo orgânico de tutela do autorregramento da vontade no processo*”.¹⁸⁷

O microsistema de negociabilidade processual é composto, entre outros, pelo art. 190 do CPC/2015, que prevê a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos e por todos os demais textos legais que preveem a celebração de negócios jurídicos processuais típicos. A relação entre os elementos do microsistema de negociabilidade processual é de *reciprocidade*.¹⁸⁸

*das próprias posições jurídicas processuais (direitos, ônus, deveres processuais...). O art. 190 está inserido no livro do Código dedicado aos ‘atos processuais’ – e nele se prevê que a convenção de natureza processual pode celebrar-se ‘antes ou durante o processo’. Assim, há clara tomada de posição do CPC no sentido de afirmar a natureza processual dessas convenções, independentemente de serem celebradas dentro do processo. Sempre existiram negócios processuais em nosso ordenamento. Mas antes eles eram típicos. Constituía numerus clausus: hipóteses taxativas, sempre a depender de uma específica previsão legal (...). Mas o art. 190 veicula uma cláusula geral autorizadora dos negócios processuais. Permitem-se negócios processuais atípicos. O ajuste de vontade das partes poderá modular o procedimento ou posições jurídicas processuais em outras hipóteses, que não apenas aquelas taxativamente previstas em lei. Assim, atribui-se ampla liberdade às partes para, em comum acordo, modularem o processo judicial, ajustando-o às suas necessidades e expectativas concretas” (“Um processo pra chamar de seu...”, n. 2, p. 2-3). Confirma-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.2, p. 514-515.*

¹⁸⁶ Contra, porém, confira-se Leonardo Greco: “*Também não consigo ver no artigo 190 do novo Código, como outros, uma cláusula geral, um superdireito, conceito que por si já entranha um elevado grau de autoritarismo, como se as partes pudessem dizer ao juiz: ‘agora quem manda somos nós; cumpra as nossas ordens, sob pena de desobediência, prevaricação, ato atentatório à dignidade da justiça, multa ou proibição de falar nos autos. Aliás, será que precisamos mesmo do juiz?’*” (“Convenções processuais versus poderes do juiz”, p. 136).

¹⁸⁷ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.1, p. 196.

¹⁸⁸ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “*No espaço da atipicidade, instaura-se um ‘diálogo’ de duas vias entre a cláusula geral e os acordos típicos. Ao mesmo tempo em que cada uma das convenções típicas é interpretada e aplicada à luz do permissivo geral, as disposições pontuais de cada acordo típico poderão despertar na doutrina e na jurisprudência sinais de quais seriam os limites pretendidos pelo legislador para as convenções processuais. Assim, os acordos típicos alimentam a concretização do conteúdo da cláusula geral*” (*Convenções processuais*, n. 3.1.6, p. 167).

Em outros termos: por um lado, o art. 190 do CPC/2015 fornece diretrizes interpretativas a todos os textos legais que preveem a celebração de negócios jurídicos processuais típicos; por outro lado, todos os textos legais que preveem a celebração de negócios jurídicos processuais típicos fornecem diretrizes interpretativas ao art. 190 do CPC/2015.

Enfim, destaca-se a *natureza de cláusula geral de negociabilidade processual* do art. 190 do CPC/2015.

4. A EXISTÊNCIA, A VALIDADE E A EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS - A TEORIA GERAL DOS FATOS JURÍDICOS E SUA APLICAÇÃO AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Na teoria geral dos fatos jurídicos, ganhou ares de absoluta a divisão do mundo jurídico em três planos (existência, validade e eficácia), elaborada por Pontes de Miranda. A relevância da divisão, por sua vez e de acordo com Marcos Bernardes de Mello, decorre da impossibilidade de tratar os três planos do mundo jurídico como se fossem iguais, pois são independentes entre si.¹⁸⁹

O fato ingressa no *plano da existência* a partir da incidência, ou seja, quando, no mundo dos fatos, ocorre o fato previsto em hipótese de incidência de norma jurídica. O fato, até então juridicamente irrelevante, adquire, a partir da incidência, existência jurídica e, assim, ingressa no mundo jurídico. A incidência, portanto, transforma os fatos em fatos jurídicos em sentido amplo.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Confira-se: “Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico stricto sensu) (a) existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente), (b) existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador), (c) existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade), (d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes), ou, quando se trata de fato jurídico stricto sensu, ato-fato jurídico ou fato ilícito lato sensu, (e) existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente, (f) existe e é ineficaz, porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos. Nas combinações que podem ser efetuadas – e as acima mencionadas esgotam as espécies possíveis – variam os dados relativos à validade e à eficácia, mas o elemento existência permanece sempre invariável. De tudo isso se podem tirar duas conclusões: (a) que existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais; (b) que o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos. Essas conclusões demonstram a extrema propriedade e utilidade da proposta de Pontes de Miranda de considerar o mundo jurídico dividido em três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações” (Teoria do fato jurídico: plano da existência, § 20, p. 133-134).

¹⁹⁰ Confira-se, nesse sentido, Pontes de Miranda: “Com a incidência da regra jurídica, o suporte fático, colorido por ela (= juridicizado), entra no mundo jurídico. A técnica do direito tem como um dos seus expedientes fundamentais, e o primeiro de todos, esse, que é o de distinguir, no mundo dos fatos, os fatos que não interessam ao direito e os fatos jurídicos, que formam o mundo jurídico; donde dizer-se que, com a incidência da regra jurídica sobre o suporte fático, esse entra no mundo jurídico” (Tratado de direito privado, t. I, § 22, n. 2, p. 145-146). Confira-se, na teoria especial dos fatos processuais, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira: “A norma jurídica, enquanto proposição, prevê hipoteticamente fatos de possível ocorrência no mundo. A esses elementos da norma, isto é, o fato ou conjunto de fatos previstos abstratamente, dá-se o nome de ‘suporte fático’. Quando o que se está previsto na norma acontece, no plano da experiência, dá-se a ‘incidência’, de modo que o fato passa a ser considerado ‘jurídico’. Composto o fato jurídico, surgem, no mundo jurídico, os efeitos previstos em

Se o fato jurídico for ato jurídico sentido amplo (ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico), de acordo com Marcos Bernardes de Mello, “há de passar pelo plano da validade, onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não tem qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante”.¹⁹¹ O ato jurídico em sentido amplo ingressa no plano da validade se seus elementos de existência são juridicamente perfeitos.¹⁹²

A perfeição jurídica dos elementos de existência do ato jurídico em sentido amplo lhe assegura validade; para que os elementos de existência do ato jurídico em sentido amplo sejam juridicamente perfeitos, por sua vez, requisitos devem estar presentes. Segundo Marcos Bernardes de Mello, esses requisitos de validade podem ser classificados em requisitos subjetivos (quanto ao sujeito e à declaração de vontade do ato jurídico em sentido amplo), requisitos objetivos (quanto ao objeto do ato jurídico em sentido amplo) e requisitos formais (quanto à forma do ato jurídico em sentido amplo).¹⁹³

Os requisitos subjetivos de validade asseguram perfeição jurídica à declaração de vontade e, para tanto, referem-se tanto ao sujeito (capacidade) quanto à declaração de vontade em si (perfeição jurídica), elementos de existência dos atos jurídicos em sentido amplo. Os requisitos objetivos de validade asseguram perfeição jurídica ao objeto, elemento de existência dos atos jurídicos em sentido amplo; para tanto, exige-se a licitude, a determinabilidade e a possibilidade do objeto. Os requisitos

abstrato na norma (...). 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” (Teoria dos fatos jurídicos processuais, § 1.º, n. 2, p. 29).

¹⁹¹ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, § 22, p. 135.

¹⁹² Confira-se, mais uma vez, Marcos Bernardes de Mello: “Diz-se válido o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar. Validade, no que concerne a ato jurídico, é sinônima de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico” (*Teoria do fato jurídico: plano da validade*, § 2.º, p. 37).

¹⁹³ Confira-se: “Com esse objetivo, podemos classificar os pressupostos de validade dos atos jurídicos em três categorias, quanto (a) ao sujeito; (b) ao objeto; e (c) à forma da exteriorização da vontade. A primeira categoria se refere ao problema da manifestação da vontade, visando a resguardá-la em relação à sua consciência e autenticidade. Tem cunho protetivo das pessoas e de seu patrimônio. A segunda tem por fundamento a consonância do ato jurídico com o direito ou com a natureza das coisas, considerando-se aí a licitude, a moralidade, a determinabilidade e a possibilidade do seu objeto. E, finalmente, a terceira se baseia no pressuposto de que certos atos jurídicos, pela sua relevância, devem ser praticados segundo solenidades especiais e obedecendo a determinada forma capaz de melhor documentar a conclusão do negócio, facilitando a sua prova” (Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, § 8.º, p. 54).

formais de validade asseguram perfeição jurídica à forma (elemento de existência dos atos jurídicos em sentido amplo), quando o direito a exigir.

Por fim, desde que o fato exista no mundo do direito (fato jurídico em sentido amplo), pode ingressar no plano da eficácia, definido por Marcos Bernardes de Mello como “*a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz*”.¹⁹⁴

Como os negócios jurídicos processuais são também fatos jurídicos em sentido amplo ou, mais especificamente, negócios jurídicos (v. n. 3.1, acima), aplica-se aos negócios jurídicos processuais atípicos a teoria geral dos fatos jurídicos.¹⁹⁵ Assim, os negócios jurídicos processuais atípicos, como qualquer negócio jurídico, também *existem* a partir de determinados elementos, são *válidos* se presentes determinados requisitos e são *eficazes*, a partir de determinadas condições.

Os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos são a versão processual dos elementos de existência, dos requisitos de validade e das condições de eficácia dos negócios jurídicos na teoria geral dos fatos jurídicos.¹⁹⁶ Contudo, destaque-se, não se trata de identidade com os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia dos negócios jurídicos “materiais” ou “substanciais”.

Afinal, embora mais bem desenvolvida e regulada no direito privado, no Código Civil, a teoria dos fatos jurídicos, como teoria geral, pertence à teoria do direito (e não exatamente ao direito “material”, ao direito privado, ao direito civil). Portanto, ainda, é pressuposto de toda e qualquer teoria especial dos fatos jurídicos, dentre

¹⁹⁴ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, § 23, p. 136.

¹⁹⁵ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “(...) *quando pensamos na formação dos acordos processuais, devemos ter em mente que, assim como os atos processuais são também espécies de atos jurídicos, as convenções processuais são também espécies de negócio jurídico. Portanto, aplica-se aos acordos processuais a sistemática da teoria geral dos negócios, regulada no direito civil*” (*Convenções processuais*, n. 5.2, p. 285-286).

¹⁹⁶ Confira-se, nesse sentido, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.: “*Os critérios ou os tipos de motivos – estabelecidos no ordenamento processual – necessários para justificar a observância dos padrões de referência invariáveis constituem-se num olhar, pela perspectiva do direito processual, sobre os requisitos invariáveis de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, tais quais estabelecidos pelo Código Civil*” (“Negócios jurídicos materiais e processuais...”, n. 4, p. 303).

elas, por exemplo, a teoria dos fatos processuais.¹⁹⁷ Como visto (v. n. 2.1, acima), a processualidade não se opõe à juridicidade: é parte dela.

Enfim, por isso, diz-se que os negócios jurídicos processuais atípicos se submetem a uma “corregulação”, “material” ou “substancial” e processual.¹⁹⁸ A afirmação é correta, desde que, todavia, os termos “material” e “substancial” sejam considerados sinônimos de “jurídico”, simplesmente (v. n. 3.1, acima).

A ideia que se quer aqui expressar é bem semelhante àquela desenvolvida por Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., para quem há um “campo-invariável” dos elementos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia dos negócios jurídicos - que se aplica, portanto, a qualquer espécie de negócio jurídico - e um “campo-dependente” dos elementos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia, variável conforme a espécie de negócio jurídico.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Confira-se, por exemplo, Loïc Cadet: “*Le Code Civil est le droit commun; le Code de Procédure Civile est au nombre de ces corps de ‘règles particulières’ au même titre que le Code du Travail ou le Code de Commerce*” (“La qualification juridique des accords processuels”, n. 8, p. 134). A menção ao Código Civil, todavia, deve ser compreendida nos devidos termos: assim como no Brasil, é no direito civil francês (e, portanto, no Código Civil francês) que se encontra a regulação mais bem desenvolvida da teoria geral dos fatos jurídicos.

¹⁹⁸ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “*Contudo, quando pensamos na formação dos acordos processuais, devemos ter em mente que, assim como os atos processuais são espécies de atos jurídicos, as convenções processuais são também espécies de negócio jurídico. Portanto, aplica-se aos acordos processuais a sistemática da teoria geral dos negócios, regulada no direito civil, podendo o intérprete partir de algumas disposições do direito privado, adaptá-las e as aplicar aos acordos processuais no que tange aos requisitos, efeitos, limites à autonomia privada, sempre com o cuidado de tratar-se de uma espécie peculiar de negócio jurídico afeta ao ambiente publicista que é o processo (...). Então, na verdade, deve haver uma correção entre normas materiais e processuais, que se combinam na normatização dos acordos processuais*” (*Convenções processuais*, n. 5.2, p. 285-287).

¹⁹⁹ Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., “Negócios jurídicos materiais e processuais...”, *passim*. Contra, confira-se Trícia Navarro Xavier Cabral, para quem os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do “direito material” se aplicam *cumulativamente* com os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do “direito processual”, nos negócios jurídicos processuais atípicos *incidentais*; nos negócios jurídicos processuais atípicos *prévios*, de acordo com a autora, exigir-se-iam inicialmente os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do “direito material”, embora depois, com a integração do negócio jurídico processual atípico prévio ao processo, sua existência, validade e eficácia dependa *também* dos elementos de existência, dos requisitos de validade e das condições de eficácia do “direito processual”. Confira-se: “*No que tange ao regime jurídico das convenções em matéria processual, ou seja, aos parâmetros de tratamento e formas de funcionamento do instituto em nosso ordenamento jurídico processual, insta registrar que há diferença entre o regime jurídico das convenções firmadas extrajudicialmente e judicialmente. No âmbito extrajudicial adotam-se as normas de direito material para a sua constituição. Já no campo processual, devem ser respeitadas as regras de direito material e também as de direito processual, em uma espécie de regime jurídico misto*” (“Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais”, n. 4, p. 350).

5. A EXISTÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Na teoria geral dos fatos jurídicos, Antônio Junqueira de Azevedo afirma que são elementos de existência dos negócios jurídicos a forma, o objeto e as circunstâncias negociais, estas definidas pelo autor como aquilo “*que fica da declaração de vontade, despida da forma e do objeto, isto é, aquele quid, irreduzível à expressão e ao conteúdo*”.²⁰⁰

Contudo, o autor afirma que “*pelo menos mais três elementos existem (...), indispensáveis à sua existência*”, elementos extrínsecos, quais sejam, sujeito (porque o negócio jurídico é espécie de ato jurídico em sentido amplo) e lugar e tempo (porque o negócio jurídico, como qualquer fato ou fato jurídico, ocorre em determinado espaço e em determinado momento).²⁰¹

Se, por um lado, os elementos de existência dos negócios jurídicos *processuais*, por sua vez, são examinados de diferentes formas por diferentes autores, por outro lado, as diferenças são sutis: em conteúdo, as abordagens tendem mais à semelhança do que à dessemelhança.²⁰² Por razões didáticas, adotar-se-á, com certa adaptação, a abordagem de Lorena Miranda Santos Barreiros.

²⁰⁰ Confira-se: “Os elementos gerais são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio. Quais são eles exatamente? A rigor, tomada a palavra elemento, em seu significado já definido, somente aquilo que efetivamente constitui o negócio é que poderia ser considerado elemento, ou seja: a forma, que a declaração toma, isto é, o tipo de manifestação que veste a declaração (escrita, oral, mímica, através do silêncio etc.), o objeto, isto é, o seu conteúdo (as diversas cláusulas de um contrato, as disposições testamentárias, o fim que se manifesta na própria declaração etc.) e, finalmente, as circunstâncias negociais” (Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*, cap. segundo, § 2.º, p. 32).

²⁰¹ Confira-se, mais uma vez: “Todavia, embora somente esses três sejam elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, de todo e qualquer negócio jurídico, a verdade é que pelo menos mais três elementos existem, que, não fazendo parte integrante do negócio, são, porém, indispensáveis à sua existência; trata-se dos elementos comuns às categorias colocadas acima do negócio jurídico e que este, por nelas estar enquadrado, também possui. Assim, se o negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico, torna-se óbvio que não há negócio sem um agente (do verbo agere, cujo participio passado é actum); e se o ato jurídico, por sua vez, é espécie de fato jurídico, considerando que não há fato que não ocorra em determinado ponto do espaço e em determinado momento, todo negócio jurídico tem também, indispensavelmente, lugar e tempo. Os elementos gerais extrínsecos, portanto, são três: tempo, lugar e agente” (Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*, cap. segundo, § 2.º, p. 32-33).

²⁰² Compare-se. Antonio do Passo Cabral: “Pois bem, no plano da existência, são elementos essenciais do acordo processual (ou aqueles que tornam seu suporte fático suficiente para vencer o plano da existência): a) manifestação da vontade de duas ou mais pessoas em diversos centros de interesse (pois a convenção é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral); b) consentimento dos convenientes” (*Convenções processuais*, n. 5.4, p. 290). Flávio Luiz Yarshell: “Além da forma e do objeto, o negócio

Com efeito, Lorena Miranda Santos Barreiros afirma que a existência dos negócios jurídicos processuais depende da presença de elemento subjetivo (sujeito ou sujeitos e declaração ou declarações de vontade consciente e autorregrada), de elemento objetivo (objeto, com referibilidade a um processo) e de elemento formal (a forma em sentido amplo).²⁰³

Com pequena adaptação (desmembramento do elemento subjetivo), tratar-se-á da existência dos negócios jurídicos processuais atípicos a partir dos seguintes elementos: (a) o(s) sujeito(s) que pratica(m) o ato; (b) a(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais; (c) o objeto sobre o qual recai(em) a(s) declaração(ões) de vontade e; (d) a forma em sentido amplo.

processual – como qualquer outro negócio jurídico – apresenta elementos de existência que podem ser considerados extrínsecos (até porque existem antes do negócio ser feito) e que, quando menos, prestam-se à adequada identificação do ato. Primeiro, ele pressupõe a existência de sujeitos ou de agentes (...). Segundo, o negócio tem um determinado tempo (...). Terceiro, o negócio processual tem um lugar” (“Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 5, p. 79-80). Helder Moroni Câmara: “Desse modo, cremos que a existência do negócio jurídico processual dependa da presença dos seguintes elementos, verdadeiros substantivos sem qualquer qualificação, sendo certo que a qualificação será verificável em outros campos, como o da validade e da efetividade: (i) agente; (ii) manifestação da vontade; e (iii) objeto” (Negócios jurídicos processuais, n. 4.2.2, p. 92). Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.: “Com base nessas premissas, pode-se afirmar que o negócio jurídico tem como elemento nuclear, logo, como requisito de existência (plano da existência), a manifestação ou declaração consciente de vontade, de uma ou de ambas as partes, visando o autorregramento de uma situação jurídica simples ou da eficácia de uma relação jurídica e, como elementos completantes (i) a existência de um poder de determinação e regramento da categoria jurídica (no processo civil, tem-se a cláusula geral negocial do art. 190 do CPC/2015) e, (ii) no caso dos negócios processuais (campo-dependente, pois), a existência de um processo a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior, isto é, fora da ‘sede’ processual” (“Negócios jurídicos materiais e processuais...”, n. 3, p. 301). Pedro Henrique Nogueira: “Já se viu que o negócio jurídico em geral e o negócio jurídico processual, por conseguinte, se compõem de fatos humanos voluntários. Exige-se, como primeiro elemento da configuração do suporte fático, uma vontade manifestada (...). O segundo elemento integrante do núcleo do suporte fático do negócio processual está no autorregramento da vontade (...), entendido como poder de escolha da categoria jurídica ou das situações jurídicas que configurarão a sua eficácia (...). O núcleo do suporte fático do negócio processual também se preenche com a referibilidade ao procedimento” (Negócios jurídicos processuais, n. 12.1, p. 206-208).

²⁰³ Confira-se: “Adotar-se-á, neste trabalho, a posição que discerne três elementos constitutivos do negócio jurídico: o subjetivo (sujeitos que manifestem vontade consciente e autorregrada), o objetivo (objeto do negócio, que deve estar referido a um procedimento) e o formal (a forma do negócio)” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2, p. 200).

5.1. O(S) SUJEITO(S) QUE PRATICA(M) O ATO

5.1.1. O conceito de parte do negócio jurídico processual atípico

O art. 190 do CPC/2015 prevê que “é lícito às *partes* plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Preliminarmente, destaca-se que o negócio jurídico processual atípico pode ser celebrado por um único sujeito (negócio jurídico processual atípico unilateral), por dois sujeitos (negócio jurídico processual atípico bilateral) ou por mais de dois sujeitos (negócio jurídico processual atípico plurilateral) (v. n. 3.3.1, acima).

O significado do termo “parte”, empregado no art. 190 do CPC/2015, não é claro, porém.

Em primeiro lugar, poder-se-ia compreender o termo “parte” como designativo de *parte da relação jurídica material* deduzida ou deduzível em juízo.²⁰⁴⁻²⁰⁵ Contudo, nesse caso, impõe-se à negociabilidade processual atípica restrição incompatível com o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo (v. n. 3.5.1, acima).

Afinal, de acordo com Lorena Miranda Santos Barreiros, se o objeto do negócio jurídico processual atípico é uma situação jurídica processual ou o procedimento, “*não se revelaria sequer razoável que a referência aos sujeitos celebrantes do negócio estivesse adstrita às partes em sentido material*”.²⁰⁶

A valer esse significado de “parte”, destaca a autora, aquele que, autorizado pelo ordenamento jurídico, pleiteia direito alheio em nome próprio (legitimação

²⁰⁴ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*Na sua acepção material, a palavra parte remete aos sujeitos da relação jurídica material já deduzida (ou a sê-lo) em juízo*” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.1.11, p. 200).

²⁰⁵ Confira-se, nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell: “*Primeiro, ele pressupõe a existência de sujeitos ou de agentes – cuja ‘capacidade’ é exigida para que o negócio seja válido. Como regra, sujeitos são os protagonistas da relação material, atual ou potencialmente controversa*” (“*Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*”, n. 5, p. 79).

²⁰⁶ Lorena Mirada Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.1.1, p. 201.

extraordinária – art. 18 do CPC/2015), titular de situações jurídicas processuais e responsável por conduzir o procedimento, não poderia celebrar negócio jurídico processual atípico.²⁰⁷

Em segundo lugar, poder-se-ia compreender o termo “parte” como designativo de *sujeito parcial da relação jurídica processual*. Contudo, nesse caso e ainda de acordo com Lorena Miranda Santos Barreiros, os terceiros e o juiz não poderiam celebrar negócios jurídicos processuais atípicos.²⁰⁸

Em verdade, mais do que isso, a valer o termo “parte” como designativo de sujeito parcial da relação jurídica processual, não existiriam negócios jurídicos processuais atípicos *prévios*, ou seja, antes da existência da relação jurídica processual – expressamente admitidos, porém, no art. 190 do CPC/2015.²⁰⁹

Por isso, Lorena Miranda Santos Barreiros conclui que “parte” do negócio jurídico processual atípico ou sujeito que o celebra é “*sujeito processual ou sujeito do processo*” ou, ainda, “*todo aquele que tenha potencialidade para ser sujeito processual*”, definição mais ampla do que parte da relação jurídica material e do que parte da relação jurídica processual.²¹⁰

²⁰⁷ Confira-se: “A interpretação do termo ‘parte’ inserido no art. 190 do CPC/2015 como correspondente à parte material não condiz com a finalidade estabelecida para o instituto. Se as convenções processuais terão por objeto promover alterações no procedimento ou em situações jurídicas processuais, não se revelaria sequer razoável que a referência aos sujeitos celebrantes do negócio estivesse adstrita às partes em sentido material (...). Nos acordos celebrados antes do processo, a parte do acordo normalmente coincidirá com a parte material, o que, entretanto e logicamente, não é elemento suficiente para conduzir à conclusão de ser este o sentido do termo ‘parte’ veiculado no art. 190 do CPC/2015” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.1.1, p. 201).

²⁰⁸ Confira-se: “De outro lado, o sentido processual conferido ao termo ‘parte’ também não atende ao escopo buscado pela cláusula geral sob enfoque. Examinando-se os negócios processuais típicos integrantes do microsistema de negociação processual de que também faz parte o art. 190 do CPC/2015, encontram-se hipóteses em que: a) um terceiro participa do acordo; b) o órgão jurisdicional participa do acordo (não se limitando a controlar a sua validade) (...). Nessas condições, servindo os negócios típicos como parâmetros hermenêuticos para a compreensão da cláusula de atipicidade da negociação processual, decerto que o conceito de parte processual afigurar-se-ia demais restrito para a identificação dos sujeitos negociais a que alude o art. 190 do CPC/2015” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.1.1, p. 201-202).

²⁰⁹ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “De início, deve-se deixar claro que as partes de um acordo processual são aqueles que se vinculam voluntariamente, em razão de sua capacidade negocial, pelas disposições contidas no instrumento convencional. E como as convenções processuais podem ser celebradas antes do surgimento de qualquer processo, não é correta a equivalência entre as expressões ‘partes do acordo’ e ‘partes do processo’” (*Convenções processuais*, n. 4.1, p. 247).

²¹⁰ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.1.1, p. 203.

O conceito de sujeito ou parte do negócio jurídico processual atípico como todo aquele que potencialmente possa ser sujeito do processo é suficientemente amplo para abranger tanto o autor e o réu, quanto o juiz, assim como os advogados, os defensores públicos, os membros do Ministério Público²¹¹, os auxiliares da justiça e mesmo terceiros que, através do negócio jurídico processual, podem se tornar sujeitos do processo.²¹²

5.1.2. O juiz como parte do negócio jurídico processual atípico

Embora o juiz seja sujeito do processo, a possibilidade de o juiz ser *parte* de negócio jurídico processual é controversa.

Antonio do Passo Cabral nega a possibilidade de que o juiz seja parte de negócio jurídico processual. Em síntese, para o autor, qualquer participação do juiz em negócio jurídico processual que *não se limite* à homologação judicial lhe retira a natureza de ato processual causativo ou determinante e, portanto, a natureza de negócio jurídico processual; transforma-o em mero ato processual estimulante ou indutivo, ato processual conjunto, se bilateral (v. n. 3.2, acima).²¹³

²¹¹ Enunciado 253 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”. Em tese, acrescenta-se: não só quando atua como parte, mas, também, quando atua como *custos legis*.

²¹² Sobre os terceiros que, através do negócio jurídico processual, podem se tornar sujeitos do processo, confira-se mais uma vez Lorena Miranda Santos Barreiros: “*De outro lado, o sentido processual conferido ao termo ‘parte’ também não atende ao escopo buscado pela cláusula geral sob enfoque. Examinando-se os negócios processuais típicos integrantes do microssistema de negociação processual de que também faz parte o art. 190 do CPC/2015, encontram-se hipóteses em que: a) um terceiro participa do acordo; b) o órgão jurisdicional participa do acordo (não se limitando a controlar a sua validade). No primeiro caso, tome-se, por exemplo, a situação prevista no art. 109, § 1.º, do CPC/2015, que versa sobre a sucessão do alienante/cedente pelo adquirente/cessionário, quando houver alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos. O ingresso do adquirente/cessionário em juízo sucedendo o alienante/cedente demandará conjugação de vontades do adquirente e da parte contra quem o alienante contende, cuidando-se, pois, de negócio processual típico. Observe-se que a celebração do negócio é feita com um terceiro (adquirente/cessionário), sendo efeito desse negócio o seu ingresso no processo, transformando-se em parte” (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.2.1.1, p. 201).*

²¹³ Confira-se: “*No CPC/2015, o calendário do processo (art. 191) e o saneamento compartilhado (art. 357, § 3.º), em nosso modo de ver, também são atos ou requerimentos conjuntos (não acordos). O juiz tem que deferir, autorizar; há um controle judicial prévio e necessário à produção de efeitos. Ou seja, são todas características de atos estimulantes ou postulativos, não dos atos determinantes” (Antonio do Passo Cabral, Convenções processuais, n. 1.3.6, p. 76-77).*

Segundo Antonio do Passo Cabral, a capacidade negocial processual pressupõe “*sujeitos que falam em nome de algum interesse*”, ao passo em que o juiz, “*pelo seu distanciamento dos interesses dos litigantes (tanto materiais, quanto processuais), não poderia praticar atos em favor de nenhum interesse próprio*”.²¹⁴ Além disso, para o autor, a capacidade negocial processual do juiz seria incompatível com o controle que deve exercer sobre os negócios jurídicos processuais.²¹⁵

Por fim, segundo Antonio do Passo Cabral, eventual vontade negocial declarada pelo juiz seria vontade “*autoritativa*”, decorrente de deveres e não da liberdade: “*a vontade negocial do Estado-juiz é vinculada, total ou parcialmente, seja no que se refere à escolha de praticar o ato, seja em determinar o seu conteúdo e efeitos*”.²¹⁶ Ainda que existam espaços de discricionariedade, não se trata, de acordo com o autor, de espaços de liberdade.²¹⁷

Em semelhante sentido, Flávio Luiz Yarshell.²¹⁸

Por outro lado, a maior parte da doutrina admite que o juiz seja parte de negócios jurídicos processuais, inclusive atípicos.²¹⁹

²¹⁴ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 4.3.1, p. 252-253.

²¹⁵ Confira-se: “*Deve ser lembrado ainda que o juiz, como se verá na sequência, exerce função de controle sobre a validade das convenções, função que seria incompatível com a tomada de posição a favor de interesses, fossem esses interesses das partes ou do próprio Estado*” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 4.3.1, p. 253).

²¹⁶ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 4.3.1, p. 254.

²¹⁷ Confira-se, mais uma vez: “*Admitimos que, às vezes, o poder de disposição é discricionário, baseado na conveniência de praticar ou não o ato, bem assim de definir-lhe o conteúdo. Não obstante, mesmo quando há discricionariedade, não significa que exista autonomia ou liberdade negocial. Por esse motivo, como não há liberdade para o juiz nos termos em que se observa para as partes, pensamos que o magistrado não pode ser considerado parte nas convenções processuais*” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 4.3.1, p. 254).

²¹⁸ Confira-se: “*Como regra, sujeitos são os protagonistas da relação material, atual ou potencialmente controversa. 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 (...). Portanto, o calendário não é mais do que um capítulo particular da convenção das partes em matéria processual. A participação do juízo não vai substancialmente além do que já ocorre em relação ao controle do negócio processual; e nem poderia. Ainda que ele esteja autorizado a incentivar as partes e até sugerir a composição do calendário, rigorosamente ele não é parte do negócio; do contrário, a presença do juiz como ‘parte’ impediria que fizesse o já mencionado controle do negócio processual*” (Flávio Luiz Yarshell, “*Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*”, n. 5 e 17, p. 79 e 91).

²¹⁹ Confira-se: Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.3, p. 143; Eduardo Talamini, “*Um processo pra chamar de seu...*”, n. 5, p. 7; Fredie Didier Jr., “*Negócios*

A respeito da suposta ausência de interesses próprios do juiz, alegada por Antonio do Passo Cabral, Lorena Miranda Santos Barreiros afirma que ao juiz compete zelar pelos escopos ou objetivos públicos do processo. Conseqüentemente, dos escopos ou objetivos públicos do processo e do poder judicial de adaptação das regras processuais ao caso concreto (v. n. 3.5.2 e 3.5.3, acima), extrai-se a capacidade negocial processual do juiz.²²⁰

jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.3, p. 112; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.3, p. 387; Gabriela Expósito, “Natureza negocial dos provimentos judiciais”, n. 5, p. 198-199; Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 2.5, p. 71-72; Leonardo Carneiro da Cunha, “Calendário processual: negócio típico previsto no art. 191 do CPC”, n. 1, p. 300; “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, n. 5.3, p. 69; *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 5 ao art. 190 do CPC/2015, p. 55; Leonardo Greco, “Convenções processuais versus poderes do juiz”, p. 141; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.1.2, p. 203-204; Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.5, p. 518; Murilo Teixeira Avelino, “A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”, n. 4, p. 416-417; Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. IV, n. 9, p. 198; Ricardo Villas Bôas Cueva, “Flexibilização do procedimento e calendário processual”, n. 4, p. 537-538; Trícia Navarro Xavier Cabral, “Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais”, n. 5, p. 354-355. Gabriela Expósito e Pedro Henrique Nogueira vão além e afirmam que as próprias decisões judiciais podem possuir a natureza de negócio jurídico processual, de que é (única) parte o juiz. Confira-se: “*O Código de Processo Civil/2015 disciplina hipóteses de provimentos judiciais em que se constata o exercício do poder jurisdicional, mas também o poder de autorregramento da vontade. Ao juiz foi dado poderes de direção do processo, como superação de obstáculos formais, poderes para atuar em matéria probatória podendo determinar o comparecimento das partes para interrogatório livre, perfazendo um cenário de liberdade e de autorregulação por parte do magistrado (...). As decisões e sentenças condicionantes também são exemplos de provimentos de cunho negocial. Nesse tipo de pronunciamento o magistrado pratica um negócio jurídico ao inserir uma condição que poderá acarretar o surgimento ou extinção dos efeitos do ato processual*” (Gabriela Expósito, “Natureza negocial dos provimentos judiciais”, n. 4, p. 197-198); “*Os atos processuais praticados pelo juiz, nas situações exemplificativas acima, constituem exercício não somente do poder jurisdicional, mas do poder de autorregramento da vontade, sendo-lhe outorgada pelo sistema a faculdade de escolha de determinadas categorias e de determinadas situações jurídicas processuais. Por isso, apresentam-se como autênticos negócios jurídicos processuais judiciais*” (Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. V, n. 6, p. 244). Contudo, não se concorda com a tese de que decisões judiciais podem ser negócios jurídicos processuais: em primeiro lugar, porque o juiz tem o dever de proferir decisões e não há como admitir o dever de celebrar um negócio jurídico processual atípico (ressalvada a obrigação de celebrar negócio jurídico processual atípico decorrente de promessa); em segundo lugar, porque a decisão judicial não é autorregramento, como são os negócios jurídicos processuais atípicos, mas, sim, regramento do outro (das partes), “heterorregramento”, portanto.

²²⁰ Confira-se: “*O publicismo processual conformou o processo para além de uma ‘coisa das partes’, reconhecendo-lhe escopos públicos (sociais, políticos e jurídicos) que transcendem os interesses particulares em disputa (...). De se notar que o órgão jurisdicional, exercente de função pública, não titulariza tais interesses, mas por eles deve zelar (...). Na defesa desses interesses, o órgão julgador pode, inclusive sozinho, promover alterações no procedimento, aplicando o princípio da adaptabilidade (...). Além disso, a discricionariedade judicial confere espaço para que o órgão jurisdicional promova outras escolhas procedimentais (...). Se o sistema processual pátrio reconhece aos sujeitos processuais (inclusive ao juiz) o dever de buscar a solução justa e efetiva do conflito em tempo razoável; se o Estado-juiz é o maior guardião (embora não o único) dos escopos públicos do processo; se o princípio da adaptabilidade permitiria ao juiz encampar modificações procedimentais unilateralmente, por que razão deveria ser negado ao órgão jurisdicional participar de acordo processual com a mesma*

A respeito da suposta incompatibilidade entre a capacidade negocial processual do juiz e o controle que deve exercer sobre os negócios jurídicos processuais, alegada não apenas por Antonio do Passo Cabral, mas também por Flávio Luiz Yarshell, a autora sustenta tratar-se de tese baseada no superado antagonismo entre “publicismo processual” e “privatismo processual”.²²¹

Por fim, a respeito da suposta ausência de liberdade do juiz, igualmente alegada por Antonio do Passo Cabral, Lorena Miranda Santos Barreiros afirma que se o juiz não possui propriamente liberdade, possui poderes-deveres discricionários que lhe conferem a possibilidade de escolha quanto à prática ou não de atos processuais e quanto aos seus efeitos. A diferença entre a liberdade das partes e a discricionariedade do juiz seria apenas quantitativa.²²²

A existência de negócios jurídicos processuais *típicos* de que o juiz é parte, segundo Lorena Miranda Santos Barreiros, confirmaria a possibilidade de o juiz ser parte de negócio jurídico processual *atípico* (v. n. 3.6, acima). Em conclusão, para a autora, o poder-dever discricionário do juiz para celebrar negócio jurídico processual atípico é extraído dos arts. 6.º e 190 do CPC/2015.²²³

finalidade? (...). Há de se reconhecer, pois, capacidade processual negocial aos órgãos jurisdicionais” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.1.2.1, p. 207-209).

²²¹ Confira-se, mais uma vez: “A premissa levantada pelo autor, neste ponto, parece afastar-se do pensamento predominante em sua tese, quando propugna pela superação da dicotomia entre publicismo e privatismo empreendida pelo modelo cooperativo de processo. Trata-se de visão estritamente consentânea com o garantismo processual, visto sob a luz do modelo adversarial de processo (privatismo)” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.1.2.1, p. 209-210).

²²² Confira-se: “Neste ponto, muito embora se reconheça que, de fato, o Estado-juiz não possui (e nem pode possuir) a mesma margem de liberdade conferida às partes para celebrar negócios processuais, esta circunstância não infirma a viabilidade de que figure como sujeito de tais negócios. O autorregramento da vontade admite graus (...). É natural e consentâneo com o Estado de Direito que o órgão jurisdicional se submeta a limites mais rígidos que as partes para celebrar negócios jurídicos processuais. A questão será, porém, sempre de grau, quantitativa e não qualitativa, não indicando impedimento absoluto a que o Estado-juiz assuma, em determinados casos, a posição de sujeito de convenções processuais, inclusive atípicas” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.1.2.1, p. 211).

²²³ Confira-se, por fim: “O art. 191 do CPC/2015 representa típica hipótese de negócio processual celebrado pelas partes com o juiz, conferindo diretriz ao preenchimento da cláusula geral do art. 190 do CPC/2015, pelo reconhecimento da viabilidade de acordos atípicos celebrados pelo órgão jurisdicional. Há de se reconhecer, pois, capacidade processual negocial aos órgãos jurisdicionais, pautada esta não na liberdade de conduta nos moldes conferidos às partes privadas, mas, sim, no trinômio discricionariedade (margem de opção), competência e imparcialidade (capacidade de agir). O órgão jurisdicional terá capacidade processual negocial quando o ajuste procedimental estiver no âmbito do exercício de um poder-dever discricionário (no caso dos negócios atípicos, esse poder-dever decorre, precipuamente, do princípio da cooperação e da própria cláusula geral de negociação

Murilo Teixeira Avelino, em sentido semelhante, afirma que, em certos casos, “o legislador impôs a manifestação do próprio magistrado como elemento para o aperfeiçoamento do negócio processual, ou seja, como núcleo do suporte fático do negócio”.²²⁴ Em geral, para o autor, sempre que a atuação do juiz puder ser influenciada pelo negócio jurídico processual o juiz deve dele ser parte.²²⁵

O fundamento para tanto, porém, não seria o art. 190 do CPC/2015, de acordo com o autor, mas o princípio da adequação (ou princípio da adaptabilidade das regras processuais ao caso concreto – v. n. 3.5.2, acima), extraído da garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da Constituição Federal) e que confere ao juiz capacidade negocial processual para celebrar negócios jurídicos processuais atípicos.²²⁶

O problema da tese de Murilo Teixeira Avelino é que, para o autor, a atuação do juiz “*não poderá ser influenciada pelos negócios sobre o procedimento firmados somente pelas partes*”, pois em tais hipóteses “*sua emissão volitiva é elemento do suporte fático do negócio*”.²²⁷ O elemento necessário para que o juiz seja parte do negócio jurídico processual é excessivamente amplo.

processual – arts. 6.º e 190 do CPC/2015), detiver ele competência (poder jurídico) para a prática do ato e guardar imparcialidade para fazê-lo” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.1.2.1, p. 208-209).

²²⁴ Murilo Teixeira Avelino, “A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”, n. 4, p. 416.

²²⁵ Confira-se: “*Pelos exemplos mencionados, é de entender que o juiz, pelo regramento do NCPC, atua tanto em certas hipóteses típicas como sujeito dos negócios processuais, quanto de forma ampla em decorrência do princípio da adequação. Contudo, sua atuação não poderá ser influenciada pelos negócios sobre o procedimento firmados somente pelas partes. Em tais casos, sua emissão volitiva é elemento do suporte fático do negócio, que só se preenche a partir de sua efetiva participação*” (Murilo Teixeira Avelino, “A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”, n. 4, p. 422).

²²⁶ Confira-se: “*Para nós, a fonte da capacidade negocial do magistrado está no princípio da adequação. Veja-se. A prestação da atividade jurisdicional há de ser adequada. Só há processo devido, se for adequado. O princípio da adequação é extraído do devido processo legal. É que o due process traz consigo o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, ou seja, uma tutela apta a concretizar, no mundo dos fatos, o que foi exarado pela atividade jurisdicional (...). Dessa forma, o princípio da adequação serve à adaptação do procedimento quando necessária à plena efetividade da tutela estatal do direito material (...). O juiz é destinatário direto do princípio da adequação, admitindo-se que, junto às partes, seja sujeito de negócios jurídicos processuais atípicos, propondo-os inclusive, caso observe a necessidade de superação do procedimento regular, em prol da prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, eficiente e adequada. Está aí, no princípio da adequação, a base de fundamentação da capacidade negocial ampla do magistrado*” (Murilo Teixeira Avelino, “A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”, n. 4, p. 417-419).

²²⁷ Murilo Teixeira Avelino, “A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”, n. 4, p. 422.

Consequentemente, por exemplo, para Murilo Teixeira Avelino a delimitação consensual das questões de fato e de direito (art. 357, § 2.º, do CPC/2015) é negócio jurídico processual típico celebrado entre as partes e o juiz. Embora o art. 357, § 2.º, do CPC/2015 se refira a “homologação”, exige-se, de acordo com o autor, mais do que isso: exige-se declaração de vontade do juiz.²²⁸

Segundo o autor, o juiz é parte da delimitação consensual das questões de fato e de direito, porque se trata de negócio jurídico processual que recai sobre “*elementos que obviamente influenciam*” em sua atuação. O juiz seria titular de situação jurídica processual “*que tem como elemento necessário toda a matéria de fato e de direito necessárias ao seu convencimento e tomada de decisão*”.²²⁹

Assim, ainda por exemplo, também o saneamento compartilhado (art. 357, § 3.º, do CPC/2015), para Murilo Teixeira Avelino, é negócio jurídico processual típico celebrado entre as partes e o juiz: “*a decisão de saneamento é um ato complexo que, para ser válido, exige a participação do magistrado e das partes em contraditório*”, de modo que todos são partes do negócio jurídico processual.²³⁰

Contudo, não se pode concordar com a tese de que sempre que o negócio jurídico processual puder *influenciar* na atuação do juiz, este deverá ser parte daquele. A valer esse raciocínio, de quase todos os negócios jurídicos processuais o juiz deverá

²²⁸ Confira-se: “Agora as partes, através de negócio jurídico processual típico, podem delimitar as questões de fato e de direito objeto do processo. A questão aqui é saber se é suficiente a emissão volitiva das partes, ou se também é exigida a atuação do juiz para o aperfeiçoamento do negócio processual. Em outras palavras: o ato do juiz, no caso, configura de fato ‘homologação’, como se refere o dispositivo? A atuação do magistrado é meramente *condictio iuris* para a produção de efeitos do ato ou sua vontade é relevante? Nosso entendimento é no sentido de que não se trata de homologação do negócio jurídico. As partes, em verdade, propõem ao magistrado o saneamento consensual, devendo aquele consentir com os termos apresentados” (Murilo Teixeira Avelino, “A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”, n. 4, p. 419-420).

²²⁹ Confira-se, mais uma vez: “Veja-se, no saneamento consensual há a disposição a respeito das questões de fato que serão objeto de prova e de direito relevantes para a decisão, elementos que obviamente influenciam na atuação do juiz no processo. Cabe ao juiz apreciar as provas constantes dos autos e aplicar o direito ao caso. Daí decorre para o magistrado uma situação jurídica no processo caracterizada pelo poder-dever de julgar. Ele titulariza uma situação que tem como elemento necessário toda a matéria de fato e de direito necessárias ao seu convencimento e tomada de decisão. As partes não podem a respeito disso dispor sem que o juiz participe ativamente do negócio processual. Assim, para que o negócio seja plenamente válido, é necessário o encontro de vontades das partes e do magistrado, em típico ato negocial plurilateral, mormente porque, para que o juiz seja legitimamente ‘vinculado’ ao saneamento consensual, é necessário que participe do saneamento consensual como sujeito do negócio” (Murilo Teixeira Avelino, “A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”, n. 4, p. 420).

²³⁰ Murilo Teixeira Avelino, “A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”, n. 4, p. 420.

ser parte. A negociabilidade processual quase sempre influenciará, em maior ou menor medida, a atuação do juiz.²³¹

A delimitação consensual das questões de fato e de direito (art. 357, § 2.º, do CPC/2015) é negócio jurídico processual bilateral, celebrado *entre as partes*. O juiz deve apenas o homologar; não é parte, pois nenhuma situação jurídica processual sua é objeto do negócio jurídico processual: não existe situação jurídica processual que, segundo Murilo Teixeira Avelino, assegure-lhe acesso a “*toda a matéria de fato e de direito necessárias ao seu convencimento e tomada de decisão*”.²³²

A vinculação do juiz à delimitação consensual das questões de fato e de direito, prevista no art. 357, § 2.º, do CPC/2015 como consequência da homologação judicial do negócio jurídico processual, existe não porque o juiz é parte dele. O juiz se vincula à delimitação consensual das questões de fato e de direito, porque, como visto, tem o dever de aplicar as regras processuais negociais (v. n. 3.5.2, acima).

Além disso e, como visto (v. n. 3.2, acima), a delimitação consensual das questões de fato e de direito, como negócio jurídico processual (art. 357, § 2.º, do CPC/2015), é, de acordo com Eduardo Talamini, “*verdadeiro ato de vontade das partes: elas predefinem determinadas questões para serem ainda instruídas e resolvidas, não porque reputeem que sejam as únicas que permanecem controversas, mas porque não querem discutir as demais*”.²³³

O saneamento compartilhado (art. 357, § 3.º, do CPC/2015), por sua vez, nem mesmo é negócio jurídico processual.²³⁴ O art. 357, § 3.º, do CPC/2015 apenas prevê

²³¹ Conforme, por exemplo, Robson Renault Godinho: “*É inegável que a celebração de negócios probatórios pelas partes 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. Trata-se de uma consequência inerente e automática (...). Os exemplos poderiam se multiplicar, mas a ideia que deve ser fixada é a inevitabilidade de um negócio jurídico processual afetar a atividade do juiz, o que, por si só, não atinge sua admissibilidade. Na medida em que a eficácia de um ato processual em sentido amplo se dará no contexto de um processo, a atividade jurisdicional será atingida*” (“A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória”, p. 582).

²³² Murilo Teixeira Avelino, “A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”, n. 4, p. 420.

²³³ Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 6.3.2, p. 14-15. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.6.3.2, p. 522-523.

²³⁴ Conforme, por exemplo, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “*A audiência deve ser realizada de modo cooperativo entre o juiz e as partes. É necessário que debatam sobre os diversos temas que serão objeto da decisão de saneamento. O juiz procurará atingir soluções de consenso*

que, se a causa for complexa, o saneamento será “feito em cooperação com as partes”, isto é, que partes e juiz dialogarão em situação de igualdade, após o que as questões de fato e de direito serão definidas *pelo juiz*.²³⁵

Nesse sentido, mais adequada, porque menos ampla, é a afirmação de Eduardo Talamini, para quem “*em outros casos, o ajuste almejado pelas partes interferirá em termos práticos de modo muito direto sobre a esfera de atuação do juiz – sendo, então, imprescindível que ele intervenha na própria celebração do ato, confirmando sua viabilidade prática*”.²³⁶

Seja como for, o juiz pode ser parte de negócio jurídico processual: se é parte, por exemplo, do calendário processual (art. 191 do CPC/2015)²³⁷, negócio jurídico processual típico, pode-se concluir que o juiz possui capacidade negocial processual e, portanto, pode ser parte, também, de negócio jurídico processual atípico.

Em verdade, parte do negócio jurídico processual, nesses casos, é o *juízo* e não o juiz; é o órgão jurisdicional e não o agente que contingencialmente o ocupa. Portanto, a vinculação se dá entre as partes e o *juízo*, independentemente do *juiz*,

quanto às questões controvertidas e os meios de prova. Não sendo possível, prevalecerá o entendimento do juiz” (Curso avançado de processo civil, vol. 2, n. 12.6.5, p. 210-211).

²³⁵ Com efeito, nem se argumente que da audiência de saneamento compartilhado poderá resultar negócio jurídico processual de delimitação consensual das questões de fato e de direito de que partes e *juiz* seriam partes. Sem dúvida, da audiência de saneamento compartilhado poderá resultar negócio jurídico processual, que será, porém, a delimitação consensual das questões de fato e de direito a que alude o art. 357, § 2.º, do CPC/2015 (ou seja, negócio jurídico processual típico celebrado *apenas* entre as partes, sujeito *apenas* a homologação judicial). Afinal, será suficiente que as partes declarem vontade orientada ao delineamento de efeitos processuais nesse sentido: eventual “declaração de vontade” do juiz será irrelevante, pois o negócio jurídico processual existirá independentemente dela.

²³⁶ Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 5, p. 7. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.5, p. 518.

²³⁷ Conforme, por exemplo: “*As partes, juntamente com o juiz, podem calendarizar o procedimento, fixando datas para a realização dos atos processuais, que ficam todos agendados. Trata-se de um negócio processual plurilateral típico, celebrado entre juiz, autor e réu, bem como, se houver, intervenientes*” (Leonardo Carneiro da Cunha, “Calendário processual: negócio típico previsto no art. 191 do CPC”, n. 2, p. 301; *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 1 ao art. 191 do CPC/2015, p. 76); “*É negócio processual típico, celebrado entre o juiz e as partes e, se for o caso, intervenientes. A vontade do juiz, expressa no exercício da discricionariedade que lhe confere o dispositivo, é essencial para que se aperfeiçoe o negócio jurídico*” (Ricardo Villas Bôas Cueva, “Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC”, n. 4, p. 538). Contra, confira-se Eduardo José Fonseca da Costa: “*Trata-se de negócio bilateral. Dele o juiz não participa como declarante. Limita-se a homologá-lo (o que é um elemento integrativo de eficácia do negócio, não elemento constituinte do seu suporte fático no plano da existência). Mesmo que o magistrado esteja comprometido a sentenciar até determinada data, em tese não haverá de sofrer qualquer sanção processual civil caso não logre cumprir a promessa (a não ser sanções de natureza correccional se a demora descambar para o plano da irrazoabilidade)*” (“Calendarização processual”, n. 5, p. 519).

pessoa física, ao contrário do que sugere o art. 191, § 1.º, do CPC/2015, para o calendário processual.²³⁸ Por isso, não se pode concordar com Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero e Trícia Navarro Xavier Cabral.

Em síntese, para esses autores, a substituição do juiz por outro autorizaria o sucessor a modificar ou mesmo ignorar o calendário processual (art. 191 do CPC/2015) celebrado pelo antecessor.²³⁹ Contudo, assim como o sucessor não pode rever, a qualquer título, as decisões proferidas pelo antecessor, vinculando-se a elas, vinculado é ao negócio jurídico processual celebrado pelo antecessor. O negócio jurídico processual vincula o juízo, (re)presentado pelo juiz (v. n. 7.2, abaixo).

5.2. A(S) DECLARAÇÃO(ÕES) DE VONTADE ORIENTADA AO DELINEAMENTO DOS EFEITOS PROCESSUAIS

Se negócio jurídico processual é o ato humano, capaz em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual, previsto em hipótese de incidência de norma jurídica que contém, como elemento essencial, ato humano de vontade orientada à produção de efeitos processuais e, sobretudo, ao delineamento dos efeitos processuais (v. n. 3.1, acima), a sua existência depende,

²³⁸ Enunciado 414 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O disposto no § 1.º do artigo 191 refere-se ao juízo”.

²³⁹ Confira-se: “Quando o acordo afeta a própria atividade jurisdicional de direção e de julgamento da causa, o tema assume gravidade maior. E não bastará, para que se aceite a possibilidade desses acordos, que se permita que o magistrado deles participe. Ora, o processo não pertence a um juiz determinado, nem é possível conceber que o acordo feito por um magistrado seja oponível a outro (ou outros) que dele não participaram. Imagine-se um acordo, estabelecendo o calendário para a prática de atos processuais, celebrado nos termos do art. 191. O que deve suceder na hipótese de o juiz, que celebrou esse pacto, vir a aposentar-se, a remover-se, a licenciar-se ou a ser promovido? Poderá o acordo ser obrigatório também ao seu sucessor, que jamais firmou qualquer convenção, ou anuiu a ela?” (Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, *Novo curso de processo civil*, vol. 1, parte IV, n. 3.6.1.2.2, p. 533); “Situação intrigante diz respeito a eventual mudança de juiz em razão de afastamento, licença, convocação, promoção ou aposentadoria, ou seja, se o novo magistrado estaria ou não vinculado ao calendário processual. Aqui, o critério para a vinculação ou não do juiz deveria ser o tipo de afastamento do magistrado que participou do calendário. Se o afastamento for temporário, o substituto deveria cumprir o calendário nos moldes como fixado. Porém, caso o afastamento do feito seja em caráter definitivo, o novo juiz poderia rever os prazos inicialmente estabelecidos para aderir, modificar ou extinguir o calendário. Não há outra forma de conjugar o presente instituto na nossa realidade forense, em que os prazos dos magistrados são impróprios e há efetivamente variados motivos que levam à substituição dos mesmos na direção dos feitos” (Trícia Navarro Xavier Cabral, “Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais”, n. 5, p. 357).

naturalmente, da existência de declaração ou de declarações de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais.

Portanto e de acordo com Pedro Henrique Nogueira, não é suficiente o ato humano de vontade orientada à *produção* de efeitos processuais: é essencial, para a existência do negócio jurídico processual, que a vontade seja orientada ao *delineamento* dos efeitos processuais: “*não basta, para que se configure negócio, haver manifestação de vontade, mas é preciso que ela se configure como exercício do poder de autorregramento da vontade, entendido como poder de escolha da categoria jurídica ou das situações jurídicas que configurarão a sua eficácia*”.²⁴⁰

O mais comum é que a declaração de vontade seja expressa. Contudo, isso não impede que a declaração (no caso, *manifestação*) de vontade, como elemento de existência dos negócios jurídicos processuais atípicos, dê-se tacitamente, extraída de condutas comissivas ou de condutas omissivas.²⁴¹ O art. 111 do Código Civil, por exemplo, prevê que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Além disso, existe exemplo de negócio jurídico processual típico que pode ser tácito, extraído tanto de condutas comissivas, quanto de condutas omissivas: a propositura de ação perante juízo relativamente incompetente, seguida da não alegação da incompetência relativa, podem representar declarações de vontade tácitas extraídas de conduta comissiva e de conduta omissiva, respectivamente (art. 65 do CPC/2015).

Naturalmente, todavia, deve-se adotar cautela ao afirmar a existência de negócio jurídico processual atípico com base em declaração de vontade tácita e,

²⁴⁰ Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. IV, n. 12.1, p. 207.

²⁴¹ Confira-se, nesse sentido e ainda sob a vigência do CPC/1973, Rogério Lauria Tucci: “(...) *não só a atuação, mas, também, a inércia do litigante, pode gerar a efetuação de um negócio jurídico processual (como, por exemplo - permitimo-nos complementar – no caso de desistência da ação, em que, por força do art. 267, § 4.º, do CPC, se torna necessária a anuência, explícita ou implícita, do réu); ou seja, que pode ele resultar, quando bilateral, quer de atos comissivos, como, por igual da soma de ato comissivo e ato omissivo*” (“Negócio jurídico processual”, n. 4, p. 153). Contra, confira-se Flávio Luiz Yarshell: “*No negócio processual, a declaração de vontade que lhe confere existência deve necessariamente ter a forma escrita. Ainda que ela seja eventualmente manifestada oralmente em audiência – ou em alguma outra oportunidade em que isso seja possível – ela deve ser reduzida a termo; ou, quando menos, ela deve ser registrada em suporte que permita sua oportuna reprodução, sempre que isso for necessário. A manifestação de vontade deve ser sempre expressa e não pode resultar apenas do silêncio*” (“Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 3, p. 77).

principalmente, extraída de condutas omissivas. Por isso, Antonio do Passo Cabral sustenta que “*devem ser consideradas como expressão volitiva as omissões significativamente simbólicas (que denominamos omissões conclusivas)*”.²⁴²

A pluralidade de declarações de vontade é exigida apenas para a existência dos negócios jurídicos processuais *bilaterais* e dos negócios jurídicos processuais *plurilaterais* (por exemplo, a renúncia bilateral ao direito de interpor determinado recurso – art. 999 do CPC/2015). A declaração singular de vontade pode constituir elemento de existência de negócio jurídico processual *unilateral* (por exemplo, a desistência do recurso interposto – art. 998 do CPC/2015) (v. n. 3.3.1, acima).

Além disso, nos negócios jurídicos processuais bilaterais e nos negócios jurídicos processuais plurilaterais, não há necessidade de que as vontades sejam *simultaneamente* declaradas. Em outros termos, é possível que a existência de negócio jurídico processual atípico seja extraída de declarações *sucessivas* de vontade.²⁴³ Assim, por exemplo, existe negócio jurídico processual atípico se uma parte declara vontade no sentido de que apenas prova documental seja admitida, a que se segue declaração de vontade aderente da parte adversa.

Por fim, o consentimento é elemento de existência apenas das “convenções processuais” ou “acordos processuais”, espécie de negócio jurídico processual bilateral ou de negócio jurídico processual plurilateral em que, como visto, as declarações de vontade são convergentes (v. n. 3.3.1, acima).

Nos demais casos, é suficiente que a declaração ou as declarações de vontade sejam *conscientes e autorregradas*. Em outros termos, o negócio jurídico processual atípico existe, se o sujeito tem consciência da declaração de vontade, orientada ao delineamento dos efeitos processuais, que expressa.²⁴⁴

²⁴² Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.4.2, p. 297.

²⁴³ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “*Normalmente, a dinâmica da praxe negocial faz com que se colham as manifestações de vontade de maneira simultânea. Mas nada impede que estas se exteriorizem em momentos diversos, o que se dará por declarações de vontade sucessivas, mas igualmente negociais. De fato, a vontade de cada acordante não precisa ser pronunciada num mesmo momento*” (*Convenções processuais*, n. 5.4.3, p. 298).

²⁴⁴ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*A existência de manifestação de vontade consciente e autorregrada (dotada de poder de autorregramento) é elemento cerne de todo negócio jurídico, inclusive das convenções processuais atípicas, que pressupõem a convergência de vontades conscientes e autorregradas de todos os sujeitos que dela participem (no mínimo dois). Dir-se-á consciente a manifestação de vontade quando aquele que a exterioriza assim o faz com conhecimento*

5.3. O OBJETO SOBRE O QUAL RECAI(EM) A(S) DECLARAÇÃO(ÕES) DE VONTADE

O negócio jurídico processual, inclusive atípico, possui a capacidade em tese de produzir efeitos processuais que criam, modificam ou extinguem situações jurídicas processuais ou alteram o procedimento. O seu objeto, portanto, é uma situação jurídica processual ou o procedimento, sobre os quais recai(em) a(s) declaração(ões) de vontade.²⁴⁵

Como visto, segundo o critério do objeto, os negócios jurídicos processuais podem ser classificados em negócios jurídicos processuais propriamente ditos e negócios jurídicos processuais procedimentais, conforme os seus objetos sejam, respectivamente, as situações jurídicas processuais (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais) ou o procedimento (v. n. 3.3.3, acima).

Consequentemente, tratar do objeto dos negócios jurídicos processuais pressupõe distinguir *processo* e *procedimento*. A distinção não é clara, *mas existe* tanto na Constituição Federal (arts. 22, I, e 24, XI) quanto no art. 190 do CPC/2015, segundo o qual o negócio jurídico processual atípico pode ser celebrado para

do sentido próprio de sua conduta e das circunstâncias que subjazem à manifestação ou declaração. No primeiro caso, não haverá manifestação/declaração consciente de vontade, por exemplo, de quem realiza um gesto indicativo de determinada prática comercial (como o lance em leilão), desconhecendo seu significado próprio para a ocasião. O mesmo se diga de quem deixa de se manifestar em assembleia por se encontrar ausente de seus sentidos, não podendo de tal omissão ser inferida a prática de um ato qualquer, como o ato de votar” (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.2.1.3, p. 213).

²⁴⁵ Confira-se, nesse sentido: “O objeto do negócio processual é dado por seus elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis. Sob esse ângulo, o negócio como processual regula condutas humanas voluntárias, a serem realizadas em processo jurisdicional – estatal ou arbitral – e destinadas a produzir efeitos sobre ele – ainda que pensado de forma potencial. Quando se fala na regulação de condutas, isso é abrangente das posições jurídicas que emergem da relação processual – tal como mencionado pela lei, ao falar em ônus, poderes, faculdades e deveres – e dos atos que resultam do exercício de tais posições. Por outras palavras, é essencial ao negócio processual a regulação, ainda que parcial, da relação jurídica processual ou ao menos do procedimento; respectivamente, os componentes substancial e formal do conceito de processo” (Flávio Luiz Yarshell, “Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 4, p. 78); “O negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, deveres e poderes (‘poderes’, neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual – redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplo” (Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.1, p. 385).

“estipular mudanças no procedimento” e/ou para negociar sobre “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

A distinção entre processo e procedimento é relevante tanto em perspectiva constitucional, pois são distintas as competências legislativas atribuídas à União e aos Estados-membros e Distrito Federal em matéria de processo e de procedimento (arts. 22, I, e 24, XI), quanto em perspectiva infraconstitucional, pois com base nela o art. 190 do CPC/2015 supostamente prevê requisito específico de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais (“para ajustá-lo às especificidades da causa”).²⁴⁶

Costuma-se sustentar, ainda, que a disponibilidade sobre o procedimento é menor do que a disponibilidade sobre as situações jurídicas processuais, porque e quando estas são titularizadas exclusivamente pelos sujeitos do processo.²⁴⁷ Serão melhor examinados mais adiante a suposta menor disponibilidade sobre o procedimento e o suposto requisito específico de validade dos negócios jurídicos processuais procedimentais (v. n. 6.3.1 e 6.5, abaixo).

De qualquer forma, a distinção entre situações jurídicas processuais e procedimento não é clara. Paula Costa e Silva afirma, nesse sentido, que “*modelar o*

²⁴⁶ Confira-se, nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “*Por um lado, ela tem relevância em razão da regra do art. 24, XI, da Constituição Federal – que confere competência para União e Estados legislarem concorrentemente sobre ‘procedimentos em matéria processual’.* Já a competência para legislar sobre ‘direito processual’ é privativa da União (CF, art. 22, I). Se, no passado, a discussão pouco repercutia no plano concreto, hoje, principalmente em decorrência das inevitáveis consequências que dela se podem extrair, principalmente diante da necessidade de se fixar a esfera da competência legislativa dos Estados federados, ela ganhou novamente relevância. Por outro lado, as partes têm a possibilidade de celebrar negócios jurídicos processuais que alterem o processo ou o procedimento. Como se verá, os requisitos para a celebração de tais convenções processuais variam conforme elas tenham por objeto interferir sobre poderes processuais ou apenas no procedimento” (Curso avançado de processo civil, vol. 1, n. 14.1, p. 271-272). Confira-se, ainda, Paula Costa e Silva: “Este ponto surge-nos como particularmente delicado, uma vez que a lei imporá uma concreta finalidade aos negócios que incidam sobre o procedimento – estes devem visar um ajustamento da sequência de actos admissíveis às especificidades da causa, sendo, como tal, sindicável, à luz deste critério, a respectiva validade -, não se sujeitando expressamente os negócios que atinjam situações processuais a crivo semelhante” (“Pactum de non petendo...”, n. 2, p. 446).

²⁴⁷ Confira-se, por exemplo, Leonardo Greco: “*Mais difícil é a definição dos limites à disposição a respeito do procedimento, sabendo-se que, entre nós, este é regulado estritamente pela lei. Às vezes é a própria lei que abre margem à disciplina procedimental convencionalmente ajustada pelas partes, como na suspensão do processo, na modificação de prazos legais dilatatórios ou no adiamento da audiência (CPC, art. 265-II, art. 181 e art. 453-I).* Mas, no silêncio da lei, o procedimento deve ser respeitado, pois ele é a garantia do tratamento isonômico de todos os cidadãos e na sua ritualidade se encontram as escolhas do legislador que procuram compor in abstracto de modo equilibrado as variadas situações subjetivas que nele se defrontam” (“Os atos de disposição processual: primeiras reflexões”, n. 6.7, p. 25).

*procedimento é regular, indirectamente, a exercibilidade de situações processuais” e “regular a constituição ou exercibilidade de situações processuais terá imediata repercussão no próprio procedimento”.*²⁴⁸ A mesma advertência é feita por Antonio do Passo Cabral e Lorena Miranda Santos Barreiros.²⁴⁹

Em termos gerais, pode-se afirmar que “procedimento” compreende a realização ou não, o encadeamento, a forma, o tempo e o lugar dos atos processuais no curso da relação jurídica processual.²⁵⁰ “Situações jurídicas processuais”, por sua vez, designam as posições ocupadas dinamicamente pelas partes na relação jurídica processual.²⁵¹ O procedimento é, como tradicionalmente definido, o aspecto exterior do processo; as situações jurídicas processuais, o aspecto interior do processo.²⁵²

²⁴⁸ Paula Costa e Silva, “Pactum de non petendo...”, n. 2, p. 446.

²⁴⁹ Confira-se: “De fato, desde o trabalho de Hans-Jürgen Hellwig, compreende-se que, muitas vezes, ao lado da eficácia dispositiva dos acordos processuais (aquela de modificar o procedimento), há também uma eficácia obrigacional cumulada, com a assunção de obrigações que exigem a tomada de certas condutas” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.4.1, p. 82); “De fato, as realidades do procedimento e das situações processuais não são estanques e independentes, na medida em que as situações processuais surgem e são exercitadas no bojo do procedimento, ao mesmo tempo em que o compõem. A resposta quanto ao objeto do negócio processual, se pertinente ao procedimento ou a situação jurídica processual, será haurida, pois, mais por critérios de preponderância do que de exclusividade” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.2.2, p. 219).

²⁵⁰ Confira-se, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “O procedimento resguarda a legalidade no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido” (*Teoria geral do novo processo civil*, n. 77, p. 123).

²⁵¹ Confira-se, mais uma vez, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “Dizer apenas que os sujeitos precisam participar, ou ao menos ter a oportunidade de fazê-lo, é permanecer no limiar do sistema processual. A efetivação do contraditório no procedimento dá-se pela outorga de situações jurídicas aos litigantes: situações jurídicas ativas, que lhes permitem atos de combate na defesa dos seus interesses (faculdades ou poderes), e situações jurídicas passivas, que lhes exigem a realização de atos ou impõem abstenções ou sujeição à eficácia de atos alheios (deveres ou ônus)” (*Teoria geral do novo processo civil*, n. 77, p. 124).

²⁵² Confira-se, por todos, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. 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” (*Teoria geral do processo*, n. 169, p. 297).

5.3.1. As situações jurídicas processuais

O art. 190 do CPC/2015 menciona os “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” como possíveis objetos dos negócios jurídicos processuais atípicos.

As situações jurídicas processuais são tradicionalmente classificadas em situações jurídicas processuais ativas e situações jurídicas processuais passivas. Os poderes processuais em sentido amplo e as faculdades processuais são situações jurídicas processuais ativas. Os deveres processuais e a sujeição processual, por sua vez, são situações jurídicas processuais passivas.²⁵³

A posição dos ônus processuais, todavia, é controvertida: há quem afirme se tratar de situações jurídicas processuais passivas e há quem afirme se tratar de situações jurídicas processuais ativas. O ônus processual será considerado, nesta dissertação de mestrado, situação jurídica processual *ativa*, pelas razões mais adiante expostas. A discussão não é irrelevante, porque exige e implica posicionamento em relação à menor ou maior disponibilidade sobre os ônus processuais.

Os *ônus processuais* (no espanhol, *cargas procesales*) são tradicionalmente definidos como condutas exigidas no interesse próprio daquele sobre quem recaem.²⁵⁴ Porque são condutas *exigidas*, alguns autores lhes atribuem a qualidade

²⁵³ Confira-se, por todos e mais uma vez, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “O processo também, como complexa ligação jurídica entre os sujeitos que nele desenvolvem atividades, é em si mesmo uma relação jurídica (relação jurídica processual), a qual, vista em seu conjunto, apresenta-se como composta de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas de cada um dos seus sujeitos: poderes, faculdades, deveres, sujeição, ônus. Poderes e faculdades são posições jurídicas ativas, correspondentes à permissão (pelo ordenamento) de certas atividades (...). Sujeição e deveres são posições jurídicas passivas” (*Teoria geral do processo*, n. 175, p. 302-303).

²⁵⁴ Conforme, por exemplo, James Goldschmidt: “La antítesis del derecho procesal es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del próprio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad” (*Teoría general del proceso*, n. 37, p. 82); “Aparte de esto, sólo existen en el proceso ‘cargas’, es decir, situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Con otras palabras, se trata de ‘imperativos del próprio interés’. Las cargas procesales se hallan en una estrecha relación con las ‘posibilidades’ procesales, puesto que toda ‘posibilidad’ impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida. El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, grava), y la mas grave culpa frente a sí mismo, es la de haber perdido la ocasión” (*Derecho procesal civil*, livro IV, n. III, § 35, p. 203).

de situação jurídica processual passiva.²⁵⁵ Porque são condutas exigidas *no interesse próprio daquele sobre quem recaem*, outros autores lhes atribuem a qualidade de situação jurídica processual ativa.²⁵⁶

Com efeito, prefere-se atribuir ao ônus processual a qualidade de situação jurídica processual *ativa*: os sujeitos do processo têm ônus processuais que podem desempenhar *se desejarem* satisfazer *interesses próprios*. Exatamente por isso, os ônus processuais se distinguem dos deveres processuais: aquele sobre quem recai ônus processual o desempenha *apenas se desejar* obter vantagem ou evitar desvantagem – não tem o dever de o desempenhar.

O não desempenho do ônus processual pela parte sobre quem ele recai *apenas impede que se obtenha uma vantagem ou acarreta uma desvantagem*; ninguém pode tem o *dever* de desempenhar ônus processual: o não desempenho de ônus processual gera, para os demais sujeitos do processo, no máximo vantagens, jamais desvantagens. Somente aquele sobre quem recai o ônus processual pode sofrer desvantagem, se não o desempenhar.²⁵⁷

Em regra, o autor tem o ônus processual de provar o fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, do CPC/2015). O desempenho do ônus processual lhe beneficia, mas o autor não tem o dever de o desempenhar. O não desempenho do ônus processual, por sua vez, apenas lhe acarreta desvantagem – e gera vantagem para o

²⁵⁵ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “(...) o ônus, uma situação jurídica passiva (...)” (*Convenções processuais*, n. 5.10, p. 334).

²⁵⁶ Conforme, por exemplo, Pedro Henrique Nogueira: “*Tradicionalmente, a doutrina classifica o ônus como uma situação jurídica passiva, sem correspondente ativo, pois o agente pratica o ato, desincumbindo-se do ônus, no interesse próprio, e se o fizesse no interesse alheio, estar-se-ia diante de um dever jurídico. Preferimos, contudo, adotar concepção inversa. Para nós, o ônus é uma situação jurídica ativa. Trata-se de um poder atribuído ao sujeito para prática de determinado ato no processo, sem uma situação de sujeição correlata (...). Todavia, o que se considera como ônus não é aquilo que o titular da situação jurídica sofre, mas aquilo que lhe é lícito fazer. É precisamente nesse sentido que se fala em ônus da prova, ônus do pagamento das custas processuais, ônus da defesa etc. Todas essas situações representam autênticas posições ativas dos sujeitos*” (*Negócios jurídicos processuais*, n. 5.1, p. 85-86).

²⁵⁷ Confira-se, por todos, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “(...) o ônus processual consiste na imposição de uma conduta no interesse do próprio onerado, para que ele obtenha uma vantagem ou impeça uma desvantagem. O ônus não tem como contraface nenhum direito de outro sujeito. O onerado só está obrigado consigo mesmo: cumpre, caso queira obter uma vantagem ou afastar uma desvantagem. Nesse sentido, também não há, no sentido técnico do termo, uma sanção pelo descumprimento do ônus. Se o onerado não cumpre o ônus, ele apenas prejudica (ou pode prejudicar) a si mesmo” (*Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 2.3.1, p. 51).

réu. O autor não tem o dever de desempenhar o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito; fá-lo-á se assim desejar.

Em regra, o réu tem o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, II, do CPC/2015). O desempenho do ônus processual lhe beneficia, mas o réu não tem o dever de o desempenhar. O não desempenho do ônus processual, por sua vez, apenas lhe acarreta desvantagem – e gera vantagem para o autor. O réu não tem o dever de desempenhar o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor; fá-lo-á se assim desejar.

Em sentido estrito, *poder processual*, por sua vez, é a conduta permitida pelo direito processual civil a que se correlaciona situação jurídica processual passiva de mera sujeição.²⁵⁸ A relação entre poder processual em sentido estrito e sujeição processual é idêntica àquela, da teoria do direito, entre direito potestativo e estado de sujeição. O poder processual em sentido estrito não gera um *dever* a ele correlato.²⁵⁹

O “direito” de ação, por exemplo, sob certo aspecto é poder processual em sentido estrito: o seu exercício gera mero estado de sujeição do réu, que invariavelmente se sujeitará aos efeitos da litispendência, até que se reconheça, por exemplo, a sua ilegitimidade passiva. O réu não tem o *dever* de ser parte no processo; simplesmente, sujeita-se a isso.²⁶⁰

²⁵⁸ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “*Já os poderes jurídicos são expressão de um comando normativo. Assim como os direitos, os poderes também são atributos da vontade, mas o poder implica domínio da vontade alheia (e de alguma forma é contrário à liberdade de outrem, que se encontra na correlata situação de sujeição)*” (*Convenções processuais*, n. 5.10, p. 332).

²⁵⁹ Confira-se, nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “*Já o estado de sujeição consiste na simples submissão do sujeito a efeitos extintivos, modificativos ou constitutivos de direito que se produzam em sua esfera jurídica – independentemente de uma conduta sua. A contraface do estado de sujeição recebe o nome de direito potestativo (...). Uma vez que não envolve uma prestação de conduta, o estado de sujeição não tem como ser descumprido. O sujeito passivo dessa posição subjetiva simplesmente submete-se ao estado. Logo, como não há nem em tese perspectiva de inadimplemento, não cabe aqui falar de sanção pelo descumprimento de um direito potestativo*” (*Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 2.3.1, p. 50-51).

²⁶⁰ Conforme, mais uma vez, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “*Das normas processuais são igualmente extraíveis estados de sujeição – e, portanto, também a sua contraface: direitos potestativos. O próprio direito de ação, quando exercido, estabelece um estado de sujeição de natureza processual (ainda que não se limite a isso). É bastante conhecida a formulação doutrinária que qualifica o direito de ação como um direito potestativo: ao ajuizar a ação, provocar a atuação jurisdicional e instaurar o processo, o autor impõe ao réu um necessário estado de sujeição. Uma vez citado (i.e., cientificado da existência da ação), o réu, queira ou não, fica vinculado à relação processual e àquilo que o órgão vier a determinar. Ele poderá apresentar as razões pelas quais reputa que o pedido do autor é infundado ou mesmo os motivos pelos quais considera que o processo nem deve ser levado adiante. Mas, enquanto não sobrevier a resposta final da jurisdição, ele fica sujeito ao processo e ao*

A denunciação de terceiro à lide (art. 125 do CPC/2015), por exemplo, é um poder processual em sentido estrito, cujo exercício gera mero estado de sujeição do denunciado. O poder processual em sentido estrito de denunciar terceiro à lide pode ser objeto de negócio jurídico processual atípico, através do qual as partes a ele renunciem, por exemplo.

Se uma das partes, apesar do negócio jurídico processual, requerer a denunciação de terceiro à lide, a outra parte poderá alegar a existência do negócio jurídico processual celebrado entre elas, provocando o indeferimento do pedido. Nesse caso, o poder processual em sentido estrito será considerado inexistente pelo juiz, nem sequer gerando estado de sujeição para o denunciado.

Contudo, os poderes processuais a que se refere o art. 190 do CPC/2015 devem ser compreendidos em sentido amplo, de modo a abranger também os *direitos processuais*, que são condutas permitidas pelo direito processual civil que criam *deveres processuais* na esfera jurídica alheia. Aos direitos processuais se correlacionam, portanto, deveres processuais.²⁶¹

A ausência de menção aos direitos processuais no art. 190 do CPC/2015 não significa que essas situações jurídicas processuais não possam constituir objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos. Conclusão contrária ofenderia o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, pois as partes devem poder dispor sobre os direitos processuais de que são titulares (v. n. 3.5.1, acima).

Além disso, não há lógica em admitir a negociabilidade processual atípica sobre *deveres processuais* (como faz o art. 190 do CPC/2015), mas não admitir a negociabilidade processual atípica sobre *direitos processuais*. Por isso, deve-se considerar que o conceito de poder processual adotado no art. 190 do CPC/2015 é amplo, “*abarcando direitos subjetivos e potestativos e poderes propriamente ditos*”, de acordo com Lorena Miranda Santos Barreiros.²⁶²

concreto exercício do poder jurisdicional (é a chamada inevitabilidade da jurisdição)” (Curso avançado de processo civil, vol. 1, n. 2.3.2, p. 52).

²⁶¹ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “*Direitos subjetivos são definidos frequentemente como o poder de agir para a satisfação de um interesse próprio. Estão ligados à prática de um ato por outra pessoa (aquele que tem o dever de atender a este direito)” (Convenções processuais, n. 5.10, p. 332).*

²⁶² Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.2.2, p. 219.

As partes não têm apenas o ônus de provar (art. 373 do CPC/2015), mas possuem também o *direito processual* de produzir provas por qualquer meio legal ou moralmente legítimo (art. 369 do CPC/2015), exatamente para desempenharem o ônus processual que sobre elas recai. O direito processual de produzir prova por qualquer meio legal ou moralmente legítimo pode ser objeto de negócio jurídico processual atípico, através do qual as partes a ele renunciem em parte, por exemplo.

As *faculdades processuais* são condutas permitidas pelo direito processual civil cujos efeitos se *exaurem na esfera jurídica daquele que as titulariza*.²⁶³ As faculdades puras, no direito processual civil brasileiro e de acordo com Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, são raras: em geral, a faculdade processual não existe isoladamente, mas coexiste com (ou é absorvida por) outra situação jurídica processual.²⁶⁴

O advogado possui a faculdade de intimar o advogado da parte adversa, nos termos do art. 269, § 1.º, do CPC/2015. A faculdade de intimar o advogado da parte adversa pode ser objeto de negócio jurídico processual atípico, através do qual os advogados a ela renunciem, por exemplo, de modo que as intimações se darão exclusivamente de forma pessoal, eletrônica ou por publicação em Diário Oficial.

Os *deveres processuais* são condutas exigidas pelo direito processual civil no interesse alheio.²⁶⁵ O dever processual é a imposição que recai sobre alguém para, no interesse alheio (da parte adversa, do juiz, dos auxiliares da justiça, da jurisdição etc.), praticar ou se abster de praticar conduta. As partes têm, por exemplo, o dever de se comportar com boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015).

²⁶³ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “A *faculdade* é uma conduta lícita que se esgota na esfera jurídica do agente, não interferindo na esfera jurídica de outrem” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.2.7, p. 167).

²⁶⁴ Confira-se: “*Não estão sujeitas a limites as faculdades processuais puras, que são muito poucas e revelam-se em atos de menor importância. As partes têm faculdade de se fazerem representar por um advogado só, ou mais; podem optar por apresentar sua defesa no primeiro dia do prazo ou no último etc. Fora de hipóteses como essas o exercício de uma faculdade traz vantagens ao sujeito que a exerce, ou deveres para o Poder Judiciário ou desvantagens para a parte adversa, ainda que indiretas. Quando isso acontece a lei delimita o exercício das faculdades processuais, e de entremeio a elas existem os ônus e deveres*” (Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, n. 114, p. 166).

²⁶⁵ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*Os deveres processuais são condutas exigidas dos sujeitos processuais ou a eles vedada, com vistas ao atendimento de interesse alheio*” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.2.7, p. 169).

Cogite-se, por exemplo, de negócio jurídico processual atípico inserido em contrato social através do qual sócios de uma sociedade limitada criem o dever processual de se submeterem a audiência de autocomposição (mediação ou conciliação) prévia ao exercício do direito processual de ação relativo a qualquer pretensão relacionada à sociedade.

5.3.2. O procedimento

O art. 190 do CPC/2015 menciona, ainda, que é lícito às partes “estipular mudanças no procedimento”. Como visto, em termos gerais, pode-se afirmar que “procedimento” compreende a realização ou não, o encadeamento, a forma, o tempo e o lugar dos atos processuais no curso de uma relação jurídica processual (v. n. 5.3, acima).

Com efeito, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes afirmam que “a lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido”.²⁶⁶

Cândido Rangel Dinamarco, nas *Instituições de direito processual civil*, afirma que as normas processuais em matéria de procedimento estabelecem quais, em que ordem e sob que forma os atos processuais serão praticados no curso do processo; ainda, estabelecem procedimentos diversos, adequados a cada espécie de tutela jurisdicional pleiteada pelo autor.²⁶⁷

²⁶⁶ Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, n. 77, p. 123.

²⁶⁷ Confira-se: “A coordenação de atividades, contida nas normas do procedimento, é integrada por quatro elementos, a saber, (a) a indicação dos atos a realizar, (b) a determinação da forma de que cada um deles se revestirá, (c) o estabelecimento da ordem sequencial a ser observada entre eles e (d) a diversificação estrutural entre diversos ou muitos conjuntos de atividades e a destinação dos modelos assim instituídos às diferentes espécies de tutela jurisdicional postulada (a pluralidade dos procedimentos existentes em uma ordem jurídica: ordinário, sumário etc.)” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 626, p. 444).

Lorena Miranda Santos Barreiros, nesse mesmo sentido e ao tratar do procedimento como objeto dos negócios jurídicos processuais, sustenta que as regras processuais procedimentais “*estabelecem o rol de atos integrantes de cada procedimento*”, “*a ordem segundo a qual tais atos hão de ser praticados e a forma que cada um deles deve observar, em seus requisitos de tempo, espaço e modo*”.²⁶⁸

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, por fim, definem o procedimento como o “*conjunto coordenado de atos destinados à emanção de um ato final. Pelo procedimento, tem-se o encadeamento de atos de modo tal que o resultado do cumprimento do ato antecedente funciona como pressuposto, como elemento autorizador da prática do ato seguinte – e assim sucessivamente*”.²⁶⁹

Consequentemente, o objeto do negócio jurídico processual procedimental pode ser a escolha de um procedimento dentre aqueles previstos em lei ou a realização ou não, o encadeamento, a forma, o tempo e o lugar dos atos processuais no curso do processo.²⁷⁰

Cogite-se, por exemplo, de negócio jurídico processual atípico através do qual as partes excluam a realização da audiência de autocomposição a que alude o art. 334 do CPC/2015 em um eventual e futuro processo (através do qual as partes excluem, portanto, a realização de determinado ato processual).

O calendário processual (art. 191 do CPC/2015), por sua vez, é exemplo de negócio jurídico processual *típico* procedimental em que as partes e o juiz negociam

²⁶⁸ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 2.2.9, p. 177.

²⁶⁹ Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, n. 13.1, p. 263.

²⁷⁰ Conforme, por exemplo, Pedro Henrique Nogueira: “*É possível propor uma tipologia dos acordos de procedimento dividindo-os em (a) acordos de procedimento estáticos e (b) acordos de procedimento dinâmicos, conforme a convenção preveja ou não um regramento diferenciado para o rito. Os negócios jurídicos bilaterais que recaem sobre o rito, denominados de acordo de procedimento, podem se restringir a uma simples escolha das partes quanto a um procedimento previamente estabelecido na lei; são acordos estáticos. Nos acordos estáticos, os sujeitos optam por determinados procedimentos quando a ordem jurídica assim o permite, mas sem haver uma livre regulação e estipulação, de natureza convencional, sobre a estruturação do rito e sobre como a causa deve ser processada (v.g., as partes convencionam a opção pelo procedimento comum com pré-exclusão do procedimento monitório, previsto no art. 700 do CPC/2015). Por outro lado, as partes podem, exercitando as faculdades que decorrem da incidência do art. 190 do CPC/2015, ajustar o procedimento de acordo com seus interesses, seja criando um novo rito, seja restringindo fases, seja limitando prazos, meios de prova, ou a própria forma dos atos do processo. Aqui temos os acordos dinâmicos*” (“Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro”, n. 7, p. 104; *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 3.1, p. 265-266).

os atos processuais que serão ou não serão realizados, quando serão realizados, em que prazo serão realizados etc.²⁷¹

Por fim, Pedro Henrique Nogueira afirma que o “pacto de não recorrer” é exemplo de negócio jurídico processual procedimental (“acordo de procedimento”), sob o fundamento de que se trata de “*estipulação, no curso do processo, inclusive, para que a demanda tramite apenas em uma determinada instância. Trata-se de acordo de exclusão do procedimento em grau de recurso*”.²⁷²

Contudo, o “pacto de não recorrer” é negócio jurídico processual propriamente dito, cujo objeto é situação jurídica processual: o direito/ônus processual de recorrer, como a própria expressão “pacto de *não recorrer*” sugere: trata-se de negócio jurídico processual que é fato extintivo do direito/ônus processual de recorrer e impede o conhecimento do recurso.²⁷³ Obviamente, o “pacto de não recorrer” gera efeitos “procedimentais”.

²⁷¹ Contra, confira-se: “*Se bem que se trate de institutos afins, o acordo de calendarização e o acordo de procedimento não são confundíveis. 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 adjeto a um acordo de procedimento. Com outras palavras: após as partes inventarem um procedimento, podem elas submetê-lo a um cronograma e vincular a realização de cada ato a uma data-limite preestabelecida (...). Decididamente, o timing of procedural steps não constitui uma técnica de flexibilização procedimental*” (Eduardo José da Fonseca Costa, “Calendarização processual”, n. 5, p. 518); “*Embora os institutos decorram da flexibilização do formalismo no processo civil e integrem a categoria de negócios jurídicos processuais, é de mister consignar que o acordo de calendarização não se confunde com o acordo de procedimento (...). Ocorre, todavia, que a calendarização processual vai muito além da redução ou dilação dos prazos processuais e não se confunde com o acordo sobre o procedimento em si, mas, tão somente, o complementa*” (Paula Deda Catarino Gordilho e Amanda Souza Barbosa, “Análise sobre as implicações do calendário processual”, n. 3, p. 418-419); “*Quando se chega a um negócio jurídico de calendarização, é natural que se tenha por necessário flexibilizar o procedimento, a fim de ajustar as suas fases ao cronograma convencionado. Nada obsta, porém, a que o ajuste de calendário processual contemple um procedimento tal como previsto em lei, sem necessidade de flexibilização voluntária. Por isso, o acordo de calendarização e o acordo de procedimento são diferentes e autônomos, embora possam ser celebrados concomitantemente*” (Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 12.1, p. 295-296).

²⁷² Pedro Henrique Nogueira, “Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro”, n. 6, p. 103 e nota de rodapé 60; *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 12.3, p. 298.

²⁷³ Conforme, por exemplo, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “*Os possíveis fatos extintivos do direito de recorrer são a renúncia à faculdade recursal, a aquiescência expressa ou tácita à decisão e a preclusão consumativa. A renúncia consiste na manifestação de vontade de não recorrer, prévia à interposição do recurso (...). A renúncia é ato que se pode praticar unilateralmente. Não depende de anuência do adversário (art. 999 do CPC/2015) nem de litisconsorte (art. 117 do CPC/2015)*” (*Curso avançado de processo civil*, vol. 2, n. 23.5.4, p. 480-481).

Mas tanto é assim, ou seja, tanto o “pacto de não recorrer” é negócio jurídico processual propriamente dito, cujo objeto é situação jurídica processual (o direito/ônus processual de recorrer), que, reconhece o autor, “*estipular que o processo findará perante o juízo de primeiro grau significa, em outras palavras, renunciar mutuamente ao recurso*”.²⁷⁴ Com efeito, trata-se de renúncia a um direito/ônus processual, o direito/ônus processual de recorrer.

5.4. A FORMA EM SENTIDO AMPLO: TEMPO, LUGAR E FORMA EM SENTIDO ESTRITO

Como elemento de existência dos negócios jurídicos processuais atípicos, a forma em sentido amplo compreende o tempo, o lugar e a forma em sentido estrito.²⁷⁵

O negócio jurídico processual atípico existe em determinado *tempo*, que pode ser antes ou durante a relação jurídica processual (art. 190 do CPC/2015).²⁷⁶ Segundo Lorena Miranda Santos Barreiros, o tempo do negócio jurídico processual atípico é relevante em razão de, pelo menos, dois fatores: (a) o tempo fixa os parâmetros legais

²⁷⁴ Pedro Henrique Nogueira, “Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro”, n. 6, p. 103, nota de rodapé 60; *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 12.3, p. 298.

²⁷⁵ Confira-se, nesse sentido, Lorena Miranda Santos Barreiros: “Ao se fazer menção ao elemento formal de existência de um ato jurídico processual (e, pois, de um negócio processual), ao termo forma podem se conferir duas distintas significações. Em um primeiro sentido, toma-se ‘forma’ em sua acepção ampla, compreensiva de três distintas dimensões: a forma propriamente dita, o lugar e o tempo. No segundo sentido, a forma é vista em acepção restrita, significando apenas o meio de exteriorização do ato” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.3, p. 220).

²⁷⁶ Contra, confira-se Pedro Henrique Nogueira: “Conforme já exposto, a partir das premissas estabelecidas nesse trabalho, não se fala em negócio jurídico processual sem que haja um procedimento a que se refira. Negócios jurídicos que têm em mira futuras demandas não são adjetivados como ‘processuais’, falta-se a ‘processualidade’ insita à existência concreta de um procedimento ao qual se refira, embora sejam negócios jurídicos sobre o processo (v.g., cláusula de eleição de foro, cláusula de estipulação de honorários de sucumbência etc.). A distinção é relevante, inclusive do ponto de vista do regime jurídico aplicável. Da norma do art. 190, caput, do CPC/2015 extrai-se a possibilidade ampla de celebração de negócios jurídicos sobre o processo (assim entendidos aqueles anteriores à existência concreta da demanda a que se refiram), assim como de negócios jurídicos processuais (assim entendidos aqueles que tenham referibilidade a algum procedimento concreto)” (*Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 5, p. 269-270). Sobre o tema, v. n. 2.2, acima.

aplicáveis ao negócio jurídico processual e; (b) o tempo “*condiciona o que poderá ser convencionado*”.²⁷⁷

Segundo o art. 14 do CPC/2015, “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”, em atenção ao art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal (e ao art. 6.º do Decreto-Lei 4.657/1942). A norma processual nova, portanto, aplica-se imediatamente, mas não retroage para incidir sobre a existência e sobre a validade de negócios jurídicos processuais celebrados antes dela.

Isso não significa, porém, que a nova norma processual será sempre irrelevante para o negócio jurídico processual, inclusive atípico, celebrado antes de sua vigência. Os efeitos processuais a que se destina produzir o negócio jurídico processual (a sua eficácia, portanto) podem se tornar impossíveis em razão da nova norma processual – sem que isso represente sua inexistência ou sua invalidade.²⁷⁸ Apenas, o negócio jurídico processual não poderá produzir (mais) os efeitos processuais a que se destinava, fator que poderá autorizar a sua revisão ou resolução.

Ainda e, como visto, para Lorena Miranda Santos Barreiros, “*o tempo do negócio condiciona o que poderá ser convencionado*”, pois os sujeitos do processo podem celebrar negócios jurídicos processuais no curso da relação jurídica processual, “*desde que se trate de negócio concernente a fase ainda não ultimada*”.²⁷⁹ Contudo, esse aspecto diz respeito não à existência do negócio jurídico processual atípico, mas, sim, à sua validade: trata-se de saber se é juridicamente possível (v. n. 6.3.2, abaixo) negociar sobre o passado no processo.

²⁷⁷ Confira-se, mais uma vez: “*O tempo consiste na data de celebração do negócio processual, que poderá ocorrer antes do advento do processo ou durante o seu curso, em qualquer etapa processual, desde que se trate de negócio concernente a fase ainda não ultimada. O tempo do negócio condiciona o que poderá ser convencionado e a legislação aplicável ao acordo*” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.3, p. 220).

²⁷⁸ Conforme, por exemplo, Flávio Luiz Yarshell: “*Do que se poderia cogitar seria a superveniência de norma processual cogente e de ordem pública, a tornar inviável a execução da regra processual que as partes anteriormente haviam fixado. Mas, eventual restrição dessa ordem deve ser vista com grande reserva, porque o negócio processual, como qualquer outro, está protegido pela regra constitucional que preserva o ato jurídico perfeito e o direito adquirido*” (“*Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*”, n. 5, p. 80).

²⁷⁹ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.3, p. 220.

Por fim, mas ainda sob o aspecto do tempo do negócio jurídico processual, costuma-se tratar dos negócios jurídicos processuais atípicos celebrados antes do Código de Processo Civil de 2015 – se existem, se são válidos e se são eficazes. Fredie Didier Jr. destaca que a resposta a essa questão depende da admissão ou não de negócios jurídicos processuais atípicos na vigência do Código de Processo Civil de 1973.²⁸⁰ A partir da premissa de que negócios jurídicos processuais atípicos eram admissíveis na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Lorena Miranda Santos Barreiros afirma que são eficazes no direito processual civil brasileiro vigente.²⁸¹

O negócio jurídico processual atípico existe, ainda, em determinado *lugar*, em que foi celebrado, mas que “*não necessariamente corresponde àquele em que o negócio deverá produzir seus regulares efeitos*”, de acordo, mais uma vez, com Lorena Miranda Santos Barreiros.²⁸² Por isso, o lugar do negócio jurídico processual, inclusive atípico, é relevante quando celebrado em um país para, todavia, produzir efeitos processuais em outro; é relevante, portanto, para fixar o regime jurídico-positivo a ele aplicável.

²⁸⁰ Confira-se: “*Negócio jurídico processual atípico celebrado antes do início da vigência do CPC-2015 pode produzir efeitos? Para quem defende que negócios processuais atípicos eram permitidos nos termos do art. 158 do CPC-1973, o problema não existe: o CPC-2015 apenas ratifica o que já se permitia. Esta é a nossa posição. Para quem defende que negócios processuais atípicos somente são permitidos a partir do CPC-2015, o problema ganha vulto. Nesse caso, o negócio atípico celebrado ao tempo do CPC-1973 pode produzir efeitos a partir do início da vigência do CPC-2015. Essa posição foi encampada pelo Enunciado 493 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: ‘O negócio processual celebrado ao tempo do CPC-1973 é aplicável após o início da vigência do CPC-2015’*” (Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.14, p. 124-125; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.14, p. 399-400).

²⁸¹ Confira-se: “*Os negócios jurídicos processuais válidos, ainda que atípicos, celebrados antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, são aplicáveis no regime jurídico-processual desse diploma legal. Em primeiro lugar, deve-se recordar já haver discussão, sob a égide do CPC/1973 (embora como posicionamento minoritário), acerca da ideia de que o princípio do autorregramento da vontade poderia ser extraído do art. 158 daquele diploma processual. Em segundo lugar e abstraindo-se o argumento anterior, a partir do momento em que houve a inserção do equivalente ao atual art. 190 do CPC/2015 no projeto de novo Código de Processo Civil, essa norma jurídica claramente sinalizou a tendência do sistema jurídico processual brasileiro de valorização da liberdade no processo (...). Em terceiro lugar, o critério da expectativa de incidência da norma em debate, proposto por Antonio do Passo Cabral, também reforça a conclusão pela recepção desses acordos no sistema processual regido pelo CPC/2015*” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.9, p. 293-294).

²⁸² Confira-se: “*O lugar do negócio processual equivale ao local em que foi celebrado, que não necessariamente corresponde àquele em que o negócio deverá produzir seus regulares efeitos. Pode-se referir, ainda, à sede de prática do ato (dentro ou fora do processo)*” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.3, p. 220).

Em linhas gerais sobre o tema, pode-se dizer que se aplica a lei estrangeira ao negócio jurídico processual atípico celebrado fora do Brasil, mas destinado a produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro, nos termos do art. 9.º do Decreto-Lei 4.657/1942, salvo estipulação em sentido diverso (art. 11, IV, da Lei 9.307/1996) e “desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública” (art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.307/1996).²⁸³

Por fim, de acordo com Helder Moroni Câmara, a forma em sentido estrito não seria “*um elemento do negócio jurídico processual, tendo em vista que o artigo 190 do CPC/2015 não estabelece uma forma específica. Ela é, portanto, livre, razão pela qual – para a modalidade de negócio jurídico que estamos a analisar -, inexistindo forma prevista em lei, não há que se falar na presença desse elemento para que o negócio exista*”.²⁸⁴

Contudo, é imprescindível examinar a existência do negócio jurídico processual atípico a partir de sua forma em sentido estrito. Em primeiro lugar, porque, como destaca Antônio Junqueira de Azevedo, “*não há negócio sem forma*”.²⁸⁵ O negócio jurídico processual existe sob determinada forma, seja qual for. Em segundo lugar, porque há quem, como Flávio Luiz Yarshell, por exemplo, considere que a forma *escrita* é elemento de *existência* dos negócios jurídicos processuais atípicos.²⁸⁶

²⁸³ Conforme, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “*Quanto aos atos processuais realizados no exterior com reflexos no Brasil, o mesmo princípio da territorialidade, que impede a imposição desta além-fronteiras, conduz ao reconhecimento da validade desses atos quando obedientes à lei do país em que foram realizados e compatíveis com a ordem pública brasileira. Se faltar um desses requisitos não se homologa a decisão estrangeira (CPC, art. 963), nem se têm por válidos os atos realizados no curso de uma cooperação internacional (cumprimento de carta rogatória para citação do demandado ou para a produção da prova etc. – CPC, art. 26)*” (Teoria geral do novo processo civil, n. 23, p. 46).

²⁸⁴ Helder Moroni Câmara, *Negócios jurídicos processuais*, n. 4.2.2, p. 92.

²⁸⁵ Confira-se: “*Não há negócio sem forma. Que haja negócios com forma prescrita em lei e negócios com forma livre, é questão que diz respeito ao plano da validade; aqui, porém, no plano da existência, importa é não fazer confusão elementar de entender que somente os negócios com forma prescrita é que têm forma, sem se dar conta de que todos eles, inclusive os de forma livre, hão de ter uma forma, do contrário, inexistiriam (plano da existência)*” (Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*, cap. terceiro, § 2.º, tít. II, p. 126).

²⁸⁶ Confira-se: “*No negócio processual a declaração de vontade que lhe confere existência deve necessariamente ter a forma escrita. Ainda que ela seja eventualmente manifestada oralmente em audiência – ou em alguma outra oportunidade em que isso seja possível – ela deve ser reduzida a termo; ou, quando menos, ela deve ser registrada em suporte que permita sua oportuna reprodução,*

Assim, na teoria geral dos fatos jurídicos, a forma em sentido estrito é, de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, “o meio através do qual o agente expressa a sua vontade” e que pode ser “oral, escrita, mímica, consistir no próprio silêncio ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade”.²⁸⁷

Com efeito, o negócio jurídico processual atípico pode existir tanto sob forma oral quanto sob forma escrita.²⁸⁸ A redução do negócio jurídico processual atípico oral a termo ou o seu registro em qualquer suporte, exigidos por Flávio Luiz Yarshell, são medidas de *mera documentação*: a redução do negócio jurídico processual atípico oral a termo ou o seu registro em qualquer suporte não lhe conferem existência.

Cogite-se, por exemplo, de negócio jurídico processual atípico oral celebrado em audiência através do qual as partes desistem da produção de prova testemunhal. O juiz aplica a regra processual negocial e dispensa todas as testemunhas até então presentes. O negócio jurídico processual atípico oral não apenas *existiu*, como foi *eficaz*, ainda que a ata da audiência venha (ou não...) a ser redigida e assinada depois.

Obviamente, a documentação é medida importante para fins de *prova* da existência do negócio jurídico processual atípico oral. Mas a documentação não é nem mesmo o *único meio de prova* da existência do negócio jurídico processual atípico oral, muito menos, como visto, elemento de existência do negócio jurídico processual atípico oral.²⁸⁹

sempre que isso for necessário” (Flávio Luiz Yarshell, “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 3, p. 77).

²⁸⁷ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*, cap. terceiro, § 2.º, tít. II, p. 126.

²⁸⁸ Conforme, por exemplo, Leonardo Carneiro da Cunha: “É livre a forma do negócio jurídico processual atípico. Não há qualquer exigência de forma específica. O princípio da atipicidade dos negócios jurídicos processuais afasta qualquer exigência de forma. O negócio jurídico processual pode ser escrito ou verbal, podendo ser celebrado oralmente tanto em procedimentos informais e simplificados, a exemplo daqueles que tramitam nos Juizados Especiais, como em audiência realizada no procedimento comum. O negócio processual pode ser autônomo ou constar de um outro instrumento, podendo, por exemplo, estar inserido num acordo de acionistas, num contrato de locação ou, até mesmo, num pacto antenupcial ou em contrato de convivência” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, n. 12 ao art. 190 do CPC/2015, p. 62).

²⁸⁹ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “Como vimos, não há forma rígida para os acordos processuais. Mas é curioso notar que parte da doutrina, ainda apegada à forma legal, tipificada, insiste em afirmar que as convenções processuais só podem ser celebradas na forma escrita. Trata-se, em nossa opinião, de uma confusão entre o acordo de vontade das partes (negotium) e o meio (instrumentum) que o veicula. Consoante o princípio da liberdade das formas, vigente no sistema processual brasileiro, não há exigência de que os acordos processuais tenham forma escrita para que sejam considerados válidos. A convenção processual pode ser escrita ou verbal, podendo ser celebrada oralmente tanto em procedimentos informais e simplificados, como os Juizados Especiais,

Segundo Diogo Assumpção Rezende de Almeida, nesse sentido, os negócios jurídicos processuais orais, “*embora lícitos, contêm as naturais limitações atinentes à dificuldade de prova dos negócios jurídicos estabelecidos deste modo*” e exigiriam “*prévia comprovação de sua celebração, seja por audiência de justificação ou através de outros meios de prova*”.²⁹⁰

Contudo, destaque-se uma vez mais: trata-se de questão de *prova da* existência do negócio jurídico processual atípico oral, e não da sua *existência em si*.

quanto no procedimento comum (em audiência). Quando os acordos processuais forem celebrados oralmente em audiência, deverão ser registrados em termo (art. 457 do CPC/1973; arts. 334, § 11 e 367 do CPC/2015; art. 9.º, § 1.º, da Lei 9.307/1996). Pode haver registro em mídia eletrônica, com gravação em vídeo posteriormente documentada em DVD (art. 154, § 2.º, do CPC/1973; art. 209, § 1.º, do CPC/2015) (...). Os acordos processuais por escrito normalmente são comprovados pela juntada do instrumento convencional nos autos. Se não houve documentação adequada do contrato (v.g., celebrado oralmente), nada impede que o acordo seja comprovado por outros meios. Inclusive, pode-se agendar audiência de justificação, com oitiva de testemunhas, para esta finalidade. Esta preocupação é maior para as convenções pré-processuais, até porque os atos praticados na pendência do processo (e, dentre eles, também os acordos processuais) geralmente são documentados e registrados (por escrito ou em mídia digital)” (Convenções processuais, n. 5.9.3 e 5.9.4, p. 329 e 331).

²⁹⁰ Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.2, p. 132.

6. A VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

A validade dos negócios jurídicos, na teoria geral dos fatos jurídicos, depende da *perfeição jurídica* dos seus elementos de existência.²⁹¹ Portanto, cada um dos elementos de existência do negócio jurídico, para que esse seja válido, deve possuir uma determinada qualidade, que lhe assegura (e, em última análise, consiste em) perfeição jurídica.

Nesse sentido, o art. 104 do Código Civil prevê que o negócio jurídico é válido quando celebrado por agente *capaz*, quando seu objeto for *lícito, possível, determinado ou determinável* e quando observar a forma *prescrita ou não defesa em lei*. Os arts. 138 a 165 e 167 do Código Civil, por sua vez, tratam da perfeição jurídica da declaração de vontade.

Os mesmos requisitos de validade são exigidos para a validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, que depende, portanto: (a) da capacidade do(s) sujeito(s) que pratica(m) o ato; (b) da perfeição jurídica da(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais; (c) da licitude, da possibilidade e da determinação ou determinabilidade do objeto sobre o qual recai(em) a(s) declaração(ões) de vontade e; (d) da observância da forma prescrita ou não defesa em lei.²⁹²⁻²⁹³

²⁹¹ Confira-se, nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo: “A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’). Validade é, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. ‘Válido’ é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas” (Negócio jurídico, cap. segundo, § 3.º, p. 42).

²⁹² Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “Grande parte da doutrina, no Brasil e no estrangeiro, defende que os atos processuais em geral (e também os acordos processuais) dependem dos requisitos da lei material, definidos na norma do direito civil (geralmente aquele campo no qual se estuda a teoria geral do direito): agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Nessa toada, os arts. 104 e 166 do Código Civil brasileiro, aplicáveis também aos acordos processuais, dispõem que a validade dos negócios jurídicos em geral depende da capacidade dos contratantes; da licitude, da possibilidade jurídica e determinação do objeto do acordo; da observância da forma prescrita e não defesa em lei; da boa-fé, sendo inválido o negócio que fraudar a lei. Esses requisitos, adaptados e combinados com as exigências formais do direito processual, deverão ser considerados na formação válida e eficaz dos negócios jurídicos processuais” (Convenções processuais, n. 5.5, p. 304-305).

²⁹³ Enunciado 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

6.1. A CAPACIDADE DO(S) SUJEITO(S) QUE PRATICA(M) O ATO

6.1.1. *As capacidades na teoria geral dos fatos jurídicos*

São duas as capacidades examinadas na teoria geral dos fatos jurídicos como requisitos para a prática válida de atos jurídicos, inclusive para a celebração de negócios jurídicos válidos (arts. 104, I, 166, I, e 171, I, do Código Civil): a *capacidade de direito* (arts. 1.º, 2.º e 45 do Código Civil) - que em verdade se põe no plano da existência - e a *capacidade de fato* (arts. 3.º, 4.º, 5.º e 45 do Código Civil).

O art. 1.º do Código Civil trata da capacidade de direito, que consiste na capacidade de ser titular de direitos e deveres na ordem jurídica. Segundo o art. 1.º do Código Civil, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Assim, as pessoas físicas (art. 2.º do Código Civil) e as pessoas jurídicas (art. 45 do Código Civil) possuem capacidade de direito.

Mas nem todo aquele que possui capacidade de direito possui capacidade de fato (arts. 3.º e 4.º do Código Civil). A capacidade de fato é a capacidade de exercer *pessoalmente* os direitos e deveres na ordem jurídica. Em regra, possuem-na as pessoas físicas maiores de dezoito anos (art. 5.º do Código Civil), as pessoas jurídicas (art. 45 do Código Civil) e, excepcionalmente, os menores, nos casos previstos no par. ún. do art. 5.º do Código Civil.

Em regra, os menores de dezesseis anos, que possuem capacidade de direito, não possuem capacidade de fato: são *absolutamente incapazes* (art. 3.º do Código Civil). A prática válida de atos jurídicos, inclusive a celebração de negócios jurídicos válidos, pelos menores de dezesseis anos, depende de representação - por seus pais - ou de tutela - por tutor, nos termos dos arts. 1.634, VII, 1.690, 1.728 e 1.747, I, do Código Civil.

Por sua vez, “os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”, “os ébrios habituais e os viciados em tóxico”, “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” e “os pródigos”, que possuem capacidade de direito, possuem capacidade de fato relativa: são *relativamente incapazes*, de acordo com o art. 4.º do Código Civil.

A prática válida de atos jurídicos, inclusive a celebração de negócios jurídicos válidos, pelos relativamente incapazes, depende de assistência ou tutela, no caso dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (arts. 1.634, VII, e 1.728 do Código Civil) e de curatela ou tomada de decisão apoiada, nos demais casos (arts. 1.767 e 1.783-A do Código Civil).

A capacidade que se exige para que o negócio jurídico seja válido (art. 104, I, do Código Civil), na teoria geral dos fatos jurídicos, extrai-se da conjugação da capacidade de direito (arts. 1.º, 2.º e 45 do Código Civil) com a capacidade de fato (arts. 3.º, 4.º, 5.º e 45 do Código Civil). A *capacidade negocial*, portanto, é o resultado da conjugação da capacidade de direito com a capacidade de fato.

Se o negócio jurídico for celebrado por absolutamente incapaz não representado nem tutelado, o negócio jurídico é nulo (art. 166, I, do Código Civil). Se o negócio jurídico for celebrado por relativamente incapaz não assistido, nem tutelado, nem curatelado e nem apoiado na tomada de sua decisão, conforme o caso, o negócio jurídico é anulável (art. 171, I, do Código Civil).

6.1.2. *As capacidades na teoria especial dos fatos processuais*

O direito processual civil disciplina de forma própria (arts. 70 a 76 do CPC/2015), embora semelhante, a capacidade dos sujeitos para a prática válida de atos processuais, inclusive para a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos válidos.

Não são absolutamente coincidentes as capacidades na teoria geral dos fatos jurídicos e as capacidades na teoria especial dos fatos processuais. Nesses casos, em que a capacidade na teoria geral dos fatos jurídicos não coincide com a capacidade na teoria especial dos fatos processuais, esta prevalece.

Consequentemente, para tratar da validade dos negócios jurídicos processuais, inclusive atípicos, é *suficiente* examinar a capacidade da teoria especial

dos fatos processuais, pois, naquilo em que ela não coincide com a capacidade na teoria geral dos fatos jurídicos, prevalece sobre esta.²⁹⁴

A *capacidade de ser parte*, na teoria especial dos fatos processuais, é a capacidade de ser titular de direitos e deveres processuais, desde que por “direitos e deveres processuais” se compreendam todas as situações jurídicas processuais (v. n. 5.3.1, acima). A capacidade de ser parte corresponde e coincide, em geral, com a capacidade de direito, na teoria geral dos fatos jurídicos (v. n. 6.1.5, abaixo, porém). Assim, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, que possuem capacidade de direito (v. n. 6.1.1, acima), possuem capacidade de ser parte.²⁹⁵

²⁹⁴ Confira-se, nesse sentido, Eduardo Talamini: “*Em regra, haverá correspondência com a capacidade para exercício de direitos no plano material. Mas, para negócios processuais, o que importa é a capacidade de estar em juízo. Essa normalmente reflete aquela*” (“Um processo pra chamar de seu...”, n. 3.1, p. 4). A razão é simples: a teoria dos fatos processuais é teoria especial em relação à teoria dos fatos jurídicos, que, portanto, é teoria geral em relação àquela (v. n. 2.1, acima). Fredie Didier Jr. (em “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.2, p. 114; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.2, p. 389), Leonardo Carneiro da Cunha (em *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 8 ao art. 190 do CPC/2015, p. 57) e Lorena Miranda Santos Barreiros (em *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.1.1, p. 223 e 226-227) mencionam exemplo que em tese corrobora a prevalência, no que diz respeito à capacidade, da teoria especial dos fatos processuais sobre a teoria geral dos fatos jurídicos: o eleitor maior de dezesseis e menor de dezoito anos possuiria, de acordo com os autores e no plano da teoria especial dos fatos processuais, capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo, especificamente para a ação popular, embora não possua capacidade de fato (relativamente incapaz), no plano da teoria geral dos fatos jurídicos. O exemplo demonstraria, segundo os autores, que, para a validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, não são exigidos *cumulativamente* a capacidade da teoria geral dos fatos jurídicos e a capacidade da teoria especial dos fatos processuais, mas apenas esta. Se assim não fosse, o eleitor maior de dezesseis e menor de dezoito anos poderia ser autor de ação popular independentemente de assistência, mas não poderia celebrar negócio jurídico processual válido – o que seria, de fato, incoerente. Contudo, destaque-se apenas que o exemplo é controverso: *rigorosamente*, a Constituição Federal (art. 5.º, LXXIII) e a Lei 4.717/1965 (art. 1.º) atribuem apenas *legitimidade ativa* ao eleitor maior de dezesseis e menor de dezoito anos, mas não *capacidade de estar em juízo*. Em síntese, *rigorosamente*, o eleitor maior de dezesseis e menor de dezoito anos possui (a) capacidade de direito; (b) capacidade de ser parte e; (c) legitimidade ativa para a ação popular, mas não possui (d) capacidade de fato, nem; (d) capacidade de estar em juízo, razão pela qual é relativamente incapaz; *rigorosamente*, mais uma vez, o eleitor maior de dezesseis e menor de dezoito anos pode ser autor de ação popular e celebrar negócio jurídico processual atípico que a ela se refira, *desde que assistido*. Certo que há quem argumente, com fundamento na natureza de ação constitucional da ação popular, que a Constituição Federal (art. 5.º, LXXIII) e a Lei 4.717/1965 (art. 1.º), ao atribuírem legitimidade ativa ao eleitor maior de dezesseis e menor de dezoito anos para a ação popular, atribuir-lhe-iam, por coerência, capacidade de estar em juízo – por outro lado, dentre esses mesmos autores, há quem exija, para a outorga de procuração pelo eleitor maior de dezesseis e menor de dezoito anos ao advogado que o representará em juízo, assistência. Confira-se, por exemplo, Rodolfo de Camargo Mancuso: “*Numa harmonização dos textos, parece-nos sustentável afirmar que a deficiência apresentada pelo menor quanto à sua idade passa a ser um dado secundário (...). De sorte que nos parece viável, malgrado não seja comum, que um cidadão brasileiro, eleitor, menor de 18 anos, outorgue, devidamente assistido, procuração a advogado e assim intente ação popular*” (*Ação popular*, n. 3.4.1.4, p. 196).

²⁹⁵ Conforme, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “*A capacidade para ser parte, também conhecida como personalidade processual ou personalidade judiciária, é a capacidade para demandar e para ser demandado em juízo. Vale dizer: para figurar como*

Mas, assim como nem todo aquele que possui capacidade de direito possui capacidade de fato (v. n. 6.1.1, acima), nem todo aquele que possui capacidade de ser parte possui *capacidade de estar em juízo*, capacidade de *exercer pessoalmente* direitos e deveres processuais, desde que por “direitos e deveres processuais” se compreendam, mais uma vez, todas as situações jurídicas processuais (v. n. 5.3.1, acima). Em regra, possuem-na todos aqueles que possuem capacidade de direito e capacidade de fato (art. 70 do CPC/2015) (v. n. 6.1.5, abaixo, porém).²⁹⁶

Aqueles que são incapazes em sentido amplo na teoria geral dos fatos jurídicos (arts. 3.º e 4.º do Código Civil) não possuem capacidade de estar em juízo, na teoria especial dos fatos processuais, pois não estão “no exercício de seus direitos” (art. 70 do CPC/2015). As suas incapacidades para estar em juízo são supridas através da representação, da assistência, da tutela, da curatela ou da tomada de decisão apoiada (arts. 71 e 72, I, do CPC/2015 e art. 1.783-A do Código Civil).

Por outro lado, existem pessoas que possuem capacidade de direito e capacidade de fato e que, embora possuam também capacidade de ser parte, não possuem capacidade de estar em juízo: “o réu preso revel” e o “réu revel citado por edital ou com hora certa”, enquanto não representados por advogado, são considerados destituídos de capacidade para estar em juízo, razão pela qual é obrigação do juiz nomear curador especial (art. 72, *caput* e II, do CPC/2015).

Em certos casos, o cônjuge ou companheiro, embora possua capacidade de direito, capacidade de fato e capacidade de ser parte, não possui, *sozinho*, capacidade de estar em juízo: para ser autor, o outro cônjuge ou companheiro deve consentir (art. 73, *caput*, do CPC/2015), ressalvada a hipótese de suprimimento judicial

parte no processo civil. O conceito está intimamente ligado ao conceito de personalidade jurídica (que é a aptidão para adquirir direitos e contrair deveres na ordem jurídica civil, art. 1.º, do CC), na medida em que tem capacidade para ser parte quem tem capacidade jurídica” (Novo curso de processo civil, vol. 2, parte I, n. 3.3.2, p. 87).

²⁹⁶ Conforme, por exemplo, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “Para que se esteja diante da capacidade de estar em juízo (formulando pedido ou sendo demandado), todavia, não basta a capacidade de direito, isso é, não basta que a parte seja capaz de ter direitos e assumir obrigações. É preciso que, além disso, exista também a capacidade de fato, ou a capacidade de exercício, que se consubstancia na aptidão para a prática dos atos decorrentes da capacidade de direito (CPC/2015, art. 70). Têm capacidade de fato, ou de exercício, aqueles que podem, por si mesmos, praticar os atos da vida civil” (Curso avançado de processo civil, vol. 1, n. 16.3, p. 314).

do consentimento (art. 74 do CPC/2015); para ser réu, deve o ser em litisconsórcio com o outro cônjuge ou companheiro (art. 73, par. ún., do CPC/2015).

6.1.3. *A capacidade negocial processual*

A capacidade que se exige para que o negócio jurídico processual, inclusive atípico, seja válido (art. 104, I, do Código Civil; art. 190 do CPC/2015), na teoria especial dos fatos processuais, extrai-se da conjugação da capacidade de ser parte com a capacidade de estar em juízo. A *capacidade negocial processual*, portanto, é o resultado da conjugação da capacidade de ser parte com a capacidade de estar em juízo.²⁹⁷

Assim como na teoria geral dos fatos jurídicos, na teoria especial dos fatos processuais, se o negócio jurídico processual for celebrado por absolutamente incapaz não representado nem tutelado, é nulo (art. 166, I, do Código Civil). Se o negócio jurídico processual for celebrado por relativamente incapaz não assistido, nem tutelado, nem curatelado e nem apoiado na tomada de sua decisão, conforme o caso, é anulável (art. 171, I, do Código Civil).

Embora, como visto, diversos autores admitam que o juiz seja parte de negócios jurídicos processuais, típicos e atípicos (v. n. 5.1.2, acima), apenas Lorena Miranda Santos Barreiros examinou satisfatoriamente a capacidade negocial processual do juiz, ou seja, sob quais requisitos o juiz pode celebrar negócio jurídico processual atípico válido: de acordo com a autora, o juiz deve possuir poder-dever discricionário, competência funcional e imparcialidade.²⁹⁸

²⁹⁷ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “Nos negócios processuais, ajustados antes ou após o surgimento do processo, é necessário que aquele que o celebra possa validamente exteriorizar a manifestação ou declaração de vontade constitutiva do negócio e que possua aptidão para ser parte em processo e para estar em juízo. Ser-lhe-á exigida, portanto, a capacidade processual negocial” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.1.1, p. 226).

²⁹⁸ Confira-se: “Deve-se examinar, ainda, o conceito de capacidade quando o sujeito do negócio processual for o órgão jurisdicional. Neste caso, a capacidade processual negocial será preenchida pela esfera de poder-dever discricionário outorgado ao Estado-juiz, pela competência (funcional) e pela imparcialidade” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.1.1, p. 228).

6.1.4. *A capacidade negocial processual na distinção entre negócios jurídicos processuais atípicos prévios e incidentais*

Como visto, existem negócios jurídicos processuais atípicos prévios, celebrados antes do curso do processo a que se referem e negócios jurídicos processuais atípicos incidentais, celebrados no curso do processo a que se referem (v. n. 3.3.4, acima). Com base nessa distinção, Diogo Assumpção Rezende de Almeida sustenta que as capacidades que são exigidas para a validade dos negócios jurídicos processuais atípicos *prévios* seriam a capacidade de direito e a capacidade de fato (portanto, a capacidade negocial da teoria geral dos fatos jurídicos).²⁹⁹

Contudo, a análise da validade do negócio jurídico processual atípico, prévio ou incidental, à luz da capacidade dos sujeitos que o celebram, não pode prescindir do exame das capacidades na teoria especial dos fatos processuais. Afinal, se negócio jurídico processual é o ato humano, capaz em tese de produzir efeitos processuais em um processo atual ou futuro e apenas eventual (v. n. 3.1, acima), a existência ou não de processo em curso é irrelevante para o seu regime jurídico.

Os negócios jurídicos processuais se referem, em tudo, ao processo: são celebrados por sujeitos que potencialmente podem ser sujeitos do processo (v. n. 5.1.1, acima); seu objeto é o processo, (situações jurídicas processuais e/ou procedimento) (v. n. 5.3, acima); seus efeitos são processuais e produzidos em um processo atual ou futuro e apenas eventual.³⁰⁰

²⁹⁹ Confira-se: “Assim como na teoria geral dos contratos, os contratantes, nos acordos processuais, devem ser capazes. A capacidade é regida pelo direito material, quando a convenção é pré-processual (estabelecida em cláusula de diferendo, por exemplo). Trata-se da capacidade de gozo ou de exercício, que se assemelha, nas convenções celebradas durante a relação jurídica processual, à capacidade processual ou de estar em juízo” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.1, p. 130).

³⁰⁰ Conforme, por exemplo, Leonardo Carneiro da Cunha: “Ainda que o negócio processual seja celebrado fora ou antes do processo, aplicam-se as normas processuais; é preciso que haja capacidade processual. Para Diogo Rezende de Almeida, nos negócios processuais, exige-se a capacidade processual, mas, quando eles são celebrados antes do processo, deve-se exigir a capacidade do direito material. Se produz efeitos em um processo, o negócio é processual, ainda que celebrado antes ou fora do processo. Logo, deve haver capacidade processual para sua celebração. Assim, se, por exemplo, uma pessoa casada celebra com outrem um negócio para regular futura ação real imobiliária, deverá contar com o consentimento de seu cônjuge. Sem a participação do cônjuge, não haverá plena capacidade. Se bem que tenha capacidade material, a parte não terá, no caso, capacidade processual (CPC, arts. 73 e 74)” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, n. 8, p. 57).

6.1.5. A capacidade negocial processual dos entes despersonalizados

Os entes despersonalizados como, por exemplo, o nascituro (art. 2.º do Código Civil), a massa falida, o espólio e o condomínio (art. 75, V, VII e XI, do CPC/2015), são centros de imputação de direitos e deveres, cuja existência o direito reconhece por razões práticas. Os entes despersonalizados não possuem personalidade jurídica.

Controverte-se, na teoria geral dos fatos jurídicos, se os entes despersonalizados possuem algum grau de capacidade de direito e de capacidade de fato.³⁰¹ Contudo, na medida em que a capacidade negocial processual é suficiente para a validade dos negócios jurídicos processuais atípicos (v. n. 6.1.2 e 6.1.3, acima), a questão é alheia aos objetivos desta dissertação de mestrado.

O direito processual civil reconhece aos entes despersonalizados a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo, desde que representados (art. 75 do CPC/2015).³⁰² Mas a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo dos entes despersonalizados existem apenas nos limites em que é necessário

³⁰¹ Confira-se a síntese de Flávio Luiz Yarshell: “Em todos esses casos, fala-se que tais entes, ainda que desprovidos de personalidade jurídica, teriam personalidade ‘judiciária’, porque poderiam ser titulares de posições na relação processual, embora assim não ocorra no plano substancial. Mas, em termos lógicos, não pode haver uma posição processual que dispense precedente personalidade, tal como definida pelo art. 1.º do CC. Por outro lado, pelo caráter instrumental do processo, não faria sentido que alguém – ou alguma entidade – fosse apenas titular de ‘direitos e deveres’ na órbita processual, sem qualquer outra vinculação, quando menos indireta, com (afirmadas) posições jurídicas vigentes no plano substancial do ordenamento. Então, como já preconizara parte da doutrina civilista, melhor seria reconhecer que personalidade, sob a ótica jurídica, consiste na possibilidade de agir, que a ordem jurídica atribui a certos entes: pessoa é o ente que pode praticar atos jurídicos e não exatamente o sujeito de direitos. De qualquer modo, os entes acima referidos representam – ou ao menos congregam – interesses de outrem; o que, forçoso convir, é algo diferente do conceito de personalidade” (“Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 13, p. 87).

³⁰² Conforme, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “Têm capacidade de ser parte todos os entes que, segundo a lei, possam ser titulares dos poderes, deveres, faculdades e ônus que integram a relação jurídica processual. Em regra, essa capacidade seria atribuída somente às pessoas físicas e às pessoas jurídicas, ou seja, a quem tem personalidade jurídica (CC, arts. 1.º e 40 e ss.). No entanto, por razões de ordem prática a lei atribui capacidade de ser parte também a certos entes que não têm personalidade jurídica plena perante a ordem jurídico-substancial. Diz-se nessas hipóteses que há mera personalidade processual. É o caso da massa falida (CPC, art. 75, inc. V), da herança jacente ou vacante (CPC, art. 75, inc. VI), do espólio (CPC, art. 75, VII), da sociedade e da associação irregulares e de outros entes organizados sem personalidade jurídica (CPC, art. 75, inc. IX), do condomínio (CPC, art. 75, inc. V), do nascituro (CC, art. 2.º), das câmaras de vereadores, sempre que atuarem na defesa de suas prerrogativas institucionais, relacionadas com o seu funcionamento, sua autonomia e independência, etc.” (Teoria geral do novo processo civil, n. 113, p. 164-165).

ao direito reconhecê-las. Conseqüentemente, nesses limites e desde que representados, da conjugação da capacidade de ser parte com a capacidade de estar em juízo se extrai a capacidade negocial processual dos entes despersonalizados.

Em síntese, o ente despersonalizado possui capacidade negocial processual para celebrar negócio jurídico processual atípico válido, desde que representado e nos limites em que é necessário ao direito reconhecer a sua capacidade de ser parte e a sua capacidade de estar em juízo. Com efeito, seria incoerente atribuir aos entes despersonalizados a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo, mas não a capacidade negocial processual.³⁰³

O negócio jurídico processual atípico é anulável, se celebrado por ente despersonalizado não representado (art. 171, I, do Código Civil); nesse caso, o ente despersonalizado possui capacidade de ser parte, mas não capacidade de estar em juízo. O negócio jurídico processual atípico sequer existe, porém, se celebrado por ente despersonalizado além dos limites em que é necessário ao direito reconhecer a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo; nesse caso, simplesmente nem mesmo existe o sujeito que supostamente pratica o ato.

6.1.6. A capacidade negocial processual “plena” e os incapazes

Flávio Luiz Yarshell, diante do advérbio “plenamente”, empregado para modificar o adjetivo “capazes” no art. 190 do CPC/2015, sustenta que os incapazes, *ainda que* representados, assistidos, tutelados, curatelados ou com apoio na tomada de suas decisões, não possuem a *plena* capacidade exigida para celebrar negócios jurídicos processuais atípicos válidos.³⁰⁴

³⁰³ Confira-se, nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell: “O negócio processual pode ser celebrado não apenas pelos que ostentam personalidade civil, mas igualmente pelas entidades que, embora despidas daquela condição, tem aptidão para estar em juízo e, portanto, de ser parte (...). Não haveria sentido em se permitir que tais entes pudessem estar sujeitos a regras processuais ditadas pela lei, mas que, paradoxalmente, não pudessem participar de negócio tendente a estabelecer regras de igual natureza, apenas porque resultantes da autonomia da vontade. Por tudo isso, a conclusão é de que, respeitados os demais requisitos legais, negócios processuais podem ser celebrados pelos entes acima referidos” (“Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 13, p. 87-88).

³⁰⁴ Confira-se: “O negócio processual exige sujeitos ‘plenamente capazes’ (art. 190, caput). Isso exclui a possibilidade de que seja celebrado por absolutamente incapazes – ainda que na pessoa de seus

O argumento é interessante, porque, por um lado, o art. 190 do CPC/2015 menciona a capacidade “plena” como requisito para celebrar negócio jurídico processual atípico válido; por outro lado, o Código Civil (art. 104, I) se satisfaz com a capacidade, sem a qualificar, como requisito para celebrar negócio jurídico válido.

Comparando-se os textos legais, poder-se-ia reputar que o advérbio “plenamente” (no art. 190 do CPC/2015, a modificar o adjetivo “capazes”) exigiria, para a validade dos negócios jurídicos processuais atípicos (na teoria especial dos fatos processuais, portanto), algo a mais em relação ao que se exige para a validade dos negócios jurídicos, na teoria geral dos fatos jurídicos.

Mas por qual razão o faria? Por que os incapazes, ainda que representados, assistidos, tutelados, curatelados ou com apoio na tomada de suas decisões, não poderiam celebrar negócios jurídicos processuais atípicos válidos, se podem, nessas mesmas circunstâncias, praticar os mais diversos atos processuais e, no plano da teoria geral dos fatos jurídicos, celebrar negócios jurídicos válidos?³⁰⁵

Com efeito, não parece haver razão para a distinção.

Aliás, muito curiosamente, Flávio Luiz Yarshell admite que ente despersonalizado celebre negócio jurídico processual atípico válido, desde que representado.³⁰⁶ Por que o ente despersonalizado representado poderia celebrar negócio jurídico processual atípico válido e o relativamente ou absolutamente incapaz não, ainda que supridas as suas incapacidades?

Assim também ocorre com os casados e com os companheiros nos casos previstos no art. 73, *caput* e § 1.º, do CPC/2015: cada cônjuge ou companheiro, isoladamente, não possui capacidade de estar em juízo; obtém-na através da

representantes legais – e por relativamente incapazes – mesmo que regularmente assistidos” (Flávio Luiz Yarshell, “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 12, p. 85-86).

³⁰⁵ Conforme, por exemplo, Fredie Didier Jr.: “*De fato, não há sentido em impedir negócio processual celebrado pelo espólio (incapaz processual) ou por um menor, sobretudo quando se sabe que, extrajudicialmente, suprida a incapacidade pela representação, há para esses sujeitos mínimas limitações para a negociação*” (“Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.2, p. 114-115; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.2, p. 389-390).

³⁰⁶ Confira-se: “*Não haveria sentido em se permitir que tais entes pudessem estar sujeitos a regras processuais ditadas pela lei, mas que, paradoxalmente, não pudessem participar de negócio tendente a estabelecer regras de igual natureza, apenas porque resultantes da autonomia da vontade. Por tudo isso, a conclusão é de que, respeitados os demais requisitos legais, negócios processuais podem ser celebrados pelos entes acima referidos*” (“Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 13, p. 88).

participação do outro, seja através do consentimento, seja através da formação de litisconsórcio passivo.

Mas a participação do outro cônjuge ou companheiro, através do consentimento (arts. 73, *caput*, e 74 do CPC/2015) ou da formação de litisconsórcio passivo (art. 73, § 1.º, do CPC/2015), conforme o caso, assegura ao cônjuge ou companheiro a capacidade de estar em juízo que originariamente lhe faltava e, portanto, a capacidade negocial processual.

Em síntese, portanto, a representação, a assistência, a tutela, a curatela e a tomada apoiada de decisão são mecanismos que, também na teoria especial dos fatos processuais, suprem a incapacidade absoluta ou a incapacidade relativa dos sujeitos e lhes atribuem capacidade de estar em juízo. Consequentemente, nesses casos, possuem capacidade negocial processual.³⁰⁷

6.1.7. A capacidade postulatória

Além da capacidade de ser parte e da capacidade de estar em juízo, existe, na teoria especial dos fatos processuais, a *capacidade postulatória*, que é a capacidade de praticar validamente *determinados* atos processuais, os atos processuais postulatórios. Em regra, possuem-na os advogados (art. 103 do CPC/2015), públicos e privados, assim como os defensores públicos e os membros do Ministério Público.³⁰⁸

³⁰⁷ Confira-se, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.6.2.2, p. 314-316; Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 3.1, p. 4; Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.2, p. 114-115; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.2, p. 389-390; Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 3.1, p. 86; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.1.2, p. 231; Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.3.2, p. 516; Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais...*, cap. VI, n. 7.2, p. 275-276.

³⁰⁸ Confira-se, por todos, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “A capacidade postulatória é a capacidade para postular em nome próprio ou alheio em juízo. É a capacidade de traduzir juridicamente as manifestações de vontade e as declarações de conhecimento das partes no processo civil, postulando a partir daí a produção de efeitos jurídicos. Tem capacidade postulatória no processo civil o advogado, o defensor público e os membros do Ministério Público” (*Novo curso de processo civil*, vol. 2, parte I, n. 3.3.2, p. 88).

Diante da capacidade postulatória, duas questões se colocam em ordem sucessiva: (a) a capacidade postulatória é requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos?; (b) se sim, é requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos mesmo nos casos em que a capacidade postulatória é excepcionalmente atribuída às próprias partes (art. 9.º da Lei 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis, por exemplo)?

A capacidade postulatória não é requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, sejam eles prévios ou incidentais.³⁰⁹ A capacidade postulatória é a capacidade para praticar *determinados* atos processuais, os atos processuais postulatórios. Os negócios jurídicos processuais não são atos processuais postulatórios.³¹⁰

As partes, portanto, não precisam ser representadas por advogado para celebrar negócio jurídico processual atípico válido, seja em relação aos processos nos quais devem ser representadas por advogado (art. 103 do CPC/2015), seja em relação aos processos nos quais não precisam ser representadas por advogado (art. 9.º da Lei 9.099/1995, por exemplo).

A convenção de arbitragem é negócio jurídico processual típico (art. 3.º e seguintes da Lei 9.307/1995) cujo objeto é a jurisdição do Poder Judiciário sobre determinado litígio. Não se exige para a validade da convenção de arbitragem (e para tantos outros negócios jurídicos...) a representação por advogado. Por que se a exigiria para a celebração de negócio jurídico processual atípico?

Embora seja em geral pacífica a doutrina quanto ao tema, alguns autores afirmam que a representação por advogado seria *recomendável*³¹¹ ou que a sua

³⁰⁹ Confira-se, por exemplo, Flávio Luiz Yarshell, "Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?", n. 14, p. 88; Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 3.1.1, p. 91; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.1.1, p. 227.

³¹⁰ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: "*Em primeiro lugar, devemos lembrar que o ato negocial em si não é postulatório e, portanto, não necessita da assistência de advogado*" (*Convenções processuais*, n. 5.6.2.3, p. 317). Antonio do Passo Cabral ressalva, contudo, que "*haverá ato postulatório quando se lhe requerer a integração (como quando exigida homologação) ou para fazê-lo cumprir (em casos de resistência da contraparte). Nestas hipóteses vemos ato postulatório e, portanto, necessidade de advogado; mas, em regra geral, não há postulação em um negócio jurídico e, portanto, o advogado não é necessário*" (*Convenções processuais*, n. 5.6.2.3, p. 317). A ressalva é correta, porém não possui relação alguma com a *validade* dos negócios jurídicos processuais atípicos.

³¹¹ Confira-se, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.6.2.3, p. 318; Flávio Luiz Yarshell, "Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?", n. 14, p. 88; Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 3.1.1, p. 91; Helder Moroni Câmara,

ausência seria *indício de vulnerabilidade* e, portanto, de invalidade do negócio jurídico processual atípico³¹²⁻³¹³ ou, ainda, que seria requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos *incidentais*³¹⁴.

Nos dois primeiros casos, diz-se que a celebração de negócio jurídico processual atípico pressupõe conhecimentos específicos. Portanto, seria recomendável a representação por advogado ou a sua ausência seria indício de vulnerabilidade e, portanto, de invalidade do negócio jurídico processual atípico. Contudo, prefere-se não tratar da capacidade postulatória sob essa perspectiva.

Se a capacidade postulatória é tratada como algo recomendável ou como algo cuja ausência é indício de invalidade, inverte-se a presunção de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais (*in dubio pro libertate*) (v. n. 3.5.1, acima, e 6.6.4, abaixo); assume-se, em ofensa ao princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, postura diametralmente oposta.

Os negócios jurídicos processuais atípicos possuem objetos tão específicos e técnicos quanto os objetos de diversos outros atos praticados no mundo jurídico para os quais a lei sequer recomenda a presença de advogado, muito menos estabelece a sua ausência como indício de invalidade. Por qual razão seria diferente no direito processual civil?

Considerar, por sua vez, que a capacidade postulatória é requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos *incidentais* significa ignorar a dissociação que existe entre a definição do que é a capacidade postulatória (a capacidade para praticar atos postulatorios) e do que *não* são os negócios jurídicos processuais, inclusive atípicos (atos postulatorios).

Negócios jurídicos processuais..., n. 3.2.3.3, p. 82; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.1.1, p. 227.

³¹² Conforme, por exemplo, Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.2, p. 116; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.2, p. 391; Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 3.1.1, p. 92.

³¹³ Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

³¹⁴ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.6.2.3, p. 318; Helder Moroni Câmara, *Negócios jurídicos processuais*, n. 3.2.3.3, p. 81-82.

Por fim, de acordo com Antonio do Passo Cabral, nos casos em que a lei exige a representação por “advogado para a celebração do negócio jurídico de direito material”, se o negócio jurídico processual for celebrado “no mesmo momento (ainda que não no mesmo instrumento), a assistência por advogado far-se-á necessária também para o acordo processual”.³¹⁵

O negócio jurídico processual tem qualidade distinta do negócio jurídico “material” ou “substancial”, ainda que sejam celebrados em um mesmo *instrumento*. Se o ordenamento jurídico exige para a celebração do negócio jurídico “material” ou “substancial” a participação de advogado e o *instrumento* contém, ainda, negócio jurídico processual, isso é contingencial.

Em síntese, a coexistência, em um mesmo instrumento, de negócio jurídico processual e negócio jurídico “material” ou “substancial” para cuja validade a lei exige a participação de advogado não permite sustentar que a capacidade postulatória seja requisito de validade não apenas do negócio jurídico “material” ou “substancial”, mas também do negócio jurídico processual.

O negócio jurídico processual é autônomo em relação ao negócio jurídico “material” ou “substancial” que com ele coexiste em um mesmo instrumento (v. n. 6.6.4, abaixo). São ambos negócios jurídicos, sujeitos, porém e cada um, a regimes jurídicos diversos: o negócio jurídico “material” ou “substancial” ao seu regime próprio; o negócio jurídico processual ao seu regime próprio.

Suponha-se, por exemplo, que o negócio jurídico “material” ou “substancial”, para cuja validade a lei exige representação por advogado, venha a ser invalidado, porque o suposto advogado não o era, em verdade. Segundo a tese de Antonio do

³¹⁵ Confira-se: “Portanto, a regra é a desnecessidade de advogado. Entretanto, há duas exceções. A primeira é o caso de a lei exigir advogado para a celebração do negócio jurídico de direito material ou para a tramitação de processo em instância extrajudicial. Por exemplo, a Lei 11.441/2007, que permite inventário, partilha e divórcio por escritura pública lavrada em cartório exige a assistência de advogado. Em sendo a convenção processual firmada no mesmo momento (ainda que não no mesmo instrumento), a assistência por advogado far-se-á necessária também para o acordo processual. A Lei 6.015/1973, em seu art. 216-A, inserido pelo art. 1.072 do CPC/2015, traz hipótese de usucapião extrajudicial, que tramitará perante cartórios de registro de imóveis, nos quais o requerente deve estar acompanhado de advogado. Neste procedimento, os interessados são notificados para manifestarem sua vontade, e se vislumbra a possibilidade de que celebrem negócios jurídicos processuais entre si e/ou com o requerente, hipótese em que, por ser exigida a presença do advogado, sua assistência também deverá estender-se à celebração do acordo processual” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.6.2.3, p. 317-318).

Passo Cabral, isso afetaria o negócio jurídico processual, que poderia ser, por exemplo, cláusula de eleição de foro ou convenção de arbitragem.

A valer o raciocínio do autor, portanto, a autonomia do negócio jurídico processual seria esvaziada...

6.2. A PERFEIÇÃO JURÍDICA DA(S) DECLARAÇÃO(ÕES) DE VONTADE ORIENTADA AO DELINEAMENTO DOS EFEITOS PROCESSUAIS

6.2.1. Os vícios da vontade e os vícios sociais

Não basta que as partes sejam capazes (v. n. 6.1, acima), para que o negócio jurídico processual atípico seja válido: é necessário, ainda, que a(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais seja(m) conforme(s) ao direito ou juridicamente perfeita(s).

Em outros termos, deve(m) ser livre(s) de vícios, assim compreendidos os vícios da vontade (erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo e lesão – arts. 138 a 157 do Código Civil) e os vícios sociais (fraude contra credores e simulação – arts. 158 a 165 e 167 do Código Civil; art. 142 do CPC/2015).³¹⁶⁻³¹⁷

Caracteriza-se igualmente vício de vontade quando “o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito” (art. 166, III, do Código Civil) e quando o negócio jurídico processual atípico “tiver por objetivo fraudar lei imperativa” (art. 166, VI, do

³¹⁶ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “Entende-se, há algum tempo, que aos atos do processo também podem ser aplicados critérios das invalidades dos atos e negócios jurídicos em geral. A análise da vontade nos atos processuais, que era um dogma carente de superação no séc. XIX, quando o estudo dos acordos processuais se iniciou, não é mais, nos dias de hoje, um obstáculo intransponível. Ao contrário, é uma premissa largamente incorporada ao direito processual brasileiro contemporâneo. Assim, os vícios do consentimento podem levar à anulação das convenções processuais” (*Convenções processuais*, n. 5.8, p. 324).

³¹⁷ Enunciado 132 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”. Enunciado 410 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplica-se o art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais”.

Código Civil). A(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais, nesses casos, são orientadas ao delineamento de efeitos ilícitos.³¹⁸

Sobre o objetivo de fraudar lei imperativa (art. 166, VI, do Código Civil), Flávio Luiz Yarshell afirma que por “lei imperativa” se deve compreender “norma processual cogente”, que não se confunde, porém, com o “devido processo legal”. A natureza cogente da norma processual, de acordo com o autor, pode ser expressa em lei ou quando se trata de regra processual de ordem pública.³¹⁹

Nesse sentido, exemplo de negócio jurídico processual nulo, porque celebrado com o objetivo de fraudar lei imperativa (art. 166, VI, do Código Civil), é o calendário processual em que as partes e o juiz, para fraudar o dever legal de respeitar a “ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão”, negociam que a sentença será proferida em audiência (art. 12, § 1.º, do CPC/2015).³²⁰

³¹⁸ Contra, na teoria geral dos fatos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello, que afirma se tratar de requisito objetivo de validade dos negócios jurídicos (*Teoria do fato jurídico: plano da validade*, § 31.2.3, p. 131-145). O art. 166, VI, do Código Civil, todavia, alude ao negócio jurídico “que tem por objetivo fraudar lei imperativa”; portanto, relaciona a fraude à lei à declaração de vontade orientada ao delineamento dos efeitos jurídicos. Em outros termos, fraudar a lei não é o *objeto* do negócio jurídico processual, mas o *objetivo*. O negócio jurídico processual possui um objeto, *através do qual* o sujeito *objetiva* fraudar a lei. De qualquer forma, a sanção ao defeito é a mesma: nulidade (v. n. 6.6.3, abaixo).

³¹⁹ Confira-se: “O art. 166, inciso IV, do Código Civil, fala em nulidade quando o negócio ‘tiver por objetivo fraudar lei imperativa’. Contudo, remanesce a dúvida sobre o que, na seara processual, pode ser qualificado dessa forma (...). Desde logo, não é suficiente estabelecer sinonímia entre as locuções norma cogente e devido processo legal (...). Além disso, há casos em que o sistema processual afirma o caráter cogente, ao descartar que as partes possam modificar determinada regra – analogamente ao que consta da parte final do inciso VII do art. 166 do Código Civil. Há outras situações nas quais o caráter imperativo fica sugerido a partir do reconhecimento de que dada matéria é reputada de ‘ordem pública’, sujeita ao exame de ofício pelo juiz e fora do alcance da preclusão. Embora não se reconheça indefectível correspondência entre os conceitos de norma de ordem pública, de um lado, e norma cogente, de outro, a indicação legal não deixa de ser um parâmetro objetivo (...). Nesse contexto de poucas definições, sem prejuízo do que já foi ponderado, um critério a considerar é a adequação da regra processual aos escopos da jurisdição” (Flávio Luiz Yarshell, “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 9, p. 83-84).

³²⁰ Conforme, por exemplo, Leonardo Carneiro da Cunha: “Não é possível fixar, no calendário, uma data para a prolação da sentença sem observância da ordem cronológica, pois isso atinge terceiros que aguardam, na fila formada a partir das conclusões, as sentenças de seus processos. A compatibilização dessas regras pode operar-se de duas maneiras: (a) ou bem se entende que a sentença não é ato que possa ser inserido no calendário processual; (b) ou, no calendário, fica estabelecido que a sentença será proferida em audiência especificamente designada para tanto, com sua data já fixada no próprio calendário. É que a sentença proferida em audiência exclui-se da ordem cronológica (CPC, art. 12, § 1.º, I). Esta última hipótese não parece adequada, havendo o risco de se considerar como uma fraude à lei. Adotada a ordem cronológica como meio de gestão, não será possível incluir a sentença no calendário” (“Calendarização processual: negócio típico previsto no art. 191 do CPC”, n. 10, p. 309; *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 8 ao art. 191 do CPC/2015, p. 78).

Além dos vícios da vontade e dos vícios sociais tradicionalmente examinados no plano da teoria geral dos fatos jurídicos, porém, o par. ún. do art. 190 do CPC/2015 acresce à perfeição jurídica da(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais dois requisitos negativos de validade – a inserção abusiva em contrato de adesão e a manifesta situação de vulnerabilidade.

6.2.2. A inserção abusiva em contrato de adesão

O par. ún. do art. 190 do CPC/2015 impõe ao juiz o dever de recusar aplicação a negócio jurídico processual atípico inserido abusivamente em contrato de adesão. A inserção abusiva de negócio jurídico processual atípico em contrato de adesão, para o legislador, significa vício na declaração de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais do aderente e, portanto, invalidade do negócio jurídico processual.

Como se extrai do par. ún. do art. 190 do CPC/2015, não é a inserção do negócio jurídico processual atípico em contrato de adesão que, por si só, acarreta-lhe a invalidade³²¹: é necessário que a *inserção* seja *abusiva*, ou seja, é necessário que o negócio jurídico processual tenha sido inserido dissimuladamente ou impositivamente em contrato de adesão *para prejudicar o aderente*.³²²

³²¹ Conforme, por exemplo: “As *convenções processuais não estão, unicamente por sua natureza, excluídas dos contratos de adesão ou negócios jurídicos não paritários em geral*” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.4.2.2, p. 166); “*Não se veda, prévia e genericamente, o negócio processual em contrato de adesão. Em tese, é possível, cabendo apenas ao juiz controlar a validade da respectiva cláusula, recusando-lhe aplicação somente nos casos de abusividade. A simples circunstância de o contrato ser de adesão não é suficiente para que se tenha como nula ou ineficaz a cláusula que disponha sobre procedimento ou sobre regras processuais*” (Leonardo Carneiro da Cunha, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 10 ao art. 190 do CPC/2015, p. 61); “*Não há, no CPC/2015, vedação legal à inserção de convenção processual em contrato de adesão. O referido dispositivo legal reputa inválida tal inserção quando feita de modo abusivo, qualquer que seja o contrato de adesão (de consumo, de franquia, administrativo, dentre outros)*” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.2.2, p. 245).

³²² Conforme, por exemplo, Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello: “(...) *o simples fato de constar de contrato de adesão não conduz à conclusão de que deva ser rejeitada a aplicação do negócio jurídico processual: é necessário que se afira seu real poder de causar prejuízo ao comportamento processual de uma das partes, gerando-lhe iniquidade ou inferioridade de posição processual*” (*Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 355).

A abusividade é qualidade que o par. ún. do art. 190 do CPC/2015 atribui à inserção e não ao negócio jurídico processual atípico em si – o que não quer dizer, por outro lado, que a abusividade do negócio jurídico processual atípico em si seja irrelevante... Portanto, rigorosamente, o que invalida o negócio jurídico processual atípico é a sua inserção abusiva (dissimulada, imposta) em contrato de adesão.

Por isso, o controle do negócio jurídico processual atípico *no caso concreto* é imprescindível: por um lado, é possível que, embora prejudicial ao aderente, o negócio jurídico processual não tenha sido inserido de forma abusiva; por outro lado, é possível que o negócio jurídico processual tenha sido inserido de forma abusiva, mas sem prejudicar o aderente.³²³

Antonio do Passo Cabral e Diogo Assumpção Rezende de Almeida recomendam que a inserção de negócio jurídico processual atípico em contrato de adesão observe o disposto no art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996, que trata da cláusula compromissória inserida em contrato de adesão, exigindo seja “escrita em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.³²⁴

Como nota Diogo Assumpção Rezende de Almeida, porém, a razão pela qual o legislador impõe, no art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996, requisito específico para a validade de cláusula compromissória inserida em contrato de adesão - a presunção

³²³ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*Nas demais hipóteses em que a abusividade não se arrime em tipo legal específico, caberá à parte prejudicada (aderente) demonstrar a existência da abusividade e o prejuízo daí decorrente, ainda que se trate de contrato de adesão, não existindo, a priori, presunção de abusividade. Podem ser utilizados como indícios de abusividade o fato de haver sido a cláusula redigida de modo a dificultar a sua compreensão ou o de ter sido inserida em contrato de direito material sem qualquer destaque, tomando-se por base os dispositivos constantes dos arts. 46 e 54 do CDC/1990. Caso a convenção processual inserida em contrato de adesão beneficie (ou não prejudique) o aderente, não haverá abusividade apta a ensejar a decretação de sua invalidade*” (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.3.2.2, p. 247).

³²⁴ Confira-se: “*E a lei brasileira, em alguns pontos, permite-nos extrair alguns parâmetros de controle. O art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996 admite a inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão, com a exigência de que a convenção seja exposta de maneira destacada (documento anexo ou em negrito) e contenha assinatura ou visto específico da parte aderente para aquela cláusula (...). A mesma lógica pode ser aplicada a qualquer acordo processual*” (Antonio do Passo Cabral, Convenções processuais, n. 5.11.3.2, p. 372-373); “*Nos contratos de adesão, por seu turno, não há sequer pretensão de igualdade. Um contratante impõe as regras ao outro. Destarte, as cláusulas de diferendo, que são estranhas ao objeto principal do contrato, devem ser abordadas com mais cautela nessa forma de contratação, em comparação com a aferição realizada nos contratos paritários. Um exemplo de tratamento a caso semelhante pode ser extraído do ordenamento jurídico pátrio. Trata-se do art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), o qual permite a inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão, desde que se apresente de forma destacada (documento anexo ou em negrito) e contenha o visto específico para a cláusula do aderente*” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, A contratualização do processo, n. 3.6.4.2.2, p. 167).

de prejuízo - não pode ser automaticamente transportada para os demais negócios jurídicos processuais, inclusive atípicos, inseridos em contratos de adesão.³²⁵

Apesar disso, para o autor, os negócios jurídicos processuais inseridos em contratos de adesão são “lícitos” e “eficazes” desde que as suas cláusulas sejam ressaltadas “*do restante do texto, especificamente rubricadas pelo aderente e não sejam capazes de configurar obstáculo ao exercício de outros direitos processuais indisponíveis*”.³²⁶

6.2.3. A manifesta situação de vulnerabilidade

O par. ún. do art. 190 do CPC/2015 impõe ao juiz, ainda, o dever de recusar aplicação a negócio jurídico processual atípico celebrado por parte em manifesta situação de vulnerabilidade. A manifesta situação de vulnerabilidade, para o legislador, significa vício na declaração de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais do vulnerável e, portanto, invalidade do negócio jurídico processual.

Com efeito, a manifesta situação de vulnerabilidade *não retira do vulnerável a capacidade negocial processual*, mas pode impedir que a declaração de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais do vulnerável seja juridicamente

³²⁵ Confira-se, mais uma vez: “*Ainda que o destaque confira maior probabilidade de ciência do aderente acerca do que está contratando, não há garantia de que concordou com seus termos ou prevaleceu a vontade do mais forte. A jurisprudência de nossas cortes posiciona-se pela nulidade de cláusula compromissória inserida em contrato de adesão, ainda que respeitados todos os requisitos legais, ancorando-se no art. 51, inc. VII, do CDC. O fundamento da decretação de sua nulidade é a subsistência da desigualdade e seu conseqüente prejuízo ao contratante aderente, não amenizados pela inserção da cláusula em destaque ou pelo visto específico. As cláusulas de diferendo sofrem de dificuldade semelhante, mas não idêntica. O legislador considerou a cláusula compromissória lesiva ao contratante mais frágil, que aderiu às condições impostas pelo mais forte. Essa presunção decorre da ideia de que a jurisdição é mais protetiva dos interesses de grupos em posição contratual desfavorável, enquanto a arbitragem, mais afeita a demandas empresariais, não estaria imbuída da mesma sensibilidade. Assim, conquanto se prove em contrário na prática, em teoria a jurisdição oferece maiores garantias ao contratante mais frágil. Diferentemente, as convenções processuais podem representar modificações procedimentais ou disposições processuais sem que qualquer prejuízo seja causado ao aderente. É o exemplo da eleição de foro no qual tenha maior facilidade de defesa. Por tal razão, não é aceitável, como na cláusula compromissória, a presunção de prejuízo – ou ao menos de desvantagem – ao aderente em toda convenção processual” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.4.2.2, p. 167-168).*

³²⁶ Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.4.2.2, p. 168-169.

perfeita.³²⁷ Por isso, trata-se de requisito negativo de validade que pertence à perfeição jurídica da(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais.³²⁸

Ao contrário do que afirmam Lara Rafaelle Pinho Soares e Pedro Henrique Nogueira, para quem a única vulnerabilidade relevante como requisito negativo de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos é a vulnerabilidade técnico-jurídica³²⁹, o conceito de vulnerabilidade no art. 190, par. ún., do CPC/2015 é amplo:

³²⁷ Contra, confira-se: “É a capacidade processual o requisito de validade exigido para a prática dos negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190 do CPC. No caso, exige-se a capacidade processual negocial, que pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela, pois a vulnerabilidade é caso de incapacidade processual negocial” (Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.2, p. 114; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.2, p. 389); “A capacidade negocial é exigida para a celebração de todo e qualquer negócio jurídico, inclusive o processual, viabilizando a emissão de vontade apta à sua constituição. O adequado exercício do poder de autorregramento pelo sujeito pressupõe que este se insira em uma relação negocial na qual exista um mínimo de equilíbrio entre as posições dos acordantes. Do contrário, embora haja vontade consciente e autorregrada, terá sido manifestada por quem não detém capacidade negocial para fazê-lo, denotando-se a existência de vício capaz de ensejar a decretação da invalidade do negócio celebrado” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.1.3, p. 233).

³²⁸ Confira-se: “De fato, por razões diversas, a desigualdade entre os acordantes pode fazer com que a parte mais fraca, econômica ou culturalmente, seja oprimida pelo poder mais forte, emitindo uma vontade viciada (...). Sem igualdade, não há condições mínimas para o exercício da liberdade, porque as disposições convencionais terão sido assumidas num quadro em que o consentimento não foi livre e esclarecido e, portanto, fora de um espaço real e efetivo para o exercício da liberdade” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.11.3, p. 365-366); “É preciso, na verdade, verificar se os sujeitos estão em posição de um desequilíbrio tal que tenha distorcido suas manifestações de vontade. A aferição a posteriori da situação de vulnerabilidade há de estar relacionada com a ausência de manifestação de vontade livre e esclarecida” (Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 7.3, p. 280). Contra, confira-se Lara Rafaelle Pinho Soares: “(...) a vulnerabilidade não se confunde com a capacidade processual, assim como não se confunde com a manifestação livre da vontade para negociar, configurando-se como um requisito autônomo de validade do negócio jurídico processual devidamente expressado na legislação (parágrafo único do art. 190). Isso porque a capacidade processual, exigida para o negócio, é uma formalidade que gera uma aptidão ao sujeito para estar em juízo, causando, na forma expressa do caput do art. 190, a invalidade do ato. A vulnerabilidade é característica, fato, que, para negociar sobre o processo, pode ser superada, exigindo – como se verá – o prejuízo ou grande risco dele para invalidação do negócio. Nada obstante, a vulnerabilidade também não se confunde com a livre manifestação da vontade, uma vez que esta é requisito essencial para a realização do negócio, ao passo que aquela é característica que pode ou não gerar a invalidade da convenção. A posição adotada justifica-se, portanto, pela própria redação do dispositivo em comento. Isso porque o legislador, ao prever que é dever do juiz, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções processuais, estabelece que a aplicação do negócio será recusada nas hipóteses de nulidade – relativa ou absoluta, portanto -, o que afeta o plano da validade e os requisitos clássicos concernentes ao sujeito, à forma, à vontade ou ao objeto” (“A vulnerabilidade na negociação processual atípica”, n. 3.2, p. 292-293).

³²⁹ Confira-se: “A vulnerabilidade processual de negociação, por sua vez, pode ser identificada quando falta conhecimento técnico à parte. Logo, é a vulnerabilidade técnico-jurídica a que possui relevância para o negócio jurídico processual. As outras, mesmo as processuais, embora relevantes para o processo, não são importantes para a convenção, pois não representam risco para a parte celebrante que a possui” (Lara Rafaelle Pinho Soares, “A vulnerabilidade na negociação processual atípica”, n. 3.1, p. 288); “Apesar da ambiguidade do termo ‘vulnerabilidade’, a acepção ‘técnica’ ou ‘jurídica’ da

compreende as diversas espécies de vulnerabilidade juridicamente relevantes, inclusive, mas não apenas, a “vulnerabilidade técnico-jurídica”.³³⁰

A manifesta situação de vulnerabilidade a que alude o art. 190, par. ún., do CPC/2015 é aquela existente *no momento da celebração* do negócio jurídico processual atípico.³³¹ Se a situação de vulnerabilidade é *provocada* pelo negócio jurídico processual atípico, o problema é de eficácia e não de validade: pode-se eventualmente resolver o negócio jurídico processual atípico por onerosidade excessiva, nos termos dos arts. 478 a 480 do Código Civil (v. n. 7.5.5, abaixo).³³²

vulnerabilidade parece ser a mais adequada para desqualificar a validade do negócio jurídico sobre o processo (...). Conquanto haja grande variedade de ‘vulnerabilidades’ a ensejar diferentes modos de proteção pelo ordenamento jurídico do ponto de vista do direito material, é preciso cogitar de uma ‘hipervulnerabilidade negocial’ para se interpretar adequadamente a norma do art. 190, parágrafo único, do CPC/15. Isso porque o próprio enunciado normativo explicitou a necessidade de ser a vulnerabilidade ‘manifesta’. Ademais, a especificidade da negociação sobre o processo torna despicienda a preocupação de proteção de certos sujeitos que, do ponto de vista substancial, seriam carecedores de tutela (v.g., a vulnerabilidade de gênero, gestacional ou do dependente químico a priori em nada interfere na livre negociação sobre prazos, procedimento, deveres processuais por indivíduos que se achem nessas condições, se devidamente assistidos tecnicamente)” (Negócios jurídicos processuais, cap. VI, n. 7.3, p. 278-279).

³³⁰ Confira-se, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral: “Ao contrário do que normalmente se imagina, vulnerabilidade não significa apenas pobreza ou hipossuficiência econômica. A vulnerabilidade pode derivar de diversos fatores de natureza social, cultural, técnica (inclusive jurídica), tecnológica, econômica, o que se coloca também nas negociações dos acordos processuais” (Convenções processuais, n. 5.11.3, p. 366-367).

³³¹ Conforme, por exemplo, Rafael Sirangelo de Abreu: “(...) 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. A igualdade que se pretende tutelar é aquela no momento do conhecimento dos riscos inerentes ao negócio e da sua lavratura (mas não a igualdade após o insucesso da estratégia traçada) (...). 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. Se as partes podem, por meio de omissões, não desempenhar certas posições processuais durante o processo, igualmente podem abdicar dessas posições por meio de negócios processuais, sem que isso signifique qualquer afronta aos direitos fundamentais processuais. Omissões conscientes não devem ser tuteladas pelo Judiciário apenas porque significaram más escolhas estratégicas” (Rafael Sirangelo de Abreu, “A igualdade e os negócios processuais”, n. 3.2, p. 332-333). Confira-se, ainda, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.11.3.1, p. 368; Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 3.1, p. 90; Lara Rafaelle Pinho Soares, “A vulnerabilidade na negociação processual atípica”, n. 3.1, p. 290; Leonardo Carneiro da Cunha, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 9 ao art. 190 do CPC/2015, p. 60-61; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.1.3, p. 239; Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 7.3, p. 279-280.

³³² Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “Advindo situação de vulnerabilidade posterior à celebração da convenção processual (causadora de patente desequilíbrio na relação processual e apta a impedir ou dificultar a prática de atos processuais por um dos sujeitos celebrantes), esta circunstância confere lastro a que se proceda à revisão do negócio celebrado. Sendo inviável a revisão, a vulnerabilidade dará causa à sua resolução ou, quando menos, afetará o plano da eficácia do negócio jurídico” (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.3.1.3, p. 239).

Contudo, Antonio do Passo Cabral adverte que “a vontade dos acordantes na época da celebração do negócio deve ser tomada como vinculativa à luz dos riscos normais, próprios da esfera negocial, que eram previsíveis quando da manifestação do assentimento”. A teoria da imprevisão, para o autor, portanto, “não serve para corrigir a atuação negligente ou a formulação de prognósticos ruins ou açodados”.³³³

A invalidade do negócio jurídico processual atípico em razão de manifesta situação de vulnerabilidade depende (a) da demonstração de sua existência; (b) da demonstração de nexos causal entre a manifesta situação de vulnerabilidade e o vício na declaração de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais e; (c) da demonstração do prejuízo ao vulnerável.³³⁴

As presunções legais de vulnerabilidade (art. 4.º, I, do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo) estabelecem apenas *indícios* da existência de situação de vulnerabilidade, mas não dispensam, no caso concreto, a demonstração de sua manifesta existência, nem a demonstração do nexos causal entre a manifesta situação de vulnerabilidade e o vício na declaração de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais, nem a demonstração do prejuízo ao vulnerável.³³⁵

³³³ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.3.3.1, p. 406-407.

³³⁴ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “É possível que um determinado sujeito, a despeito de submetido a uma situação de vulnerabilidade, celebre negócio jurídico processual no qual a vulnerabilidade verificada não exerça qualquer influência, sendo descabida a sua alegação para o fim de fundamentar pedido de decretação de invalidade do acordo celebrado. A existência de uma situação de vulnerabilidade no momento da celebração do negócio processual é elemento necessário – mas não suficiente – ao reconhecimento dessa espécie de incapacidade processual negocial e à decretação da invalidade do pacto firmado. Imperioso haver, ainda, um prejuízo decorrente da celebração da avença e, logicamente, um nexos de causalidade entre a espécie de vulnerabilidade e o prejuízo experimentado. Assim, um vulnerável geográfico que não seja vulnerável econômico poderá sofrer ‘prejuízo’ com a celebração de convenção processual na qual assumo o integral ônus financeiro da realização de uma determinada perícia, ainda que requerida por ambas as partes (despesa que, a rigor, neste caso, deveria ser rateada entre os litigantes – art. 95 do CPC/2015). No entanto, ausente o nexos causal entre a sua vulnerabilidade e o objeto – e os efeitos – da convenção celebrada, não há que se falar em decretação de invalidade com lastro em tal vulnerabilidade” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.1.3, p. 239, nota de rodapé 150).

³³⁵ Confira-se, por exemplo: “A ausência de ‘manifesta situação de vulnerabilidade’ dos sujeitos do negócio jurídico também é requisito subjetivo de validade das convenções e sua presença deve ser analisada sempre em face de situações concretas. Não há a figura do vulnerável por presunção. O sujeito será ou não considerado em situação de vulnerabilidade a partir da relação estabelecida entre o próprio sujeito e o direito litigioso e as próprias partes” (Pedro Henrique Nogueira, “Comentários ao art. 190 do CPC/2015”, n. 12, p. 663; *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 7.3, p. 277); “Assim, apesar de ser possível estar diante de uma parte que goze de presunção material de vulnerabilidade, pode ser o caso de não existir, de fato, a desigualdade. Estar-se-ia diante de um consumidor não vulnerável processualmente. Não deixará a parte, se enquadrada no conceito legal antes estudado, de caracterizar-se como consumidor e, a seu respeito, valem os ditames do CDC como requisitos para a validade para os negócios processuais. Contudo, a análise da vulnerabilidade foi transplantada para o

Além disso, a vulnerabilidade é sempre relacional, intersubjetiva.³³⁶ Consequentemente, a demonstração de sua existência dependerá sempre da comparação entre as partes do negócio jurídico processual atípico: não basta afirmar que uma parte é vulnerável, sem demonstrar por qual motivo, sem demonstrar em relação a quem e sem comparar as partes do negócio jurídico processual atípico.

6.3. A LICITUDE, A POSSIBILIDADE E A DETERMINAÇÃO OU DETERMINABILIDADE DO OBJETO SOBRE O QUAL RECAI(EM) A(S) DECLARAÇÃO(ÕES) DE VONTADE

6.3.1. *A licitude do objeto do negócio jurídico processual atípico, sobre o qual recai(em) a(s) declaração(ões) de vontade*

A validade dos negócios jurídicos processuais atípicos depende da *perfeição jurídica dos seus elementos de existência* (v. n. 6, acima).

Portanto, a licitude do objeto (art. 104, II, do Código Civil), requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, deve necessariamente ser explicada por uma *qualidade do objeto* do negócio jurídico processual atípico. Em outros termos, qualquer qualidade que não se refira precisamente ao objeto do negócio jurídico processual atípico é irrelevante ou, pelo menos, insuficiente para lhe assegurar, sob essa perspectiva, validade.

O desafio é saber exatamente *por que* o objeto do negócio jurídico processual atípico é lícito ou ilícito: por um lado, a licitude do objeto é o ponto mais controvertido e debatido em matéria de negócios jurídicos processuais atípicos; por outro lado, é o

curso do processo, prescindindo de recurso ao direito do consumidor para a determinação de invalidade do negócio processual nesse particular. A vulnerabilidade típica do sujeito consumidor é indício de desigualdade, mas não funciona como presunção absoluta no sistema processual. Sobre esse limite do negócio processual, não restam dúvidas, recai o sistema de invalidades também processual” (Valquíria Maria Novaes Menezes, “Do negócio jurídico processual e o consumidor...”, n. 3, p. 602-603).

³³⁶ Confira-se, nesse sentido, Lorena Miranda Santos Barreiros: “A vulnerabilidade reflete uma fragilidade humana, uma espécie de incapacidade. No contexto negocial, cuida-se de característica relacional de determinadas pessoas ou grupo de pessoas, indicativa da existência de uma disparidade (desequilíbrio) entre os sujeitos que se relacionam, em violação à igualdade” (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.3.1.3, p. 233-234).

ponto menos esclarecido sobre o tema. Os autores o analisam a partir de diferentes métodos, com base em diferentes critérios e, naturalmente, chegam a diferentes resultados – cujo grau de diferença, muitas vezes, sequer permite compará-los.

6.3.1.1. O panorama doutrinário

Em matéria de licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, Lorena Miranda Santos Barreiros sustenta que “*a doutrina tem seguido caminhos distintos, dois dos quais relevam enfatizar, por serem os predominantemente adotados no Brasil*”.³³⁷ Segundo a autora, “*o primeiro caminho trilhado pela doutrina consiste em explicitar um (ou mais de um) limitador genérico, identificado por um conceito jurídico indeterminado*”; “*o segundo caminho perfilhado pela doutrina consiste no estabelecimento de diretrizes gerais para o exame da temática*”.³³⁸

O primeiro grupo reúne autores como, por exemplo, Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Flávio Luiz Yarshell, Helder Moroni Câmara, Leonardo Carneiro da Cunha e Pedro Henrique Nogueira.

Com efeito, Diogo Assumpção Rezende de Almeida afirma que “*os acordos processuais, destarte, têm seu campo de incidência restrito ao respeito ao interesse público fundamental, traduzido na ordem pública processual*”.³³⁹ Segundo o autor, a “*ordem pública processual*” compreende “*(i) a igualdade e a capacidade das partes; (ii) o contraditório e a ampla defesa; (iii) o devido processo legal; (iv) o princípio do juiz natural, a independência e a imparcialidade do julgador; (v) a fundamentação das decisões judiciais; (vi) a busca da verdade; (viii) a celeridade; (ix) a coisa julgada material*”.³⁴⁰

Pedro Henrique Nogueira, por sua vez, afirma que o objeto lícito do negócio jurídico processual é aquele que não ofende regra processual cogente ou norma

³³⁷ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.1.2, p. 253.

³³⁸ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.1.2.1 e 3.3.3.1.2.2, p. 253 e 256.

³³⁹ Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.4.1, p. 148.

³⁴⁰ Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.4.2, p. 153.

constitucional do direito processual civil ou, ainda, a “dimensão objetiva do devido processo legal”.³⁴¹ Em semelhante sentido, Helder Moroni Câmara, para quem “os negócios jurídicos processuais não poderão tratar de modificações a normas cogentes e muito menos a garantias e princípios constitucionais que orientam o processo como um todo”³⁴² e Leonardo Carneiro da Cunha, para quem “a licitude do objeto do negócio processual passa pelo respeito às garantias fundamentais do processo”³⁴³.

Leonardo Carneiro da Cunha, que se posiciona, na verdade, entre um e outro grupo, afirma, ainda, que os negócios jurídicos processuais devem observar o “espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador”, ou seja, o objeto lícito do negócio jurídico processual não pode ser sujeito a regra processual cogente ou a regra processual submetida a reserva de lei, nem “afastar regra de proteção a direito indisponível”.³⁴⁴ Em outro texto, o autor acrescenta: “é preciso investigar os limites de um negócio processual típico correlato”, porque “sempre que regular expressamente um negócio processual, a lei está a lhe delimitar os contornos”.³⁴⁵

Flávio Luiz Yarshell, por sua vez, afirma que “outro limite ao objeto do negócio processual está na sua adequação ao devido processo legal”, bem como às regras processuais cogentes, à ordem pública processual e aos escopos ou objetivos da jurisdição.³⁴⁶

³⁴¹ Confira-se: “A exigência de licitude do objeto é aplicável às convenções sobre o processo, dado o seu caráter pré-processual, assim como aos negócios processuais, dado que celebrar um pacto ou convenção contrariando regra cogente significa, ao mesmo tempo, eleger um objeto ilícito que se reconduz em contrariedade ao formalismo processual. As normas constitucionais do processo civil, inclusive os princípios, funcionam como limites objetivos aos negócios processuais e convenções sobre o processo e não se admite a prática de atos negociais que afastem suas prescrições (...). Em síntese, a dimensão objetiva do devido processo legal é um limite à negociação processual” (Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 7.5, p. 283).

³⁴² Helder Moroni Câmara, *Negócios jurídicos processuais*, n. 4.2.3.3.1, p. 110.

³⁴³ Leonardo Carneiro da Cunha, “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, n. 6, p. 71.

³⁴⁴ Leonardo Carneiro da Cunha, “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, n. 6, p. 71-72.

³⁴⁵ Leonardo Carneiro da Cunha, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 13 ao art. 190 do CPC/2015, p. 63.

³⁴⁶ Confira-se: “Outro limite ao objeto do negócio jurídico processual está na sua adequação ao devido processo legal (...). Além disso, há casos em que o sistema processual afirma o caráter cogente, ao descartar que as partes possam modificar determinada regra – analogamente ao que consta da parte final do inciso VII do art. 166 do Código Civil. Há outras situações nas quais o caráter imperativo fica sugerido a partir do reconhecimento de que dada matéria é reputada de ‘ordem pública’, sujeita ao exame de ofício pelo juiz e fora do alcance da preclusão. Embora não se reconheça indefectível correspondência entre os conceitos de norma de ordem pública, de um lado, e norma cogente, de outro,

Lorena Miranda Santos Barreiros e Antonio do Passo Cabral criticam a utilização de conceitos jurídicos indeterminados no exame da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais. A autora afirma que assim se “*amplia o âmbito de indeterminação dos limites negociais*”.³⁴⁷ Antonio do Passo Cabral, por sua vez, sustenta a impropriedade na utilização de conceitos jurídicos indeterminados como “moral”, “bons costumes” e “ordem pública processual”, esta, segundo o autor, “*dominada por uma ideologia autoritária, que pensava inclusive que os interesses estatais seriam ‘superiores’ aos interesses privados*”.³⁴⁸

Sobre a “moral” e os “bons costumes”, conceitos que o direito não define e nem poderia definir - e que tangenciam a inconstitucionalidade nos dias atuais -, Antonio do Passo Cabral afirma que esses “padrões de conduta” “*difícilmente têm guarida no quadro constitucional das sociedades plurais contemporâneas, nas quais se agasalham as diferenças, com respeito e tolerância, inclusive nos costumes da vida privada*” e questiona, retoricamente: “*será que precisamos do parâmetro dos bons*

a indicação legal não deixa de ser um parâmetro objetivo (...). Nesse contexto de poucas definições, sem prejuízo do que já foi ponderado, um critério a se considerar é a adequação da regra processual aos escopos da jurisdição” (Flávio Luiz Yarshell, “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 8 e 9, p. 82-84).

³⁴⁷ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.1.2.3, p. 260.

³⁴⁸ Confira-se: “*No direito positivo nacional, não há precisão a respeito do conceito ou mesmo do conteúdo do que seria a ‘ordem pública’. Tampouco há pistas a respeito da ‘ordem pública processual’, se é que essa poderia ser diferenciada da ‘ordem pública’ em geral (...). Em nossa opinião, trata-se de uma opção, data venia, fadada ao fracasso. Não é preciso deter-se muito no critério para verificar que examinar a ordem pública pelas lentes da distinção entre norma cogente e dispositiva, ou pela hierarquia das normas (se são constitucionais ou não) ao invés de apontar para o conteúdo da ordem pública, remete o jurista a outros parâmetros vagos que também não tiveram sucesso na doutrina (...). Em todas essas vertentes, o conceito de ordem pública afigura-se muito dependente de questões político-ideológicas, por vezes atinentes à moral, à ética e até a questões religiosas e, portanto, não é circunscrito por aspectos puramente normativos. Devemo-nos afastar dessas pré-concepções equivocadas, porque muitas normas processuais nada têm que ver com aspectos morais, políticos ou sociais da nação brasileira (...). Por todo o exposto, não há uma clara compreensão a respeito da definição de ‘ordem pública’ ou ‘ordem pública processual’, que encontra diversas acepções tanto no direito internacional quanto no direito interno e tem aplicação com pouco grau de certeza. Assim, na impossibilidade de identificar um conteúdo minimamente preciso para a ‘ordem pública processual’, a vagueza normativa do conceito torna-o inviável para servir como um bom limitador aos acordos processuais. Por fim, cabe dizer que a utilização da ‘ordem pública’ por vezes parece dominada por uma ideologia autoritária, que pensava inclusive que os interesses estatais seriam ‘superiores’ aos interesses privados, e que pudessem suplantar e esmagar o indivíduo, um absurdo total se pensarmos no quadro das conquistas do séc. XX no campo dos direitos fundamentais. Trata-se, a toda evidência, de uma concepção que parte da premissa superada do antagonismo entre público e privado no processo, pregando uma disputa exclusivista entre estes interesses, ao invés do equilíbrio no paradigma da cooperação*” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.10.2.6, p. 351, 353-355 e 359-360).

*costumes? Será que, ao analisar a admissibilidade ou validade de um acordo processual, é esse o critério adequado?*³⁴⁹

Marcela Kohlbach de Faria, ainda sobre a utilização de conceitos jurídicos indeterminados no exame da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, adverte que se deve “*evitar a adoção de parâmetros que possam dar margem à vedação de negócios processuais que não geram qualquer prejuízo à consecução do objetivo final do processo*”; portanto, de acordo com a autora, não é adequado “*criar limites demasiadamente fluidos e amplos de modo a restringir demasiadamente a aplicação do artigo 190*”.³⁵⁰

O segundo grupo reúne autores como, por exemplo, Antonio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr., Guilherme Henrique Lage Faria e Lorena Miranda Santos Barreiros.

Antonio do Passo Cabral propõe “limites gerais para controle do objeto dos acordos processuais”: a reserva de lei (“*nestes espaços, a vontade das partes não lhes autoriza, por acordo, criar uma regra que pudesse derogar a norma legal*”)³⁵¹; a boa-fé e a cooperação (“*ao celebrarem um negócio jurídico processual, as partes devem sempre agir de acordo com os princípios da boa-fé e da cooperação*”)³⁵²; a igualdade e o equilíbrio (“*a isonomia entre os convenientes deve ser um limite genérico para a validade dos acordos processuais*”)³⁵³; o custo-benefício (“*não se pode permitir, portanto, que os acordos e contratos gerem externalidades*”)³⁵⁴.

Segue-o, com ressalva, Lorena Miranda Santos Barreiros.³⁵⁵

³⁴⁹ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.10.2.4, p. 345-346.

³⁵⁰ Marcela Kohlbach de Faria, “Licitude do objeto das convenções processuais”, n. 2, p. 357-358.

³⁵¹ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.11.1, p. 361.

³⁵² Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.11.2, p. 363.

³⁵³ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.11.3, p. 365.

³⁵⁴ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.11.4, p. 376.

³⁵⁵ Confira-se: “*Nessa linha, os parâmetros apresentados pelos doutrinadores Fredie Didier Junior, Leonardo Carneiro da Cunha e Antonio do Passo Cabral conferem balizas para a atuação judicial no enfrentamento da temática da licitude do objeto dos negócios processuais. Faz-se a ressalva, apenas, de relação ao primeiro doutrinador, quanto à diretriz segundo a qual a negociação somente seria possível em causas que admitam solução por autocomposição. No particular, adere-se aos posicionamentos sufragados por Loïc Cadet, na França, e Eduardo Talamini, no Brasil, segundo os quais tal requisito seria dispensável em acordos sobre o procedimento. Quanto às diretrizes estabelecidas por Antonio do Passo Cabral, registra-se que a proteção à situação de vulnerabilidade, por ele soerguida como parâmetro para aferição da licitude do objeto da convenção processual, é*

Fredie Didier Jr., por sua vez, propõe “diretrizes gerais”: “*na dúvida deve admitir-se o negócio processual*”, ou seja, *in dubio pro libertate*; o processo deve versar sobre causas que admitam autocomposição (art. 190 do CPC/2015); “*somente é possível negociar comportamentos lícitos*”; deve-se observar o objeto dos negócios jurídicos processuais típicos; deve-se observar a reserva de lei; não “*afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível*”; não inserção abusiva em contrato de adesão; possibilidade de previsão de sanções adicionais ao descumprimento do negócio jurídico processual atípico.³⁵⁶

Seguem-no, sem e com ressalvas, respectivamente, Guilherme Henrique Lage Faria e Lorena Miranda Santos Barreiros.³⁵⁷

Do panorama doutrinário exposto, pelo menos duas conclusões são obtidas.

Em primeiro lugar, que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados como “ordem pública processual”, “garantias constitucionais ou fundamentais do processo”, “norma cogente” etc. não explica a licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, porque são, naturalmente, conceitos excessivamente amplos. O objeto do negócio jurídico processual jamais será “o devido processo legal” ou “a busca da verdade”, por exemplo. Como visto, o objeto do negócio jurídico processual atípico é uma situação jurídica processual ou o procedimento (v. n. 5.3, acima).

Em segundo lugar, que a previsão de “diretrizes gerais” para o exame da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, embora em geral útil, muitas vezes é contaminada por diretrizes que não qualificam exatamente o objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos - como, por exemplo, a boa-fé e a cooperação, a igualdade e o equilíbrio, a não inserção abusiva em contrato de adesão ou a possibilidade de previsão de sanções adicionais ao descumprimento do negócio jurídico processual.

tratada neste trabalho como requisito subjetivo de validade, concernente à capacidade do celebrante” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.1.2.3, p. 260).

³⁵⁶ Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.3, p. 116-119; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.3, p. 391-394.

³⁵⁷ Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 3.2, p. 93-99; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.1.2.3, p. 260.

Conforme melhor examinado mais adiante (v. n. 6.3.1.3, abaixo), a noção de “disponibilidade” é imprescindível para aferir a licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos: trata-se de conceito mais restrito e que pode qualificar diretamente o objeto do negócio jurídico processual atípico. Portanto, é necessário buscar enunciar em termos gerais o que atribui a uma situação jurídica processual ou ao procedimento a qualidade da disponibilidade e, portanto, da licitude.

Com efeito, Antonio do Passo Cabral, por exemplo, afirma que no exame da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais é desnecessária a noção de “disponibilidade”, sobre a qual *“não há qualquer uniformidade conceitual, nem na doutrina especializada, nem na jurisprudência”*, porque o art. 190 do CPC/2015 alude a processos que versam “sobre direitos que admitam autocomposição”, expressão mais ampla e genérica.³⁵⁸

Contudo, ao propor método para solucionar conflito entre o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo e outro princípio fundamental afetado pelo negócio jurídico processual, o autor inevitavelmente recorre à noção de “disponibilidade”: *“identificada a garantia processual afetada, deve-se enxergar sua margem de disponibilidade”*, pois *“seria impensável uma disposição ou renúncia absoluta e incondicional às garantias fundamentais do processo”*.³⁵⁹

6.3.1.2. A (in)disponibilidade da tutela jurisdicional - “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição” (art. 190 do CPC/2015)

Segundo o art. 190 do CPC/2015, “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição”, as partes podem celebrar negócio jurídico processual atípico válido. *A contrario sensu*, se o processo versar sobre direitos que não admitam

³⁵⁸ Confira-se: *“Em resumo, não há qualquer uniformidade conceitual, nem na doutrina especializada, nem na jurisprudência, acerca do que seria a disponibilidade sobre o processo. Não obstante, à luz do CPC/2015, não se faz necessário perquirir o que significaria ‘disponibilidade’ para sindicat o objeto dos acordos processuais. De fato, ao tratar da cláusula geral de convencionalidade processual, e ao contrário da Lei de Arbitragem, o CPC de 2015 utiliza a expressão ‘direitos que admitam autocomposição’, muito mais genérica e abrangente”* (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.10.2.1, p. 339).

³⁵⁹ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.12.2.3, p. 384-385.

autocomposição, eventual negócio jurídico processual atípico que a ele se refira será inválido.

Os direitos que admitem autocomposição são todos aqueles direitos que, para serem reconhecidos, exercidos, concretizados etc. não dependem de intervenção do Poder Judiciário. São direitos aos quais corresponde a *disponibilidade da tutela jurisdicional*. Os titulares de direitos que admitem autocomposição não são obrigados a recorrer ao Poder Judiciário para que esses direitos sejam reconhecidos, exercidos, concretizados etc.³⁶⁰

Em síntese, de acordo com Eduardo Talamini, a “*autocomposição abrange qualquer modalidade de solução extrajudicial do litígio*”.³⁶¹

³⁶⁰ Conforme, por exemplo, Eduardo Talamini: “*Nem sempre a autocomposição é atingida por meio de um ato de renúncia a pretensões e direitos (o que pressupõe disponibilidade do direito material). Por vezes, a autocomposição é reflexo da constatação, pelo sujeito envolvido no litígio, de que ele não tem razão, total ou parcialmente, naquilo que vinha pretendendo. Toda vez que alguém constata que sua posição é insubsistente no conflito, em princípio, é possível (e desejável pelo ordenamento) que chegue a uma composição com o adversário. Apenas muito excepcionalmente o ordenamento veda que alguém que constata não ter razão chegue, ela mesma, a uma composição com o adversário. Nesses casos excepcionais, há indisponibilidade não do direito material, mas da pretensão de tutela judicial: é obrigatório submeter a causa ao Judiciário (exemplos: defesa em face da acusação penal, falência, suspensão de direitos por improbidade administrativa...)” (“A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais...”, n. 11, p. 103; “Um processo pra chamar de seu...”, n. 3.2, p. 5). Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.3.2, p. 516. Confira-se, mais uma vez, Eduardo Talamini, sob a perspectiva dos direitos da Administração Pública: “*Tome-se como exemplo o dever de a Administração indenizar os prejuízos indevidamente causados ao particular. Exemplifique-se ainda com o dever que a Administração tem de anular os próprios atos ilegítimos praticados em detrimento da esfera jurídica de particulares (Lei 9.784/1999, art. 53 c/c art. 55). Considere-se igualmente o dever que a Administração contratante tem de recompor os contratos administrativos, inclusive quando a equação econômico-financeira estiver desequilibrada em desfavor do particular contratado. O art. 65, IV, d, da Lei 8.666/1993 prevê a celebração de alteração contratual destinada a recompor o equilíbrio. A despeito da redação literal da regra, o dispositivo encerra um dever – não uma faculdade – da Administração Pública de promover o reequilíbrio, através de ato consensual com o contratado. Tudo isso pode e deve ser feito independentemente de ingresso em juízo. Nesse ponto, cabe fazer o contraste com determinadas situações de direito material para as quais o processo judicial é verdadeiramente indispensável. O exemplo normalmente lembrado é o da persecução penal. Vigora o princípio da necessidade do processo penal. Por mais que o acusado esteja convencido de que é culpado e deve ser punido, é indispensável um processo judicial para tanto. O mesmo se passa no âmbito civil, com determinadas situações que envolvem o estado das pessoas, tais como a separação judicial, o divórcio ou mesmo a falência e a insolvência. Em todos esses casos, a ação judicial é necessária; o processo judicial é indispensável. Não basta a própria parte reconhecer que não tem razão, que deve, que é culpada... Apenas uma sentença judicial poderá produzir o resultado devido. Nessas hipóteses, há a indisponibilidade não do direito material, mas da ação – ou melhor, da solução jurisdicional. Há a necessidade da intervenção judicial” (“A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais...”, n. 4, p. 87).**

³⁶¹ Eduardo Talamini, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais...”, n. 11, p. 103; “Um processo pra chamar de seu...”, n. 3.2, p. 5. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.3.2, p. 516.

Os direitos que admitem autocomposição se contrapõem, portanto, àqueles direitos que, em menor número, somente podem ser reconhecidos, exercidos, concretizados etc. através do Poder Judiciário.³⁶² Aos direitos que não admitem autocomposição correspondem casos de *indisponibilidade da tutela jurisdicional*, como, por exemplo, a interdição (art. 747 e seguintes do CPC/2015), o divórcio ou a separação de casal que possui filho incapaz (arts. 733 do CPC/2015) etc.

O único meio de obter a interdição de alguém ou o divórcio ou a separação de casal que possui filho incapaz é através do Poder Judiciário. Ainda que haja consenso entre todos os envolvidos, o resultado somente se obtém através de decisão do Poder Judiciário. A *tutela jurisdicional*, portanto, é *indisponível*: os direitos não admitem autocomposição. Os envolvidos não podem obter o mesmo resultado por outro meio, distinto da tutela jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário.

Os direitos que admitem autocomposição são aqueles, portanto, aos quais corresponde a *disponibilidade da tutela jurisdicional*. Os direitos que admitem autocomposição são a grande maioria dos direitos: a disponibilidade da tutela jurisdicional é a regra; a indisponibilidade da tutela jurisdicional, por sua vez, é a exceção. Em geral, os direitos podem e devem ser reconhecidos, exercidos, concretizados etc. independentemente de intervenção do Poder Judiciário.³⁶³

Os direitos que admitem autocomposição não se confundem, porém, com os direitos disponíveis, patrimoniais ou não, pois existem direitos indisponíveis que admitem autocomposição: o Ministério Público, na defesa de interesses sociais e individuais *indisponíveis* (art. 127 da Constituição Federal), pode, por exemplo,

³⁶² Contudo, não se pode concordar com Lorena Miranda Santos Barreiros, para quem esses casos seriam raros. Confira-se: “*Embora não se exclua, em tese, a possibilidade de existência de um direito que não admita autocomposição, a casuística processual civil não apresenta, quanto ao ponto, exemplos de fácil identificação. Partindo-se da premissa de que o descabimento de autocomposição implica a concomitante inviabilidade de renúncia do direito, de transação e de admissão (reconhecimento jurídico do pedido), conclui-se que, se vista apenas em sua função de limite objetivo à celebração de negócios processuais, a expressão legal ‘direito que admita autocomposição’ beira à inutilidade*” (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.3.3.1.1, p. 253).

³⁶³ Confira-se, mais uma vez, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “(...) a *garantia da inafastabilidade não implica dever de o jurisdicionado sempre submeter-se à jurisdição. Ele é livre para exercer tal direito. Em regra, a intervenção judicial não é obrigatória, quando houver consenso entre as partes do conflito quanto a resolvê-lo de outro modo. É por isso que a arbitragem e os modos autocompositivos de solução dos litígios normalmente são legítimos. Isso já é reconhecido de há muito pelo STF e está também explicitado no art. 3.º do CPC/2015*” (Curso avançado de processo civil, vol. 1, n. 3.4, p. 75).

celebrar Termo de Ajustamento de Conduta (art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985), *independentemente de intervenção do Poder Judiciário*.³⁶⁴

Em outros termos, o Ministério Público, a quem a Constituição Federal atribui a função de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), pode celebrar Termo de Ajustamento de Conduta, independentemente da intervenção do Poder Judiciário. O Ministério Público, através do Termo de Ajustamento de Conduta, dispõe, ainda que de forma condicionada, da tutela jurisdicional. Os direitos podem ser indisponíveis, mas admitem autocomposição.

Nesse sentido, ainda, o art. 1.º da Lei 9.307/1996 prevê que a arbitragem pode ser utilizada como meio de solução de litígio que envolva “direitos patrimoniais disponíveis”; trata-se do requisito objetivo de arbitrabilidade do litígio. Contudo, pode-se interpretar o art. 1.º da Lei 9.307/1996 no sentido de que o requisito objetivo de arbitrabilidade do litígio se satisfaz se o litígio envolve direitos que admitam autocomposição, sejam eles disponíveis ou indisponíveis.³⁶⁵

³⁶⁴ Conforme, por exemplo: “A possibilidade de disposição sobre direitos coletivos existe, mas é restrita, pois o próprio direito coletivo não é de todo transacionável. Não obstante, alguns instrumentos legais permitem uma margem de negociação no que tange ao tempo e modo de cumprimento das obrigações legais. Dentre eles, o mais conhecido e utilizado é o termo de ajustamento de conduta (previsto no art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985) (...). Parece-nos evidente que há negociação nas ações coletivas no que tange ao modo e ao tempo da reparação do dano coletivo, sempre com vistas à máxima efetividade da tutela destes interesses. Nesse sentido, ainda que indisponíveis em algum grau, este dado não impede a negociação” (Antonio do Passo Cabral, “A Resolução 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”, n. 4, p. 716-717); “Não se devem confundir os direitos patrimoniais disponíveis, opção conceitual da Lei 9.307/1996, art. 1.º, para o uso da arbitragem, com os direitos que admitam autocomposição, noção mais abrangente, pois mesmo os direitos indisponíveis podem ser objeto de negociação, e frequentemente o são, quanto ao modo de cumprimento, tal como se passa nos compromissos de ajustamento de conduta. Além disso, mesmo direitos teoricamente indisponíveis (por exemplo, direito subjetivo a alimentos) comportam transação quanto ao valor, vencimento e forma de satisfação. Direitos difusos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conquanto sejam indisponíveis, não repelem, quando postos em litígio, a celebração de negócios processuais, ou até mesmo de convenções sobre o processo anteriormente à litispendência, como sucederia nos compromissos de ajustamento de conduta (Lei 7.347/1985, art. 5.º, § 6.º) que contemplassem disposições relacionadas ao procedimento ou aos ônus, direitos, faculdades e deveres dos envolvidos, pois se não é possível a disposição do próprio direito em si, permite-se a transação, no mínimo, sobre o modo da respectiva satisfação” (Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 7.1, p. 273).

³⁶⁵ Conforme, por exemplo: “Para respondê-la, deve-se retomar a distinção das duas acepções de ‘indisponibilidade’ originadas propriamente do direito material: na primeira delas, a ‘indisponibilidade’ põe-se como vedação à renúncia de um direito existente; na segunda, a ‘indisponibilidade’ configura-se como proibição de espontaneamente se reconhecer que não se tem razão e se submeter voluntariamente ao direito alheio: apenas a jurisdição poderá dizer quem tem razão e aplicar as consequências jurídicas cabíveis. Essa hipótese é mais bem definida como sendo de ‘necessariedade de intervenção jurisdicional’ ou indisponibilidade da pretensão de tutela judicial. Reitere-se: apenas a ‘indisponibilidade’ na primeira dessas duas acepções em regra incide – e dentro de certos limites – sobre as relações de direito público propriamente ditas. Na segunda acepção, a ‘indisponibilidade’ é

Com efeito, parte-se da seguinte premissa: se as partes podem solucionar o litígio que envolve direitos que admitem autocomposição independentemente da intervenção Poder Judiciário, podem solucioná-lo através da arbitragem, ainda que os direitos sejam indisponíveis. Assim, pode-se interpretar o art. 1.º da Lei 9.307/1996 para compreender o requisito objetivo de arbitrabilidade do litígio como requisito que se satisfaz se ele envolve direitos que admitem autocomposição.

À base dessa distinção entre direitos que admitem autocomposição e direitos disponíveis está a ideia de que *ao dispor da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, não se dispõe do direito material envolvido no litígio*: eleger a arbitragem como meio de solução do litígio não significa dispor do direito material envolvido no litígio. Portanto, a tutela jurisdicional pode ser disponível, ainda que o direito material envolvido no litígio seja indisponível. As partes, por exemplo, ao escolherem a arbitragem, não dispõem de seus direitos materiais, como se a eles renunciassem.

De qualquer forma, nota-se que a disponibilidade da tutela jurisdicional não tem relação, em regra, com o objeto do negócio jurídico processual atípico. Em geral, a disponibilidade da tutela jurisdicional é noção que não atribui ao objeto do negócio jurídico processual atípico (situações jurídicas processuais e procedimento) a qualidade de (i)licitude: trata-se, apenas, de uma qualidade da tutela jurisdicional como um todo.³⁶⁶

*excepcional inclusive no âmbito do direito administrativo. Limita-se, no direito público e no direito privado, a casos específicos. O princípio geral – repita-se – é o de que o Poder Público tem o dever de cumprir obrigações e respeitar direitos alheios independentemente de intervenção jurisdicional. E é apenas essa segunda acepção da ‘indisponibilidade’ que tem relevo para a aferição do cabimento da arbitragem. Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo” (Eduardo Talamini, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais...”, n. 10.1, 96-97); “A opção pela arbitragem será admissível toda vez que não houver norma impondo a necessidade da intervenção do juiz estatal (como há, por exemplo, para o julgamento de causas criminais, para a decretação de falência, para a solução de questões relativas ao estado da pessoa, para a aplicação das penas de improbidade ao agente público etc.). Enfim, pode-se adotar o processo arbitral sempre que a pretensão de tutela judicial (i.e., o direito de submeter ao Judiciário uma pretensão ou uma defesa) for disponível. É nesse sentido que se deve interpretar a referência que a lei faz a ‘direitos... disponíveis’ como pressuposto da opção arbitral (art. 1.º, caput, da Lei 9.307/1996)” (Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 4.5.4, p. 117-118).*

³⁶⁶ Conforme, por exemplo, Renata Cortez Vieira Peixoto: “Assim é que, a nosso ver, a limitação constante do caput do art. 190, que restringe a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais aos feitos que versem sobre direitos que admitam a autocomposição não tem razão de ser, porquanto vincula a negociação sobre as normas processuais à viabilidade de solução consensual sobre o direito material, que não será, em regra, objeto do negócio processual. As limitações que devem ser observadas são as que se relacionem à eventual impossibilidade de modificação das normas processuais, as quais constituirão o núcleo do negócio jurídico processual. Inúmeros negócios jurídicos

Portanto, a admissibilidade da autocomposição (“versar o processo sobre direitos que admitam autocomposição”) e a consequente disponibilidade da tutela jurisdicional não explicam a licitude do objeto do negócio jurídico processual atípico. Exatamente por isso, Eduardo Talamini reconhece que “*a fórmula geral utilizada para a definição do pressuposto objetivo dos negócios processuais, admissibilidade de autocomposição, ora diz menos, ora diz mais do que deveria*”.³⁶⁷

Em verdade, a admissibilidade da autocomposição e a consequente disponibilidade da tutela jurisdicional pouco ou nada dizem sobre a licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos.

Em tese, é possível imaginar tanto, por um lado, negócio jurídico processual atípico que se refere a processo que *verse sobre direitos que admitem autocomposição*, mas que possui *objeto ilícito* (permissão para utilização de provas ilícitas, por exemplo), quanto, por outro lado, negócio jurídico processual atípico que se refere a processo que *verse sobre direitos que não admitem autocomposição*, mas que possui *objeto lícito* (distribuição convencional dos ônus de sucumbência).

Portanto, a (in)disponibilidade da tutela jurisdicional é irrelevante para a validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, sob a perspectiva de seu objeto, pois não atribui a este a qualidade de lícito ou ilícito. Obviamente, ressalvam-se os casos em que o objeto do negócio jurídico processual é, precisamente, a tutela jurisdicional, da qual as partes dispõem.

Assim, por exemplo, são inválidos, por ilicitude do objeto, negócio jurídico processual atípico através do qual casal com filho incapaz retire do Poder Judiciário a jurisdição sobre seu divórcio ou separação, ainda que consensuais e; convenção através da qual as partes escolhem a arbitragem para a solução de litígio penal. Em ambos os casos, dispõem da tutela jurisdicional indisponível.

Contudo, embora a (in)disponibilidade da tutela jurisdicional seja irrelevante para licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, o legislador a

processuais típicos são admitidos – e já o eram antes do vigência do CPC/2015 – sem que seja necessário fazer qualquer correlação com a viabilidade de solução consensual do litígio, a exemplo da possibilidade de desistência do recurso (art. 998) e da suspensão convencional do processo (art. 313, II)” (“Negócios jurídicos processuais penais atípicos...”, n. 3, p. 470).

³⁶⁷ Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 6, p. 9. Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.6, p. 519.

elegeu como requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos: o art. 190 do CPC/2015 é expresso nesse sentido. A opção político-legislativa pode ser criticada, porque, como visto, não há razão para afastar, em abstrato, a validade de negócios jurídicos processuais atípicos que se referem a processos que versam sobre direitos que não admitem autocomposição: em regra, o objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos não é a tutela jurisdicional, indisponível nesses casos.³⁶⁸

Em negócios jurídicos processuais, dispõe-se, em regra, *sobre* a tutela jurisdicional (de ou sobre situações jurídicas processuais e/ou de ou sobre o procedimento) e não *da* tutela jurisdicional. Com efeito, dispor *sobre* a tutela jurisdicional é diferente de dispor *da* tutela jurisdicional.³⁶⁹

No direito processual penal, por exemplo, a tutela jurisdicional é, pelo menos nas ações penais públicas, indisponível: ainda que o acusado confesse a prática do crime e aceite a pena independentemente da intervenção do Poder Judiciário, a sanção ao crime pressupõe tutela jurisdicional. O direito envolvido no litígio, portanto, não admite autocomposição, no sentido de disponibilidade da tutela jurisdicional.

Mas a indisponibilidade da tutela jurisdicional penal não impede nem mesmo a previsão legal de negócio jurídico processual típico no direito processual penal: por exemplo, a colaboração premiada (arts. 4.º e seguintes da Lei 12.850/2013), através da qual o acusado negocia sua colaboração com a instrução probatória, suspendendo-se, eventualmente, o curso do processo penal.³⁷⁰

³⁶⁸ Contra, confira-se Fredie Didier Jr.: “*Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição*” (“Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.3, p. 117; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.3, p. 392).

³⁶⁹ Contudo, existem casos nos quais a pretexto de dispor *sobre* a tutela jurisdicional, as partes dispõem *da* tutela jurisdicional: cogite-se de negócio jurídico processual atípico cujo objeto seja o direito processual de ação (situação jurídica processual) para modificá-lo, condicionando o seu exercício à concordância prévia da parte contrária, sob pena de não conhecimento da ação ou, ainda; de negócio jurídico processual atípico cujo objeto seja a forma em sentido estrito da petição inicial (procedimento) para modificá-la, limitando a petição inicial a número irrisório e, por isso, inobservável de páginas. A pretexto de dispor sobre a tutela jurisdicional, as partes dispõem da tutela jurisdicional. Se a tutela jurisdicional for indisponível, porque os direitos envolvidos no litígio não admitem autocomposição, o negócio jurídico processual é inválido, sob a perspectiva do seu objeto. Se a tutela jurisdicional for disponível, o negócio jurídico processual é válido, mas poderá não ser eficaz.

³⁷⁰ Confira-se: “*A colaboração premiada é um negócio jurídico (...). A vontade das partes também atua no âmbito da eficácia do negócio, na escolha do seu conteúdo eficaz, dentro dos limites traçados. O*

A previsão em lei da colaboração premiada é a demonstração de que *não há incompatibilidade em tese entre a indisponibilidade da tutela jurisdicional e a celebração de negócios jurídicos processuais, inclusive atípicos* - pois, embora a colaboração premiada seja negócio jurídico processual típico, é prevista no art. 4.º da Lei 12.850/2013 em termos significativamente abertos.

De lege ferenda, portanto, seria recomendável a alteração da redação do art. 190 do CPC/2015 para dele excluir o trecho inicial “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição”. O negócio jurídico processual atípico cujo objeto seja a tutela jurisdicional *indisponível* para *dela* dispor será, ainda assim, inválido; em contrapartida, negócios jurídicos processuais atípicos, em tese válidos, poderão se referir a processos que versam sobre direitos que não admitem autocomposição.

Contudo, respeitada a opção político-legislativa realizada no art. 190 do CPC/2015, a validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, sob o ponto de vista *objetivo* (mas não de seu *objeto*), depende da disponibilidade da tutela jurisdicional. A disponibilidade da tutela jurisdicional, portanto, é *requisito objetivo de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos*.

Segundo Eduardo Talamini, dos negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais (v. n. 3.3.3, acima) não se exige esse requisito objetivo de validade. A (in)disponibilidade da tutela jurisdicional, nesses casos e de acordo com o autor, é irrelevante.³⁷¹ Considera-se, todavia, que o legislador não deixou espaço para essa interpretação do art. 190 do CPC/2015.

ordenamento deixa, aqui, espaço para o exercício do autorregramento, que, como todo espaço para o autorregramento, é limitado pelo próprio sistema. As partes negociam e definem a prestação de colaboração, que passa a ser devida, justamente, em razão do negócio. Há, assim, definição de consequência jurídica e do seu conteúdo (...). Demais disso, do ato de escolha das partes pode decorrer a suspensão do procedimento investigativo ou do processo penal (com a suspensão de prazo prescricional) a fim de que, durante o prazo de suspensão, sejam cumpridas as medidas de colaboração (...). Por fim, cuida-se de contrato de natureza mista: nele, a vontade atua na definição e escolha de categorias jurídicas processuais e materiais. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual e material” (Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim, “Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013)...”, n. 2, p. 119, 121-122 e 125).

³⁷¹ Confira-se: “*Há um conjunto de avenças que podem ser qualificadas como de alcance meramente procedimental. São negócios jurídicos que não interferem propriamente sobre direitos, deveres, poderes ou ônus processuais. Versam sobre aspectos puramente formais, de rito (...). Tais convenções não implicam nenhum significativo afastamento do modelo processual judiciário. Por isso, são admissíveis mesmo em casos que não comportam autocomposição*” (Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 6.1, p. 10). Confira-se, ainda, em Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.6.1, p. 519.

Em conclusão, a expressão “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição” (art. 190 do CPC/2015) não explica, como enunciado geral, a (i)licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, porque a ele não atribui qualidade que assegure sua perfeição jurídica. Apesar disso, a disponibilidade da tutela jurisdicional é, no direito processual civil brasileiro, *requisito objetivo de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos*.

6.3.1.3. A disponibilidade (licitude) do objeto do negócio jurídico processual atípico, sobre o qual recai(em) a(s) declaração(ões) de vontade

6.3.1.3.1. Introdução

Se a (in)disponibilidade da tutela jurisdicional não explica a licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos (v. n. 6.3.1.2, acima) e se a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de “diretrizes gerais” para o exame da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos não satisfaz (v. n. 6.3.1.1), cumpre identificar o que confere licitude ao objeto do negócio jurídico processual atípico.

O objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos é lícito se *disponível*.³⁷² A disponibilidade, qualidade que, por sua vez, atribui ao objeto do negócio jurídico processual atípico a qualidade da licitude, pode ser tanto a disponibilidade *da* situação jurídica processual ou *do* procedimento quanto a disponibilidade *sobre* a situação jurídica processual ou *sobre* o procedimento.

No primeiro caso (disponibilidade *da* situação jurídica processual ou *do* procedimento), a disponibilidade é sinônimo de renúncia: há disponibilidade quando à situação jurídica processual ou ao procedimento o sujeito pode *renunciar* (abdicar, desistir, descartar etc.).

³⁷² Conforme, por exemplo, Diogo Assumpção Rezende de Almeida: “*Tanto a transação como a convenção processual representam a prática de atos dispositivos concordantes. Aquela, porém, tem por objeto o direito material, enquanto este, o direito processual. A disponibilidade do direito é pressuposto da transação e da convenção processual, já que, por óbvio, não se pode dispor do que é indisponível*” (A contratualização do processo, n. 3.7, p. 185).

No segundo caso (disponibilidade *sobre* a situação jurídica processual ou *sobre* o procedimento), a disponibilidade é sinônimo de modificação: há disponibilidade quando a situação jurídica processual ou o procedimento o sujeito pode *modificar* (transformar, alterar, mudar etc.).

Confira-se, nesse sentido, Pontes de Miranda:

Se a perda ou a modificação do direito emana de vontade do seu titular, ou de outrem, a quem caiba o poder de perder, ou de modificar, embora seja o titular quem perca, ou sofra a modificação, diz-se que há disposição (...). Para se poder dispor, é preciso que se tenha o poder de disposição.³⁷³

Cumpra, portanto, saber em quais hipóteses o sujeito pode renunciar a situação jurídica processual ou ao procedimento (dispor *de*) e em quais hipóteses o sujeito pode modificar situação jurídica processual ou o procedimento (dispor *sobre*). Em síntese, trata-se de saber *o que*, no objeto do negócio jurídico processual atípico, confere ao sujeito poder de renúncia (disponibilidade *de*) e poder de modificação (disponibilidade *sobre*).

6.3.1.3.2. O poder de renúncia (disponibilidade *de*)

O poder de renúncia (disponibilidade *de*) em relação às *situações jurídicas processuais* existe em se tratando de situação jurídica processual ativa (ônus processual, poder processual em sentido estrito, direito processual e faculdade processual) (v. n. 5.3.1, acima). Se a situação jurídica processual ativa existe em função de determinado interesse, o sujeito dele titular pode a ela renunciar.³⁷⁴

O sujeito pode renunciar a conduta que dele é exigida em seu próprio interesse (ônus processuais), assim como pode renunciar a condutas permitidas que existem em seu próprio interesse (poderes processuais em sentido estrito, direitos

³⁷³ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. V, § 588, p. 385-386.

³⁷⁴ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “No que tange às situações jurídicas neutras e de vantagem, sobretudo direitos e faculdades, entende-se que as partes podem celebrar acordos processuais que as tenham como objeto, tanto para incrementar sua esfera jurídica quanto para abdicar de situações vantajosas. De fato, a autonomia compreende não apenas a possibilidade de assumir obrigações, mas também o direito de renunciar às situações favoráveis: beneficia non obtruduntur” (*Convenções processuais*, n. 5.10, p. 333).

processuais e faculdades processuais). As situações jurídicas processuais ativas são, portanto, objetos lícitos de negócios jurídicos processuais atípicos.

Assim, por exemplo, *sob a perspectiva da licitude do objeto*, são válidos negócios jurídicos processuais atípicos através dos quais a parte renuncia à(ao): ônus processual de contestar; poder processual em sentido estrito de denunciar a lide a terceiro; direito processual de provar a verdade dos fatos por todos os meios legais e moralmente legítimos; faculdade processual de dar ao ato processual forma livre.

Em contrapartida, as situações jurídicas processuais passivas não são disponíveis, porque em relação a elas não há poder de renúncia. As situações jurídicas processuais passivas são condutas exigidas de alguém no interesse alheio (deveres processuais) ou estados de sujeição decorrentes do exercício de poder processual em sentido estrito por outro (sujeições processuais).³⁷⁵

Assim, por exemplo, *sob a perspectiva da licitude do objeto*, são inválidos negócios jurídicos processuais atípicos através dos quais a parte renuncia à(ao): dever processual de se comportar com boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015); sujeição processual decorrente da litispendência (art. 240 do CPC/2015).

Naturalmente, seria possível argumentar que a situação jurídica processual passiva se extingue se o titular da situação jurídica processual ativa a ela correlata a ela renuncia. Contudo, nesse caso, renuncia-se à *situação jurídica processual ativa*; apenas reflexamente (e nem sempre) se extingue a situação jurídica processual passiva a ela correlata.³⁷⁶

³⁷⁵ Conforme, mais uma vez, Antonio do Passo Cabral: “A sujeição é a ‘impossibilidade de querer com eficácia’, uma situação passiva ligada ao poder jurídico que implica uma necessidade de obedecer. Por este motivo, parece-nos não serem admissíveis negócios processuais que tenham sujeições como objeto. Deveres (ou obrigações) correspondem a uma restrição à vontade: são expressões de ‘não-liberdade’, estabelecidos por normas impositivas ou proibitivas. Em relação aos deveres, talvez pela simples constatação de tratar-se de situações de desvantagem, alguns autores rejeitam peremptoriamente a possibilidade de que as partes, por negócio, pudessem deliberar sobre eles. De nossa parte, entendemos que é possível que haja acordos processuais sobre os deveres. Claro que o negócio jurídico não pode afastar deveres processuais legalmente estabelecidos, tais como o dever de lealdade, boa-fé ou o dever de veracidade, porque estabelecidos em nome da retidão do uso dos instrumentos processuais pelos sujeitos do processo. Por exemplo, convenções que autorizem a testemunha a mentir, ou que permitam a interposição de recurso protelatório, seriam inválidas” (Convenções processuais, n. 5.10, p. 333-334).

³⁷⁶ Por exemplo, a renúncia ao poder processual de ação, situação jurídica processual ativa que é disponível, provoca a extinção da situação jurídica processual passiva a ela correlata, a sujeição processual, que é indisponível. Contudo, nem sempre a renúncia a situação jurídica processual ativa provoca a extinção da situação jurídica processual passiva a ela correlata. Cogite-se, por exemplo, de

Por sua vez, o poder de renúncia (disponibilidade *de*) em relação ao *procedimento* existe se o ordenamento jurídico processual confere ao sujeito que a ele renuncia diferentes possibilidades procedimentais.³⁷⁷ O procedimento, como ato complexo e organizado de atos processuais, é indisponível: ninguém pode se submeter a processo desordenado e o Poder Judiciário não pode o conduzir.³⁷⁸

negócio jurídico processual atípico através do qual as partes renunciam ao direito processual que cada uma possui a que se correlaciona o dever processual de cada uma de se comportar com boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015). O problema é de eficácia e não de validade do negócio jurídico processual atípico (v. n. 7.2, abaixo), mas demonstra que, quando a situação jurídica processual passiva é conduta exigida em função de interesses alheios de titularidades diversas, sua extinção depende de renúncia por todos os titulares dos interesses em função dos quais a conduta é exigida. Em tese, sob a perspectiva da licitude do objeto, o negócio jurídico processual atípico em exame, através do qual as partes renunciam ao direito processual a que a parte adversa se comporte com boa-fé no processo, é válido, mas não é eficaz ao ponto de extinguir o dever processual de se comportar com boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015), que existe também em função do interesse da atividade jurisdicional. Consequentemente, ainda que as partes celebrem negócio jurídico processual atípico através do qual renunciem ao direito processual que cada uma possui a que se correlaciona o dever processual de cada uma de se comportar com boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015), o dever processual de se comportar com boa-fé no processo não se extingue: o juiz permanece titular do poder-dever processual de reprimir a litigância de má-fé (arts. 81 e 139, III, do CPC/2015). Enunciado 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

³⁷⁷ Confira-se, nesse sentido: “São inválidas também convenções que impliquem em renúncia a certos procedimentos quando nenhum outro mecanismo fosse viável para a tutela do direito material (p. ex., renúncia à tutela coletiva em causas referentes a direitos individuais homogêneos, nas quais os indivíduos não tivessem interesse econômico em perseguir individualmente o direito)” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.12.2.3, p. 389); “O ponto de partida para a aceitação do acordo de procedimento está na ideia de que ao autor é lícito, em certas situações, escolher o rito da demanda a ser ajuizada. Trata-se aí de poder de autorregramento da vontade, que não pode ser desprezado. Para as hipóteses em que é dado ao demandante optar por um ou outro procedimento, não haveria justificativa para recusar que essa opção fosse estabelecida consensualmente, entre autor e réu. De fato, como o autor pode decidir, unilateralmente, se vai ajuizar uma demanda sob o rito ordinário ao invés do rito sumário, ou uma ação ordinária no lugar de uma ação monitoria, não há razão para recusar validade a um negócio jurídico cujo objeto seja justamente essa escolha” (Pedro Henrique Nogueira, “Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro”, n. 5, p. 101); “A escolha do procedimento pode ser um negócio jurídico unilateral feito pelo autor ao ajuizar a demanda. Não raro estará o demandante autorizado pelo sistema a optar por um dentre dois ou mais procedimentos admissíveis para a tutela do direito subjetivo material afirmado (para se pleitear o reconhecimento de um crédito fiscal pode-se ajuizar uma ‘ação’ ordinária, mas se revela admissível também o ajuizamento de mandado de segurança, v.g.). Esse ato de escolha configura um negócio jurídico processual unilateral (...). Para as hipóteses em que pelo sistema é dado ao demandante optar por um ou outro procedimento, não haveria justificativa para recusar que essa opção fosse estabelecida consensualmente entre autor e réu” (Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 3.1, p. 264-265).

³⁷⁸ Conforme, por exemplo, Guilherme Henrique Lage Faria: “No direito processual, o leito onde são assegurados os princípios constitucionais em determinada sociedade é o procedimento, traçado em conformidade com as técnicas adequadas para implementá-los em plenitude. Nessa perspectiva, o procedimento se revela como espinha dorsal do formalismo, haja vista que, considerando as premissas da sistemática processual instituídas pela Constituição Federal de 1988, é impensável o processo sem distribuição de poderes entre seus sujeitos (...). O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento (...). Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu

Por isso, o sujeito pode renunciar ao procedimento se o ordenamento jurídico processual lhe confere outra possibilidade procedimental. Com efeito, é o que ocorre, por exemplo, na relação entre o procedimento especial da ação monitória e o procedimento comum do processo de conhecimento: sob a perspectiva da licitude do objeto, é válido negócio jurídico processual atípico através do qual o sujeito renuncia ao procedimento comum do processo de conhecimento, submetendo-se exclusivamente ao procedimento especial da ação monitória.

6.3.1.3.3. O poder de modificação (disponibilidade *sobre*)

O poder de modificação (disponibilidade *sobre*) de situações jurídicas processuais e do procedimento, por fim, tende a ser mais amplo em perspectiva horizontal do que o poder de renúncia (disponibilidade *de*) às situações jurídicas processuais e ao procedimento. Afinal, pode existir poder de modificação de situações jurídicas processuais e do procedimento não apenas nos casos em que existe o poder de renúncia a situações jurídicas processuais e ao procedimento, mas também nos casos em que o poder de renúncia *não* existe.

Contudo, se, por um lado, o poder de modificação tende a ser mais amplo em perspectiva horizontal do que o poder de renúncia, por outro lado, em perspectiva vertical, é mais complexo enunciar em termos gerais em quais hipóteses o sujeito possui poder de modificação de situação jurídica processual ou do procedimento. Em outros termos, é mais complexo saber o que, no objeto do negócio jurídico processual atípico, confere ao sujeito poder de modificação sobre situações jurídicas processuais e procedimento.

Em relação às situações jurídicas processuais, em princípio, existe poder de modificação sobre *situação jurídica processual ativa*, pela mesma razão segundo a qual existe poder de renúncia a ela (porque existe no interesse de seu titular – v. n.

devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada” (Negócios processuais..., n. 6.7, p. 206-207).

6.3.1.3.2, acima). O poder de modificação sobre situações jurídicas processuais ativas *não existe*, porém, nos casos em que a matéria se submete a *reserva de lei*.³⁷⁹

O ônus processual de alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro (art. 63, § 4.º, do CPC/2015), por exemplo, é situação jurídica processual ativa. O sujeito dele titular pode a ele renunciar (poder de renúncia; disponibilidade *do* ônus processual). O sujeito dele titular pode em tese o modificar, até o limite, porém, em que o seu poder de modificação não mais existe, porque a matéria se submete a reserva de lei.

Por isso, é inválido, sob a perspectiva da licitude do objeto, negócio jurídico processual atípico através do qual a parte modifique o ônus processual de alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro para permitir o seu desempenho em qualquer momento no curso do processo. O poder de modificação, nesse caso, não mais existe, porque a matéria se submete a reserva de lei.

O poder processual em sentido estrito de denunciar a lide a terceiro (art. 125 do CPC/2015), por exemplo, é situação jurídica processual ativa. O sujeito dele titular pode a ele renunciar (poder de renúncia; disponibilidade *do* poder processual em sentido estrito). O sujeito dele titular pode em tese o modificar, até o limite, porém, em que o seu poder de modificação não mais existe, porque a matéria se submete a reserva de lei.

Por isso, é inválido, sob a perspectiva da licitude do objeto, negócio jurídico processual atípico através do qual a parte modifique o poder processual em sentido estrito de denunciar a lide a terceiro para permitir o seu desempenho em qualquer momento no curso do processo. O poder de modificação, nesse caso, não mais existe, porque a matéria se submete a reserva de lei.

O direito processual de recorrer, por exemplo, é situação jurídica processual ativa. O sujeito dele titular pode a ele renunciar (poder de renúncia; disponibilidade *do*

³⁷⁹ *Sob a perspectiva da eficácia* do negócio jurídico processual atípico, o poder de modificação de situação jurídica processual ativa é limitado, por um lado, pela criação ou intensificação de situação jurídica processual passiva a ela correlata, quando aquele sobre quem ela recai não possui poder de modificação ou não declara vontade de o exercer; por outro lado, é limitado pela extinção ou redução de situação jurídica processual passiva a ela correlata que existe em função de interesses de titularidades diversas, quando um destes titulares não tem poder de modificação ou não declara vontade de o exercer.

direito processual). O sujeito dele titular pode em tese o modificar, até o limite, porém, em que o seu poder de modificação não mais existe, porque a matéria se submete a reserva de lei.

Por isso, é inválido, sob a perspectiva da licitude do objeto, negócio jurídico processual atípico através do qual a parte modifique o direito processual de recorrer para criar, modificar ou extinguir espécies recursais e suas respectivas hipóteses de cabimento. O poder de modificação, nesse caso, não mais existe, porque a matéria se submete a reserva de lei.³⁸⁰

A faculdade processual de dar ao ato processual forma livre, por exemplo, é situação jurídica processual ativa. O sujeito dele titular pode a ele renunciar (poder de renúncia; disponibilidade *da* faculdade processual). O sujeito dele titular pode em tese o modificar, até o limite, porém, em que o seu poder de modificação não mais existe, porque a matéria se submete a reserva de lei.

Por isso, é inválido, sob a perspectiva da licitude do objeto, negócio jurídico processual atípico através do qual a parte modifique a faculdade processual de dar ao ato processual forma livre para ampliá-la a atos processuais para os quais a lei prevê forma específica. O poder de modificação, nesse caso, não mais existe, porque a matéria se submete a reserva de lei.

Em contrapartida, não existe poder de modificação sobre as *situações jurídicas processuais passivas* para reduzi-las, pela mesma razão segundo a qual não existe poder de renúncia a elas (porque são condutas exigidas no interesse alheio ou

³⁸⁰ Conforme, por exemplo: “A solução deste questionamento encontra-se no princípio da taxatividade dos recursos, segundo o qual somente são considerados como recursos aqueles indicados, em rol taxativo, pela lei federal (...). Se o legislador determinou a existência somente dos determinados recursos previstos em lei, de modo a limitar as possibilidades de revisão das decisões de primeiro grau, já que uma sentença não poderia ser impugnada ilimitadamente, não seria lógico ou razoável que fosse permitido às partes do processo criar novas modalidades recursais atreladas aos seus interesses particulares, ainda que por convenção. Tratando-se de matéria de reserva legal, portanto, não há como se cogitar a possibilidade de negociação processual em torno dela” (Júlia Lipiani e Marília Siqueira, “Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal”, n. 3.1, p. 623-625); “De saída, entendemos que as partes não poderão criar novas modalidades recursais. Justificamos tal negativa em razão da adoção do clássico princípio da taxatividade que arremonta os nossos recursos cíveis. O rol do art. 994 é fechado” (Sabrina Dourado, “Negócios processuais na esfera recursal”, n. 5, p. 545). O negócio jurídico processual através do qual a(s) parte(s) renuncia(m) ao direito processual de recorrer *não é um negócio jurídico sobre espécies recursais e sobre suas hipóteses de cabimento*: as espécies recursais previstas no art. 994 do CPC/2015 continuam a existir, assim como as suas hipóteses de cabimento, nos exatos termos previstos em lei. A renúncia ao direito processual de recorrer é, apenas, *fato extintivo do direito processual de recorrer* (pressuposto de admissibilidade recursal intrínseco negativo) e, por isso, impede o conhecimento do recurso.

estados de sujeição decorrentes do exercício de poder processual em sentido estrito por outro – v. n. 6.3.1.3.2, acima).³⁸¹ Contudo, o poder de modificação das situações jurídicas processuais passivas existe para criá-las ou intensificá-las.³⁸²

Assim, por exemplo, *sob a perspectiva da licitude do objeto*, são inválidos negócios jurídicos processuais atípicos através dos quais a parte reduz o seu dever processual de se comportar com boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015) ou reduz a sujeição processual decorrente da litispendência (art. 240 do CPC/2015), mas são válidos negócios jurídicos processuais atípicos através dos quais a parte intensifique suas situações jurídicas processuais passivas.³⁸³

Naturalmente, seria possível argumentar que a situação jurídica processual passiva é reduzida se o titular da situação jurídica processual ativa a ela correlata a modifica. Contudo, nesses casos, modifica-se a *situação jurídica processual ativa*; apenas reflexamente (e nem sempre) se reduz a situação jurídica processual passiva.³⁸⁴

³⁸¹ Conforme, por exemplo, Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello: “*Já quanto aos deveres processuais, há evidente preponderância do caráter público: os arts. 77 e 78 do NCPC estabelecem uma gama de condutas que têm que ser cumpridas e respeitadas pelas partes em nome da própria higidez da relação processual. O cumprimento de comandos judiciais e o dever de expor os fatos com veracidade são, à toda evidência, impassíveis de disposição. Por força do art. 190 do NCPC, portanto, não reputamos ser possível a pactuação de negócio jurídico processual que tenha por objeto deveres processuais imperativos impostos às partes, sob pena de ser-lhe ilícito o objeto*” (*Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 356).

³⁸² Confira-se, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral: “*Em relação aos deveres, talvez pela simples constatação de tratar-se de situações de desvantagem, alguns autores rejeitam peremptoriamente a possibilidade de que as partes, por negócio, pudessem deliberar sobre eles. De nossa parte, entendemos que é possível que haja acordos processuais sobre os deveres. Claro que o negócio jurídico não pode afastar deveres processuais legalmente estabelecidos, tais como o dever de lealdade, boa-fé ou o dever de veracidade, porque estabelecidos em nome da retidão do uso dos instrumentos processuais pelos sujeitos do processo. Por exemplo, convenções que autorizem a testemunha a mentir, ou que permitam a interposição de recurso protelatório, seriam inválidas. Mas daí a concluir que não são possíveis convenções que deliberem sobre os deveres parece-nos um exagero. É que o acordo das partes pode criar novas obrigações processuais para além daqueles deveres legalmente disciplinados. Os acordos podem também reforçar os deveres previstos na legislação, p. ex., ampliando as sanções para a prática da conduta indesejada*” (*Convenções processuais*, n. 5.10, p. 333-334).

³⁸³ Contra, confira-se Flávio Luiz Yarshell: “*Sem resolver o problema e sem qualquer pretensão de esgotamento ou de imutabilidade (pela considerável dificuldade de se tratar o tópico de forma geral e, mais do que isso, desvinculada de determinada situação específica), parece lícito identificar limites à convenção das partes em relação ao seguinte: (...) e) ampliar o rol das condutas caracterizadoras de litigância de má-fé; f) criar sanções processuais para repressão de litigância de má-fé ou de atos atentatórios à dignidade da justiça*” (“*Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*”, n. 9, p. 84).

³⁸⁴ Assim, por exemplo, a modificação do poder processual de ação, situação jurídica processual ativa, que é disponível, pode provocar a redução da situação jurídica processual passiva a ela correlata, a

O poder de modificação do procedimento tende a ser mais amplo do que o poder de renúncia ao procedimento, porque existe não só nos casos em que existe o poder de renúncia, mas também nos casos em que não existe o poder de renúncia; por outro lado, o poder de modificação do procedimento é menos amplo do que o poder de renúncia e do que o poder de modificação das e sobre as situações jurídicas processuais ativas, porque o procedimento, como ato complexo e organizado de atos processuais, é indisponível: ninguém pode se submeter a processo desordenado e o Poder Judiciário não pode o conduzir (v. n. 6.3.1.3.2, acima).

A indisponibilidade do procedimento como ato complexo e organizado de atos processuais repercute em regra sobre a realização ou não de cada ato no processual no curso do processo, sobre seu encadeamento, sobre sua forma, sobre seu tempo e sobre seu lugar. Portanto, grande parte do procedimento, considerado agora como a soma dos atos processuais que são praticados no curso do processo, existe em função de interesses de titularidades diversas. Consequentemente, grande parte do procedimento constitui matéria que se submete a *reserva de lei*, casos em que o poder de modificação não mais existe.

Assim, *sob a perspectiva da licitude do objeto*, o poder de modificação do procedimento *não existe* nos casos em que a matéria se submete a *reserva de lei*, assim como ocorre com o poder de modificação das situações jurídicas processuais ativas. A diferença, que faz com que o poder de modificação do procedimento seja

sujeição processual, que é indisponível. Contudo, nem sempre a modificação da situação jurídica processual ativa provoca a redução da situação jurídica processual passiva a ela correlata. Cogite-se, por exemplo, de negócio jurídico processual atípico através do qual as partes modificam o direito processual que cada uma possui a que se correlaciona o dever processual de cada uma de se comportar com boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015) para reduzi-lo (excluir hipóteses de litigância de má-fé). O problema é de eficácia e não de validade do negócio jurídico processual atípico (v. n. 7.2, abaixo), mas demonstra que, quando a situação jurídica processual passiva é conduta exigida em função de interesses alheios de titularidades diversas, sua redução depende de modificação por todos os titulares dos interesses em função dos quais a conduta é exigida. Em tese, sob a perspectiva da licitude do objeto, o negócio jurídico processual atípico em exame, através do qual as partes modificam o direito processual a que a parte adversa se comporte com boa-fé no processo, é válido, mas não é eficaz ao ponto de reduzir o dever processual de se comportar com boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015), que existe também em função do interesse da atividade jurisdicional. Consequentemente, ainda que as partes celebrem negócio jurídico processual atípico através do qual modifiquem o direito processual que cada uma possui a que se correlaciona o dever processual de cada uma de se comportar com boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015), o dever processual de se comportar com boa-fé no processo não se reduz: o juiz permanece titular do poder-dever processual de reprimir a litigância de má-fé (arts. 81 e 139, III, do CPC/2015). Enunciado 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

menor, é que grande parte dos atos processuais, cuja realização ou não, encadeamento, forma, tempo e lugar são previstas em lei, existem em função de interesses de titularidades diversas. Conseqüentemente, grande parte do procedimento constitui matéria que se submete a *reserva de lei*, casos em que o poder de modificação não existe: são objetos ilícitos.³⁸⁵

6.3.1.3.4. O poder de modificação vs. a reserva de lei

A *reserva de lei* retira dos sujeitos o *poder de modificação*.³⁸⁶ Quando a matéria se submete a reserva de lei, a única modificação de situação jurídica processual ou do procedimento válida é aquela autorizada pela lei ou proveniente da lei. Em geral, o ordenamento jurídico submete matérias à reserva de lei quando compõem o núcleo essencial de um princípio fundamental ou garantia fundamental e, por essa razão, existem em função de interesses de titularidades diversas.

Isso não significa que se possa confundir a noção de “reserva de lei” com a noção de “princípio fundamental” ou com a noção de “garantia fundamental”, nem mesmo com a noção de “devido processo legal”. Compor o núcleo essencial de um princípio fundamental ou garantia fundamental é condição necessária, porém não suficiente, para que a matéria se submeta a reserva de lei e, portanto, constitua objeto ilícito de negócio jurídico processual atípico.

Obviamente, como se vê, a noção de “reserva de lei” não é absolutamente ou precisamente definida e não é e nem poderia ser um objetivo dessa dissertação de mestrado a definir em termos gerais. Em termos gerais, o que importa é identificar por

³⁸⁵ *Sob a perspectiva da eficácia* do negócio jurídico processual atípico, o poder de modificação do procedimento é limitado, por um lado, pela criação ou intensificação de situação jurídica processual passiva a ele correlata, quando aquele sobre quem ela recai não possui poder de modificação ou não declara vontade de o exercer; por outro lado, é limitado pela redução de situação jurídica processual passiva a ele correlata que existe em função de interesses de titularidades diversas, quando um destes titulares não tem poder de modificação ou não declara vontade de o exercer.

³⁸⁶ Confira-se, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.11.1, p. 361; Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.3, p. 118; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.3, p. 393; Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 3.2, p. 95; Leonardo Carneiro da Cunha, “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, n. 6, p. 72; *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 13 ao art. 190 do CPC/2015, p. 63.

que uma matéria se submete a reserva de lei, retirando dos sujeitos poder de modificação; portanto, por que uma matéria constitui objeto ilícito de negócio jurídico processual atípico.

A noção de “reserva de lei” empregada nessa dissertação de mestrado poderia ser substituída por qualquer outra, desde que a nova noção se refira precisamente ao objeto do negócio jurídico processual atípico (v. n. 6.3.1, acima). O que verdadeiramente se pretende é afirmar a imprescindibilidade de uma noção que se refira precisamente ao objeto do negócio jurídico processual atípico (e a inutilidade de uma noção sem a mesma qualidade).

De qualquer forma, a noção de “reserva de lei” é mais adequada do que a noção de “regra processual cogente”, por exemplo e por duas razões: é noção com contornos mais bem definidos na doutrina brasileira de direito processual civil, que a estuda com aparente maior naturalidade do que a noção de “regra processual cogente”; é noção tradicionalmente mais restrita e mais coerente, portanto, com o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo (v. n. 3.5.1, acima).

Além disso, se as regras processuais negociais são fontes do direito processual civil ao lado das regras processuais positivas (v. n. 3.5.2, acima), é mais adequado examinar a licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, sob a perspectiva do poder de modificação, a partir dos casos em que a única modificação de situação jurídica processual ou do procedimento válida é aquela autorizada pela lei ou proveniente da lei.

6.3.1.3.5. O conflito entre princípios processuais fundamentais

Contudo, inevitavelmente existem casos em que embora exista disponibilidade, tanto como poder de renúncia (disponibilidade *de*) quanto como poder de modificação (disponibilidade *sobre*), o seu exercício, com fundamento no princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, conflita com outro princípio fundamental do direito processual civil.

Com efeito, segundo Antonio do Passo Cabral, além dos “limites internos” a que a validade do negócio jurídico processual se submete, existe um “limite externo”,

“que se lhes coloca em razão da previsão concomitante de outros direitos fundamentais correlatos, que podem entrar em colisão com a liberdade dos convenientes e impor restrições”.³⁸⁷

Obviamente, não há solução em abstrato para o conflito: não se pode nem afirmar que sempre prevalecerá o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, nem que sempre prevalecerá o outro princípio fundamental do direito processual civil conflitante. Como solucionar conflito entre princípios fundamentais, porém, é problema metodologicamente bem solucionado no direito brasileiro.

Antonio do Passo Cabral propõe, nesse sentido, método que compreende três etapas: em primeiro lugar, trata-se de *“identificar os direitos fundamentais envolvidos no ato de disposição”*; em segundo lugar, trata-se de identificar se o negócio jurídico processual atípico pode ser *“enquadrado em um grupo convencional que inclua um negócio tipicamente legislado”*, caso em que as regras processuais aplicáveis ao negócio jurídico processual típico poderão ser aplicadas também ao negócio jurídico processual atípico; em terceiro lugar, trata-se de assegurar que o negócio jurídico processual atípico não afete o núcleo de direitos fundamentais processuais.³⁸⁸

Como afirma Lorena Miranda Santos Barreiros, *“esse método consiste, em última análise, em uma ponderação entre valores subjacentes a direitos fundamentais supostamente conflitantes”*, quais sejam, o princípio do autorregramento da vontade das partes, de um lado; de outro lado, o princípio fundamental supostamente afetado pelo negócio jurídico processual atípico. Segundo a autora, *“saber se houve ou não mácula ao núcleo essencial do direito fundamental processual atingido pelo acordo significa ponderá-lo com a liberdade, a fim de se concluir pela manutenção ou não da convenção celebrada”*.³⁸⁹

Assim, pode-se organizar o método de solução do conflito entre o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo com outros princípios fundamentais que eventualmente sejam afetados pelo negócio jurídico processual atípico em três etapas: a primeira, a etapa da identificação dos princípios

³⁸⁷ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.12.2, p. 380.

³⁸⁸ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.12.2, p. 380 e 383-384.

³⁸⁹ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.1.2.3, p. 260.

fundamentais em conflito; a segunda, a etapa da avaliação dos efeitos que cada solução possível é capaz de gerar; a terceira, a ponderação dos princípios fundamentais em conflito, de modo que um prevaleça sobre o outro apenas na medida do estritamente necessário (proporcionalidade em sentido estrito).

Afirmou-se, por exemplo, que sob a perspectiva da licitude do objeto, é válido negócio jurídico processual atípico através do qual a parte, com fundamento no princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, renuncie ao ônus processual de contestar (v. n. 6.3.1.3.2, acima), mas, se o negócio jurídico processual atípico em exame é prévio (v. n. 3.3.4, acima), seria possível afirmar a existência de um conflito entre o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo com o princípio do contraditório e da ampla defesa.³⁹⁰

Se prevalecer o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, o negócio jurídico processual atípico deve ser considerado existente, válido e eficaz e eventual contestação apresentada pela parte que renunciou ao ônus processual de contestar desconsiderada. Se prevalecer o princípio do contraditório e da ampla defesa, o negócio jurídico processual atípico deve ser considerado inválido ou, pelo menos, ineficaz e a eventual contestação apresentada pela parte que renunciou ao ônus processual de contestar considerada.

A segunda solução dá prevalência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, mas *sacrifica completamente* o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo. A primeira solução dá prevalência ao princípio do autorregramento da vontade das partes no processo e sacrifica apenas na medida do estritamente necessário o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Afinal, apesar da renúncia ao ônus processual de contestar, o sujeito poderá participar do processo e exercer situações jurídicas processuais ativas; não poderá

³⁹⁰ Confira-se, nesse sentido, Diogo Assumpção Rezende de Almeida: “*Nesse ponto encontram-se os direitos mais caros ao ordenamento processual. A previsão e a atuação do direito ao contraditório e à ampla defesa refletem a exigência mínima do Estado Democrático de Direito (...). É do desejo das partes a concretização dessas garantias constitucionais, que lhes possibilite perseguir os demais direitos afirmados na lei. Mas o contraditório e a ampla defesa alcançam outro patamar. Compete ao Estado viabilizar o seu gozo pelos jurisdicionados ainda que eles mesmos não demonstrem a intenção de fazê-lo. Em outras palavras, as partes não podem dispor de tais direitos por tratar-se de direitos processuais indisponíveis. A indisponibilidade a que me refiro é a prévia, ou seja, não é lícita a disposição pelas partes dos direitos ao contraditório e à ampla defesa antes de saberem sobre o que devem manifestar-se e defender-se*” (A contratualização do processo, n. 3.6.4.2.3, p. 169).

contestar, mas poderá requerer a produção de provas e controlar o regular desenvolvimento da relação jurídica processual; a renúncia ao seu ônus processual de contestar não o impede de, a qualquer tempo, indicar a existência de determinados defeitos, por exemplo – assim como ocorre com o réu revel.

6.3.1.4. A (in)disponibilidade do direito material

Até aqui, a análise tanto da (in)disponibilidade da tutela jurisdicional (v. n. 6.3.1.2, acima) quanto da (in)disponibilidade do objeto do negócio jurídico processual atípico (v. n. 6.3.1.3, acima) não dependeu da análise da (in)disponibilidade *do direito material*. Isso, porque *é irrelevante a (in)disponibilidade do direito material*, sob a perspectiva da licitude do objeto de negócio jurídico processual atípico.³⁹¹⁻³⁹²

O objeto do negócio jurídico processual atípico é uma situação jurídica processual ou o procedimento (v. n. 5.3, acima). Assim como quando se dispõe *da* tutela jurisdicional não se dispõe do direito material (v. n. 6.3.1.2, acima), quando se dispõe de ou sobre situação jurídica processual ou procedimento não se dispõe do ou sobre o direito material. Portanto, a indisponibilidade do direito material é irrelevante, sob a perspectiva da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos.

Em verdade, como afirma Lorena Miranda Santos Barreiros, uma das razões pelas quais o art. 190 do CPC/2015 prevê como requisito objetivo de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos a admissibilidade de autocomposição é

³⁹¹ Confira-se, por exemplo, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.10.2.2, p. 339-342; Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.7, p. 186; Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 3.2, p. 5-6; Flávio Luiz Yarshell, “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 7, p. 81-82; Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.3, p. 117; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.3, p. 392; Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 3.2, p. 93-94; Leonardo Carneiro da Cunha, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 13 ao art. 190 do CPC/2015, p. 63; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.1, p. 248-253; Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 27.3.2, p. 516; Marcela Kohlbach de Faria, “Licitude do objeto das convenções processuais”, n. 3.1, p. 359; Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 7.1, p. 273-274.

³⁹² Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

precisamente demonstrar a irrelevância da (in)disponibilidade do direito material para fins de validade do negócio jurídico processual atípico.³⁹³

Contudo, podem existir casos em que a disposição de ou sobre situação jurídica processual ou procedimento pressupõe poder de disposição de direito material. Cogite-se, por exemplo, de negócio jurídico processual atípico através do qual a parte renuncie à situação jurídica processual ativa correlata ao direito material de exercer a *exceção de contrato não cumprido*.

O objeto do negócio jurídico processual atípico em si é lícito e o negócio jurídico processual atípico em si é válido.³⁹⁴ Contudo, a *eficácia* do negócio jurídico processual atípico pressuporá a *disponibilidade em sentido amplo* do direito material.³⁹⁵ Em sentido amplo, disponibilidade a compreender a validade e a eficácia da disposição do direito material.

Destaque-se: trata-se de problema de eficácia e não de validade do negócio jurídico processual atípico.³⁹⁶ A *eficácia* do negócio jurídico processual atípico depende, nesse caso, da *disponibilidade em sentido amplo* do direito material. A

³⁹³ Confira-se: “*Sua importância, porém, pode ser aferida à vista de duas outras funções que também lhe são próprias. A primeira caracteriza-se como função simbólica de reforço ao amplo cabimento do instituto da negociação processual e está associada à segunda e mais importante: a função hermenêutica, consistente em impedir que se imponha como limite objetivo à negociação processual a indisponibilidade do direito material*” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.1.1, p. 253).

³⁹⁴ Contra, em termos, confira-se Antonio do Passo Cabral: “*É possível estabelecer um modal, vedando o uso do argumento por um certo período de tempo (restrição a termo) ou condicionando a alegação de defesa em um determinado processo ao cumprimento da prestação devida pela parte. Mas não é possível eliminar tout court a possibilidade de alegação: ainda que depois do termo ou em outro processo, ou depois de cumprida a prestação, a alegação deve ser viável. Portanto, é inválida uma cláusula solve et repete que vede alegações de contraditórios (que são situações jurídicas de vantagem que só se exercem em defesa; são exemplos a alegação de prescrição, a exceção de contrato não cumprido, a compensação, o direito de retenção), por impedir completamente seu exercício*” (*Convenções processuais*, n. 5.12.2.3, p. 388).

³⁹⁵ Conforme, por exemplo, Diogo Assumpção Rezende de Almeida: “*Estaria o contratante, com efeito, dispondo do direito material de forma velada, pela disposição de direito processual essencial à concretização do direito indisponível. Nessa hipótese, a indisponibilidade do direito material, afetada pelo pacto celebrado pelas partes, é capaz de tornar ineficaz a convenção processual*” (*A contratualização do processo*, n. 3.7, p. 187).

³⁹⁶ Contra, confira-se Lorena Miranda Santos Barreiros: “*Em suma, a circunstância de se admitir a celebração de negócios processuais em feitos cujo objeto verse sobre direitos indisponíveis não deverá implicar qualquer prejuízo a estes, já que a não afetação do direito material indisponível é componente da licitude do objeto do acordo processual*” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.1.1, p. 252).

excepcionalidade do exemplo, porém, apenas confirma a regra geral de que é irrelevante a (in)disponibilidade do direito material.

Em idêntico sentido, o art. 373, § 3.º, do CPC/2015 proíbe a distribuição convencional do ônus da prova se “recair sobre direito indisponível da parte”. Segundo o destaque de Robson Renault Godinho, isso ocorre precisamente porque “*as regras envolvendo o ônus da prova podem afetar diretamente o direito que se pretende ver tutelado*”.³⁹⁷

Segundo o autor, o que o art. 373, § 3.º, do CPC/2015 pretende evitar “*é uma forma oblíqua de impedir a tutela do direito, sem que disso tenha efetiva consciência a parte*”.³⁹⁸ Em outros termos, trata-se de impedir a disposição de direito material indisponível *através da* distribuição convencional do ônus da prova. De qualquer forma, trata-se apenas de outro exemplo que confirma a regra geral exposta.

6.3.1.5. Conclusão parcial

A licitude do objeto (art. 104, II, do Código Civil), requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, deve necessariamente ser explicada por uma *qualidade do objeto* do negócio jurídico processual atípico. Em outros termos, qualquer qualidade que não se refira precisamente ao objeto do negócio jurídico processual atípico é irrelevante ou, pelo menos, insuficiente para lhe assegurar, sob essa perspectiva, validade.

A admissibilidade da autocomposição (“versar o processo sobre direitos que admitam autocomposição”) e a conseqüente disponibilidade da tutela jurisdicional não explicam a licitude do objeto do negócio jurídico processual atípico. Contudo, o legislador condicionou a validade dos negócios jurídicos processuais atípicos à disponibilidade da tutela jurisdicional: o art. 190 do CPC/2015 é expresso nesse sentido.

³⁹⁷ Robson Renault Godinho, *Negócios processuais...*, cap. VI, n. 6, p. 257.

³⁹⁸ Robson Renault Godinho, *Negócios processuais...*, cap. VI, n. 6, p. 258.

De lege ferenda, portanto, seria recomendável a alteração da redação do art. 190 do CPC/2015 para dele excluir o trecho inicial “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição”. Contudo, respeitada a opção político-legislativa realizada no art. 190 do CPC/2015, a disponibilidade da tutela jurisdicional é requisito objetivo de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos.

O objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos é lícito se disponível. A disponibilidade, qualidade que, por sua vez, atribui ao objeto do negócio jurídico processual atípico a qualidade da licitude, pode ser tanto a disponibilidade *da* situação jurídica processual ou *do* procedimento quanto a disponibilidade *sobre* a situação jurídica processual ou *sobre* o procedimento.

A título de conclusão parcial, pode-se propor um método de exame da licitude do objeto e, portanto, de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos sob essa perspectiva. O método não assegura resposta correta, nem única, mas permite a comparação dos diferentes resultados obtidos: permite a identificação do exato ponto em que duas interpretações diversas se afastam.

Assim, com o método a seguir proposto, pretende-se contribuir para a racionalização e objetivação dos debates a respeito da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, permitindo maior controlabilidade do raciocínio empregado para afirmar, como conclusão, que determinado objeto é lícito ou ilícito, para fins de validade de negócio jurídico processual atípico.

Em primeiro lugar, cumpre identificar o objeto do negócio jurídico processual atípico (que pode ser mais de um, a depender da quantidade de declarações de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais), ou seja, se se trata, prevalentemente, de situação jurídica processual (e, nesse caso, qual é a situação jurídica processual) ou se se trata de procedimento.

Em segundo lugar, cumpre identificar se a disposição é renúncia (disposição de) ou modificação (disposição sobre).

Em se tratando de renúncia a situação jurídica processual, cumpre identificar a sua qualidade ativa ou passiva: situação jurídica processual ativa objeto de renúncia é objeto lícito; situação jurídica processual passiva objeto de renúncia é objeto ilícito. Em se tratando de renúncia ao procedimento, o objeto do negócio jurídico processual atípico é lícito se existirem outras possibilidades procedimentais.

Em se tratando de modificação de situação jurídica processual, cumpre identificar a sua qualidade ativa ou passiva: situação jurídica processual ativa objeto de modificação é objeto lícito, até o limite em que a matéria se submete a reserva de lei; situação jurídica processual passiva objeto de modificação é objeto ilícito, exceto para criá-las ou intensificá-las.

Em se tratando de modificação do procedimento, cumpre identificar se o objeto é matéria que se submete a reserva de lei; se sim, a modificação do procedimento é objeto ilícito; se não, a modificação do procedimento é objeto lícito.

Por fim, a (in)disponibilidade do direito material, sob a perspectiva da licitude do objeto de negócio jurídico processual atípico, é irrelevante: assim como quando se dispõe da tutela jurisdicional não se dispõe do direito material, quando se dispõe de ou sobre situação jurídica processual ou procedimento não se dispõe do ou sobre o direito material.

Contudo, podem existir casos em que a disposição de ou sobre situação jurídica processual ou procedimento pressupõe poder de disposição de direito material. Nesses casos, a eficácia do negócio jurídico processual atípico pressuporá a disponibilidade em sentido amplo do direito material. O problema é de eficácia e não de validade do negócio jurídico processual atípico.

6.3.2. A possibilidade do objeto do negócio jurídico processual atípico, sobre o qual recai(em) a(s) declaração(ões) de vontade

O objeto, para que o negócio jurídico processual atípico seja válido, deve ser possível, tanto fisicamente quanto juridicamente (art. 104, II, do Código Civil). Em sentido amplo, o objeto de negócio jurídico processual atípico é possível quando ele está ao alcance de *qualquer* ser humano.³⁹⁹

³⁹⁹ Confira-se, nesse sentido, Lorena Miranda Santos Barreiros: “A validade do acordo processual pressupõe, ainda, que o seu objeto seja física e juridicamente possível. A impossibilidade física decorre da natureza do objeto do ato ou da prestação (...). Por outro lado, a impossibilidade jurídica é aquela estabelecida por norma jurídica, seja ela de cunho legal ou convencional, ao tempo da conclusão do negócio” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.2, p. 265-266).

O objeto é *fisicamente* possível quando, no mundo dos fatos, as *regras da natureza* não impedem qualquer ser humano de o alcançar.⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹ O negócio jurídico processual através do qual as partes elegem o foro de Júpiter, por exemplo, como foro competente para ações relativas a um contrato possui objeto fisicamente impossível: pelo menos atualmente, as regras da natureza impedem qualquer ser humano de o alcançar.

O objeto é *juridicamente* possível quando, no mundo do direito, as *regras jurídicas* (positivas ou negociais) não impedem qualquer ser humano de o alcançar.⁴⁰² O negócio jurídico processual através do qual a parte renuncia ao ônus processual de contestar, por exemplo, quando o processo já está concluso para sentença possui objeto juridicamente impossível: as regras jurídicas impedem qualquer ser humano de o alcançar.

Com efeito, note-se que a possibilidade jurídica do objeto não se confunde com a licitude do objeto, para fins de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos: a licitude do objeto se põe em plano mais abstrato, porque se trata de saber se há disponibilidade (poder de renúncia ou poder de modificação) sobre determinada situação jurídica processual ou sobre o procedimento (v. n. 6.3.1, acima); a possibilidade jurídica do objeto se põe em plano mais concreto.

Em plano abstrato, o ônus processual de contestar é objeto lícito (v. n. 6.3.1.3.2, acima). Em plano concreto, o ônus processual de contestar pode ou não ser objeto juridicamente possível: se o processo está concluso para sentença, o ônus

⁴⁰⁰ Conforme, mais uma vez, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*A impossibilidade física decorre da natureza do objeto do ato ou da prestação (...). Assim, se as partes convenientes celebrarem, por exemplo, um acordo de escolha convencional de perito e elegerem, para exercer o mister, profissional cujo precedente falecimento lhes era desconhecido, a convenção celebrada conterà objeto fisicamente impossível*” (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.3.3.2, p. 265).

⁴⁰¹ Confira-se, na teoria geral dos fatos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello: “*É aquela que resulta da natureza do próprio objeto do ato ou da prestação. Tudo aquilo que o homem não pode realizar por suas forças, impedido pelas leis naturais, se inclui no conceito de impossibilidade física. A impossibilidade física que constitui motivo de nulidade é aquela absoluta, insuperável por qualquer ser humano, segundo as condições naturais existentes no momento da conclusão do negócio e que, nos negócios de prestação futura, persistam ainda na ocasião da prestação. A impossibilidade relativa, ou seja, aquela que alguém, ou muitos, não pode superar, mas há quem a supere, ou que tem, apenas, duração temporária, segundo as circunstâncias, não influi quanto à validade do ato jurídico que a tenha por objeto*” (Teoria do fato jurídico: plano da validade, § 32.2.1, p. 150-151).

⁴⁰² Confira-se, mais uma vez, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*Por outro lado, a impossibilidade jurídica é aquela estabelecida por norma jurídica, seja ela de cunho legal ou convencional, ao tempo da conclusão do negócio*” (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.3.3.2, p. 266).

processual de contestar é objeto juridicamente impossível; *em determinadas circunstâncias*, as regras jurídicas impossibilitam (impossibilitam juridicamente, portanto) que o passado seja objeto de negócio jurídico processual atípico.⁴⁰³

Por isso, não se concorda com Lorena Miranda Santos Barreiros, para quem o negócio jurídico processual atípico através do qual as partes pretendam “*afastar motivo de impedimento do juiz, viabilizando o julgamento de determinada demanda por magistrado impedido de nela exercer suas funções, tem objeto juridicamente impossível, porque tal solução é obstada pelo art. 144 do CPC/2015*”.⁴⁰⁴

O impedimento do juiz gera para as partes o direito processual de argui-lo, na forma do art. 146 e seguintes do CPC/2015. Portanto, o negócio jurídico processual atípico através do qual as partes renunciam ao direito processual de arguir o impedimento do juiz possui objeto lícito: trata-se de situação jurídica processual ativa (v. n. 5.3.1 e 6.3.1.3.2, acima).

Questão outra é saber se a renúncia das partes ao direito processual de arguir o impedimento do juiz extingue o poder-*dever* processual que o juiz tem de declarar, de ofício, o seu impedimento: seja qual for a resposta que se dê a essa pergunta, o problema é de eficácia do negócio jurídico processual atípico e não de possibilidade jurídica ou licitude do objeto.

O direito processual de arguir o impedimento do juiz é objeto lícito (trata-se de situação jurídica processual ativa) e possível (não há regra jurídica que impossibilite o sujeito de o alcançar): imagine que as partes, que celebraram negócio jurídico

⁴⁰³ Em sentido diverso, confira-se Pedro Henrique Nogueira, para quem o decurso do tempo gera, eventualmente, impossibilidade física e não impossibilidade jurídica do objeto do negócio jurídico processual: “*A possibilidade do objeto também precisa estar presente para a validade do negócio jurídico processual. A impossibilidade pode ser natural (física) ou jurídica. No primeiro caso, o objeto não pode ser alcançado ou realizado nas circunstâncias de sua celebração; significa tudo aquilo que o ser humano não pode realizar por suas forças, impedido pela lei natural. O próprio avançar do tempo pode eventualmente impossibilitar negociação processual atípica (v.g., acordo para reduzir prazo processual já exaurido; acordo para ampliar prazo de recurso de apelação em processo já com trânsito em julgado). No segundo caso, o objeto é impedido por circunstâncias jurídicas. A lei ou determinada disposição negocial podem prever a impossibilidade de certos objetos (v.g., acordo de eleição de foro genérico estipulado para todas as demandas futuras envolvendo os contratantes é inválido, por impossibilidade jurídica do objeto, tendo em vista a necessidade legal de que o foro de eleição faça alusão expressa ‘a determinado negócio jurídico’, nos termos do art. 61 do CPC/15)*” (Negócios jurídicos processuais, cap. VI, n. 7.5, p. 284-285).

⁴⁰⁴ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.2, p. 266.

processual atípico em que renunciaram ao direito processual de arguir o impedimento do juiz, cumpram as suas obrigações.

As partes não apresentam nos autos do processo o negócio jurídico processual atípico; cumprem-no espontaneamente; o juiz, inadvertidamente, não declara de ofício o seu impedimento, apesar do seu poder-*dever* processual. O juiz impedido profere sentença de mérito, que transita em julgado e se reveste da autoridade da coisa julgada material (art. 502 do CPC/2015).

O prazo decadencial de dois anos para a ação rescisória (art. 975 do CPC/2015) decorre, sem que nenhum dos legitimados ativos para a ação rescisória (art. 967 do CPC/2015) a ajuíze. Como se vê, o objeto do negócio jurídico processual atípico, o direito processual de arguir o impedimento do juiz, é possível, tanto que *foi possível*.

A impossibilidade, física ou jurídica, que provoca a invalidade do negócio jurídico processual atípico (art. 166, II, do Código Civil) é a impossibilidade originária, desde que *absoluta e persistente* no momento da produção dos efeitos do negócio jurídico processual atípico (art. 106 do Código Civil). A impossibilidade superveniente, por sua vez, provoca eventualmente a *ineficácia* do negócio jurídico processual atípico, motivo suficiente para a sua resolução (v. n. 7.5, abaixo).⁴⁰⁵

6.3.3. O objeto preciso, determinado ou determinável

O objeto, para que o negócio jurídico processual atípico seja válido, deve ser preciso, determinado ou determinável (art. 104, II, do Código Civil). A precisão, a determinação ou determinabilidade do objeto são fundamentais para assegurar a *previsibilidade* do negócio jurídico processual atípico, especialmente, mas não só, dos negócios jurídicos processuais atípicos prévios (v. n. 3.3.4, acima).⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*Sendo absoluta, insuperável por qualquer ser humano, acarretará a invalidade do negócio, desde que existente ao tempo de sua celebração e, para os acordos de execução futura, persistente no momento de sua execução. Caso a impossibilidade seja superveniente à pactuação, não haverá invalidade, mas, sim, resolubilidade do negócio*” (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.3.3.2, p. 265).

⁴⁰⁶ Confirma-se, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral: “*Para equilibrar a utilidade das convenções prévias com os interesses públicos do processo, parece-nos que se deve exigir previsibilidade. Este é*

O objeto preciso é o objeto individualizado: o objeto do negócio jurídico processual atípico deve ser uma situação jurídica processual e/ou um aspecto do procedimento individualizados, razão pela qual, por exemplo, é nulo, por imprecisão do objeto, negócio jurídico processual atípico através do qual as partes renunciam ao “devido processo legal” ou à “busca da verdade”.⁴⁰⁷

O objeto determinado ou determinável, por sua vez e de acordo com Antonio do Passo Cabral, é aquele “*sobre o qual podemos precisar todas as suas características desde o nascimento do negócio jurídico*” ou “*aquele para o qual falta precisão em qualidade ou quantidade, e essa indeterminação, que até pode existir inicialmente, deve deixar de subsistir no momento de efetivação do negócio*”.⁴⁰⁸

Segundo Lorena Miranda Santos Barreiros, exemplo de objeto de negócio jurídico processual atípico indeterminado e indeterminável é aquele em que as partes negociam “*que os prazos processuais legalmente previstos, quando insuficientes para a prática do ato processual legal ou judicialmente estabelecido, poderão ser prorrogados de modo razoável*”.⁴⁰⁹

Com efeito, o objeto do negócio jurídico processual atípico é preciso: prazos. Contudo, o objeto do negócio jurídico processual atípico não é determinado, nem determinável: não existem parâmetros objetivos para aferir a “insuficiência” do prazo e a “razoabilidade” de sua prorrogação; não há como determinar as características do objeto do negócio jurídico processual (insuficiência e razoabilidade).

o critério para conciliar a admissibilidade dos acordos prévios com a proteção aos vulneráveis e aos imprevidentes. O problema, então, remete ao objeto dos acordos processuais, que deve ser não só lícito, mas também preciso ou determinado (ou determinável), até para que se possa ter em vista sobre o que se está dispondo e em que medida. Está em jogo a própria autonomia e liberdade do conveniente: se não se sabe a respeito do que se dispõe, quais obrigações se assumem e a quais se renuncia, em qual intensidade se abdica de garantias processuais, não haveria propriamente exercício livre da autonomia da vontade. Para isso, são fundamentais a precisão e a determinação do objeto, requisitos de validade que tocam a previsibilidade dos vínculos assumidos” (Convenções processuais, n. 1.4.2.1.2, p. 85-86).

⁴⁰⁷ Conforme, mais uma vez, Antonio do Passo Cabral: “*O requisito da precisão exige que o acordo verse sobre uma situação jurídica individualizada e concreta; as condutas a que as partes se comprometem ou as regras estipuladas devem ser especificadas em gênero, espécie, quantidade e, se for o caso, caracteres individuais das prestações de parte a parte*” (Convenções processuais, n. 1.4.2.1.2, p. 87).

⁴⁰⁸ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.4.2.1.2, p. 87.

⁴⁰⁹ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.3.3, p. 266.

6.4. A OBSERVÂNCIA DA FORMA PRESCRITA OU NÃO DEFESA EM LEI

Segundo o art. 104, III, do Código Civil, a validade dos negócios jurídicos depende de “forma prescrita ou não defesa em lei”, sob pena de nulidade (art. 166, IV e V, do Código Civil). O princípio da liberdade de forma (art. 188 do CPC/2015) se aplica ao negócio jurídico processual atípico, para cuja validade a lei não prevê, nem proíbe determinada forma.

Não importa se o negócio jurídico processual atípico coexiste com outro negócio jurídico, “material” ou “substancial”, para o qual a lei prevê ou proíbe determinada forma: vigora a autonomia do negócio jurídico processual, que existe e é válido independentemente do negócio jurídico “material” ou “substancial”.⁴¹⁰ O raciocínio é idêntico àquele expresso a respeito da capacidade postulatória (v. n. 6.1.7, acima).⁴¹¹

⁴¹⁰ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “A convenção processual guarda autonomia em relação ao acordo material no bojo do qual eventualmente se insira. Desse modo, a invalidade do contrato material não afeta, necessariamente, a validade da convenção processual, ainda que ambos estejam integrados no mesmo documento, salvo se o contrato for contaminado por vício que não exclua a convenção, como ocorre com a ausência de capacidade negocial, por exemplo. Por tal razão, o acordo processual celebrado fora do processo e em conjunto com um contrato material será válido ainda que a forma adotada não respeite requisito legal previsto para a contratação de direito material. O processo no qual se venha a discutir em juízo a invalidade desse contrato substancial deverá observar a convenção processual estipulada no contrato (...). Sendo determinada forma prevista pela legislação material como integrante da essência do ato (forma ad solemnitatem), o pressuposto de existência descumprido impedirá que se consuma a incidência da regra material sobre o suporte fático, do que se conclui pela inexistência da contratação de direito material. A despeito disso, havendo acordo processual celebrado no mesmo instrumento, ter-se-á ele por existente e, atendidos os requisitos de validade, válido. Do contrário, haver-se-ia de admitir que a inexistência do acordo material destitui a autonomia da convenção processual. Trata-se, aqui, de dúplice incidência de normas jurídicas (material e processual) sobre um mesmo fato (conjugação de manifestações de vontade conscientes e autorregradas)” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.4, p. 268-269).

⁴¹¹ Contra, confira-se: “No caso de acordo que contenha simultaneamente regras de direito material e convenções processuais, algumas questões formais se colocam. É que a lei material às vezes exige que o ato seja praticado de determinada forma para que se considere válido (forma ad solemnitatem). Nessa hipótese, deve ser verificado se o contrato ou acordo foi celebrado fora do processo ou na pendência da relação processual. Para as convenções pré-processuais que sejam firmadas em conjunto com disposições materiais (ainda que não no mesmo instrumento), a forma prevista na lei material deve ser observada” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.9.4, p. 330); “Interessante hipótese é a celebração de acordo que trate de questões processuais e de direito material. Se a lei material exigir para a prática daquele ato determinada forma, entendo que deve ser respeitado o requisito legal, utilizando-se o instrumento determinado pelo legislador. Porém, se a convenção mista é celebrada no processo, como se externaliza em ato processual, a forma deve ser processual” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.2, p. 133).

Portanto, o direito processual civil brasileiro não prescreve ou proíbe forma como requisito de validade para os negócios jurídicos processuais atípicos.⁴¹²⁻⁴¹³

A redução do negócio jurídico processual atípico oral a termo ou o seu registro em qualquer suporte são medidas de mera documentação: não são requisitos de validade do negócio jurídico processual atípico oral, assim como não são elementos de existência do negócio jurídico processual atípico oral (v. n. 5.4, acima).

Por fim, todavia, existe um único requisito de forma que se aplica generalizadamente aos atos processuais e, portanto, também aos negócios jurídicos processuais atípicos: que seja *redigido em língua portuguesa* ou *acompanhado de tradução* (art. 192 do CPC/2015).⁴¹⁴ Contudo, a redação em língua portuguesa ou a tradução do negócio jurídico processual atípico celebrado em língua estrangeira é condição de eficácia (e não requisito de validade, portanto) do negócio jurídico processual atípico.

⁴¹² Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.9.2, p. 327-328; Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.6.2, p. 131; Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.4, p. 119; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.4, p. 394; Helder Moroni Câmara, *Negócios jurídicos processuais*, n. 4.2.3.2, p. 106; Leonardo Carneiro da Cunha, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 12 ao art. 190 do CPC/2015, p. 62; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.3.4, p. 267.

⁴¹³ Contra, em termos, confira-se: “*Já foi dito que, para existir, o negócio processual deve obrigatoriamente ter forma escrita, ainda que eventualmente apresentado de forma oral (...). Sob esse ângulo, para ser válido, o negócio processual não está sujeito a forma especial (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*” (Flávio Luiz Yarshell, “Convenção das partes em matéria processual”, n. 11, p. 85); “*A consagração da atipicidade da negociação, excluídas as hipóteses excepcionais que preveem forma própria para o negócio processual, libera a forma com que o negócio jurídico se apresenta. Assim, é possível negócio processual oral ou escrito, expresso ou tácito, apresentado por documento formado extrajudicialmente ou em mesa de audiência (...). Quando celebrado extrajudicialmente o negócio processual deve ser formulado na forma escrita, tendo em vista que sua eficácia no processo está condicionada à sua inserção nos autos, submetendo-se, via de consequência, em consonância com o parágrafo único do art. 190 do NCP, ao controle por parte do juiz de sua validade*” (Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 3.3, p. 99-100).

⁴¹⁴ Confira-se, nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “*Há um princípio ligado à forma, no entanto, que é inafastável: seja qual for o ato processual, há que ser utilizado o vernáculo, não se admitindo o uso de idioma estrangeiro no processo jurisdicional estatal (art. 192 do CPC/2015). Se for necessário juntar aos autos documento redigido em outro idioma, este só será admitido e acompanhado de tradução tramitada por via diplomática ou pela autoridade central ou feita por tradutor juramentado (art. 192, parágrafo único, do CPC/2015). Essa regra não é mais do que reflexo de uma norma geral, aplicável inclusive fora do processo (art. 224 do CC). Mas também nesse ponto aplica-se a diretriz de instrumentalidade: os tribunais já decidiram que se o documento, embora estando em idioma estrangeiro, foi perfeitamente compreendido pelo juiz e pelas partes, ele deve ser mantido e utilizado. Ademais, não sendo esse o caso, cabe ao juiz, em vez de simplesmente excluir o documento em língua estrangeira do processo, dar à parte a oportunidade para que promova sua tradução e o rerepresente*” (*Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 26.3, p. 485-486).

6.5. O AJUSTE DO PROCEDIMENTO ÀS ESPECIFICIDADES DA CAUSA

Em razão do art. 190 do CPC/2015, segundo o qual “é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento *para ajustá-lo às especificidades da causa*”, poder-se-ia sustentar que o ajuste do procedimento às especificidades da causa, nos negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais (v. n. 3.3.3, acima), seria requisito de validade, único motivo determinante lícito (art. 166, III, do Código Civil).⁴¹⁵

Com efeito, é o que defende, aparentemente, Antonio do Passo Cabral, que assim justifica a suposta existência do requisito específico de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais: “*porque o processo é ramo do direito público e os interesses privados devem ser exercidos em equilíbrio com os interesses públicos (...), a autonomia das partes é maior nos acordos obrigacionais que nos dispositivos*”.⁴¹⁶

A tese, porém, conflita com o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo: se se trata de requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais, conseqüentemente cabe ao juiz o controlar (art. 190, par. ún., do CPC/2015 – v. n. 6.6.2, abaixo); atribui-se ao juiz o poder-dever processual de controlar a aptidão de o negócio jurídico processual atípico procedimental ajustar o procedimento às especificidades da causa.

Em última análise, atribui-se ao juiz o poder-dever processual de controlar a *conveniência* do negócio jurídico processual atípico procedimental, exato ponto em que a tese conflita com o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo e com a natureza de ato processual causativo ou determinante do negócio jurídico processual (v. n. 3.2, acima).⁴¹⁷ Nesse sentido, Pedro Henrique Nogueira

⁴¹⁵ Confira-se, nesse sentido, Paula Costa e Silva: “*Este ponto surge-nos como particularmente delicado, uma vez que a lei imporá uma concreta finalidade aos negócios que incidam sobre o procedimento – estes devem visar um ajustamento da sequência de actos admissíveis às especificidades da causa, sendo, como tal, sindicável, à luz deste critério, a respectiva validade -, não se sujeitando expressamente os negócios que atinjam situações processuais a crivo semelhante*” (“Pactum de non petendo...”, n. 2, p. 446).

⁴¹⁶ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 1.4.1, p. 82, nota de rodapé 142.

⁴¹⁷ Confira-se, nesse sentido, precisamente Antonio do Passo Cabral: “*O juiz não tem o poder de apreciar a conveniência da celebração do acordo, limitando-se a uma exame de validade. Não se pode*

afirma que o ajuste do procedimento às especificidades da causa deve ser avaliado apenas pelas partes que celebram o negócio jurídico processual procedimental.⁴¹⁸

Obviamente, ressalvados são os casos em que o próprio juiz é parte do negócio jurídico processual atípico procedimental (v. n. 5.1.2, acima), casos em que o poder-dever discricionário do juiz, que lhe atribui capacidade negocial processual, confere-lhe, igualmente, aptidão para avaliar a conveniência do negócio jurídico processual atípico procedimental a ser eventualmente celebrado, assim como ocorre no calendário processual (art. 191 do CPC/2015).

De qualquer forma, o ajuste do procedimento às especificidades da causa *não é requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais*. A redação do art. 190 do CPC/2015, nesse ponto, possui apenas a importante, porém, função de estimular a celebração de negócios jurídicos processuais procedimentais, esclarecendo para o que, por exemplo e *não exclusivamente*, eles podem ser úteis às aos interessados.⁴¹⁹⁻⁴²⁰

esquecer que a regra do art. 190, parágrafo único, do CPC/2015, prevê que o juiz ‘controlará’ a validade das convenções. No equilíbrio entre os interesses públicos e privados, pelo princípio in dubio pro libertate, as convenções são amplamente permitidas, e por isso a atividade de controle do juiz restringe-se a verificar, a posteriori, se as partes extrapolaram o espaço que o ordenamento jurídico lhes atribui para atuar. Assim, a tarefa de controle não deve ser compreendida como um freio ou negação à liberdade das partes, mas sim como um respeito à sua autonomia (que compreende intrinsecamente limitações)” (Convenções processuais, n. 4.3.3, p. 258-259).

⁴¹⁸ Confira-se: “É preciso considerar que as especificidades da causa mencionadas no enunciado normativo constituem as circunstâncias que as próprias partes convencionam como relevantes para conferir um tratamento diferenciado ao procedimento. São as partes ou figurantes do negócio jurídico que elegem as especificidades e a partir delas acordam os ajustes procedimentais” (Pedro Henrique Nogueira, “Comentários ao art. 190 do CPC/2015”, n. 4, p. 661; “Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro”, n. 6, p. 102; *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 3.1, p. 266).

⁴¹⁹ Contra, confira-se Lorena Miranda Santos Barreiros: “Não se pode simplesmente desconsiderar o requisito legal consagrado no art. 190 do CPC/2015; sua interpretação, porém, há de ganhar a amplitude consentânea com a concretização do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. De todo modo, esse requisito somente se aplica ao acordo sobre o procedimento, não se estendendo à convenção que verse sobre situação jurídica processual” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.2.2.1, p. 217, nota de rodapé 74).

⁴²⁰ Contra, a *contrario sensu*, Enunciado 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajuste às especificidades da causa”.

6.6. O CONTROLE DA (IN)EXISTÊNCIA E DA (IN)VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS – A EXISTÊNCIA E A VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS EM VISÃO DINÂMICA

6.6.1. O controle da (in)existência

Se a parte ou as partes apresenta(m) em juízo suposto negócio jurídico processual atípico, cabe ao juiz, em primeiro lugar, verificar se estão presentes os seus elementos de existência, ou seja, controlar a existência do negócio jurídico processual atípico.

O suposto negócio jurídico processual atípico pode sequer existir e consistir, na verdade, em outra espécie de fato processual em sentido amplo como, por exemplo, ato processual em sentido estrito, inclusive sob a modalidade de ato conjunto, ato processual estimulante ou indutivo (v. n. 3.2, acima).

Com efeito, nessa hipótese, cabe ao juiz apenas o exame do ato processual *estimulante ou indutivo*, deferindo ou não o pedido nele formulado, na medida em que for ou não *convencido*. O(s) ato(s) processual(ais) em sentido amplo praticado(s) pela(s) parte(s), nesse caso, *não determina(m)* o resultado pretendido pelo(s) agente(s), apenas o estimula(m).

Se a(s) parte(s), porém, afirma(m) se tratar efetivamente de negócio jurídico processual atípico, cabe ao juiz, antes de examinar o ato processual estimulante ou indutivo e em razão dos deveres que a cooperação lhe impõe (art. 6.º do CPC/2015), *advertir* as partes do defeito de existência do negócio jurídico processual atípico que a(s) parte(s) reputa(m) ter praticado.

Diante da advertência, a(s) parte(s) pode(m) “corrigir” o defeito. Em verdade, diante da advertência, a(s) parte(s) pode(m) efetivamente celebrar o negócio jurídico processual atípico que, até então, não existiu. A “correção” do defeito, portanto, nada

convalida nem confirma (art. 172 do Código Civil), na medida em que nunca existiu negócio jurídico processual atípico.⁴²¹

6.6.2. O controle da (in)validade

Supondo-se, porém, a existência do negócio jurídico processual atípico (v. n. 5, acima), cabe ao juiz, “de ofício ou a requerimento”, controlar sua “validade”, recusando-lhe “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. 190 do CPC/2015).

O art. 190 do CPC/2015 impõe ao juiz, portanto, o dever de controlar de ofício a *validade* do negócio jurídico processual atípico: assim, *todos* os requisitos de validade do negócio jurídico processual atípico (v. n. 6, acima) constituem objeto de controle do juiz - tanto aqueles cuja ausência provoca em tese anulabilidade quanto aqueles cuja ausência provoca em tese nulidade (v. n. 6.6.3, abaixo, porém).

Controlar a invalidade do negócio jurídico processual atípico, porém, não é sinônimo de *decretar* a invalidade do negócio jurídico processual atípico. “Controlar” é identificar o defeito; “decretar” a invalidade é apenas uma das possíveis sanções ao defeito. Em síntese, não há, entre “controlar” e “decretar” a invalidade, relação *automática* de causa e efeito.⁴²²

⁴²¹ Confira-se, nesse sentido e por todos, Calmon de Passos: “*E basta, provisoriamente, para quanto nos propusermos demonstrar, isto é, que o conceito de inexistência é indispensável ao processo civil, extremado-se, bem precisamente, inexistência de nulidade, ato inexistente de ato nulo. O inexistente, ineficaz desde sua origem, insanável, irremediável, não sofrendo a cobertura da coisa julgada, nem podendo constituí-la ou legitimá-la. Coisa diversa a nulidade, sanção de ato processual defeituoso*” (*Esboço de uma teoria das nulidades...*, n. 85, p. 103-104).

⁴²² Conforme, por exemplo: “*Isso porque a decretação da invalidade nem sempre ocorre. É necessário que se distingam dois passos logicamente subseqüentes e distintos um do outro: o primeiro deles é a identificação do vício e o segundo é a sua decretação – o que deve ocorrer somente quando o ato defeituoso não puder ser aproveitado e estiver gerando concreto prejuízo para algumas das partes ou para o próprio desempenho da função jurisdicional. Só nessa hipótese é que a invalidação será a solução. A incidência de uma série de princípios cujo objetivo é o de ‘salvar’ o processo e seus atos (e, portanto, decretar os vícios apenas quando, de fato, eles não tenham como ser considerados irrelevantes ou já superados) é uma característica marcante do sistema processual civil brasileiro*” (Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, n. 28.2.1, p. 535); “*Observamos ser importante – aliás, importantíssimo – que se faça a distinção de dois passos: 1) O primeiro, consistente na identificação e na classificação do vício, importante para a determinação de seu regime jurídico. Assim, se se identifica certo vício como sendo uma nulidade, tem-se, ipso facto,*

Portanto, o juiz deve identificar (controlar) de ofício tanto os defeitos que conduzam à anulabilidade do negócio jurídico processual atípico quanto os defeitos que conduzam à nulidade do negócio jurídico processual atípico e deve advertir as partes a respeito. Como visto, esse dever é resultado não apenas do art. 190 do CPC/2015, mas também da cooperação (art. 6.º do CPC/2015) (v. n. 6.6.1, acima).

A doutrina em geral afirma que a sanção incidental ao defeito do negócio jurídico processual atípico, se for o caso, é a *invalidação*.⁴²³ Eduardo Talamini, Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, porém, afirmam que a sanção *incidental* ao defeito do negócio jurídico processual atípico, se for o caso, é a *ineficácia*.⁴²⁴

A valer o raciocínio de que a sanção incidental ao defeito do negócio jurídico processual atípico é a decretação da sua invalidade, há interesse de agir para ação autônoma apenas se o processo em que o negócio jurídico processual atípico se destina a produzir efeitos processuais ainda não existe; se o processo existe, falta interesse de agir ao interessado.⁴²⁵

determinado seu regime jurídico, principalmente no que diz respeito à inexistência de preclusão, quer para o juiz, quer para as partes, e à possibilidade de o juiz decretá-la de ofício. 2) O segundo passo é o da decretação do vício, que pode não acontecer, ainda que se trate de nulidade absoluta, pois a sanabilidade pode ter lugar, no processo, até no que concerne à nulidade ipso iure” (Nulidades do processo e da sentença, n. 2.9, p. 228).

⁴²³ Confira-se, por exemplo, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.3, p. 419; Flávio Luiz Yarshell, “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 15, p. 89; Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.1, p. 113-114; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.1, p. 388-389; Guilherme Henrique Lage Faria, *Negócios processuais...*, n. 3, p. 86; Leonardo Greco, “Convenções processuais versus poderes do juiz”, p. 143; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.4.2, p. 271; Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 7, p. 271-272.

⁴²⁴ Confira-se: “(...) como nas hipóteses de anulabilidade, o conhecimento incidental da nulidade tem por consequência apenas a negativa de aplicação da convenção processual ao processo em curso. Seria *extra petita* a decisão que pretendesse invalidar o negócio processual como um todo, se esse não é o próprio objeto do processo em curso” (Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu...”, n. 5.1, p. 9); “*Tratando-se enfim do permissivo geral trazido pelo art. 190, a limitação à disposição procedimental também está presente. É que, conforme antes mencionado, caberia ao juiz controlar a validade desses acordos, negando-lhes eficácia sempre que fossem nulos, mostrassem-se abusivos ou envolvessem sujeito em manifesta situação de vulnerabilidade*” (Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, “Os ‘acordos processuais’...”, n. 2.2, p. 112).

⁴²⁵ Contra, porém, confira-se Flávio Luiz Yarshell: “(...) ao menos como regra, não haverá 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 a 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 da nulidade (...). Os vícios geradores de anulabilidade do negócio processual são aqueles arrolados pela lei civil, cujo regime

A valer o raciocínio de que a sanção incidental ao defeito do negócio jurídico processual atípico é a ineficácia, sempre (antes, durante ou depois da existência do processo em que o negócio jurídico processual se destina a produzir efeitos) existirá interesse de agir para a ação autônoma, na qual a invalidade do negócio jurídico processual atípico poderá ser decretada.

Afinal, a desconstituição por invalidade (decretação da invalidade ou invalidação) do negócio jurídico processual atípico com aptidão para formação de coisa julgada é resultado que somente poderá ser obtido em ação autônoma, jamais de forma incidental – no curso do processo, em que a sanção máxima para a invalidade do negócio jurídico processual atípico é a ineficácia.

A tese de que a sanção incidental ao defeito do negócio jurídico processual atípico é a ineficácia é, do ponto de vista técnico-jurídico, mais correta: ressaltados os casos expressamente previstos em lei (incluindo-se aí o art. 503, § 1.º, do CPC/2015), o juiz não profere decisão (*iudicium*) sobre o que não é pedido. Além disso, a tese é mais conveniente, do ponto de vista do interesse de agir.

6.6.3. *A imposição incidental da sanção de ofício ou a requerimento – o princípio da sanabilidade dos atos processuais*

Questão outra é saber se, *incidentalmente*, o juiz pode impor de ofício a sanção ao negócio jurídico processual atípico defeituoso *em qualquer caso* ou se, em alguns casos, impor a sanção ao negócio jurídico processual atípico defeituoso depende de requerimento do interessado; destaque-se: a questão que aqui se põe é saber se *depende ou não de requerimento* do interessado a imposição *incidental* da sanção (seja qual ela for) ao defeito do negócio jurídico processual atípico.

jurídico deve ser observado. Nesse caso, o negócio deve ser desconstituído por demanda autônoma. É que a iniciativa do interessado, nesse caso, é indispensável: nos termos do art. 177 do Código Civil, 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. Ademais, a via autônoma é necessária, porque o objeto do processo enseja cognição própria, que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia de direito material)' ("Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?", n. 15 e 16, p. 89-90).

O art. 190 do CPC/2015 estabelece que cabe ao juiz recusar aplicação ao negócio jurídico processual atípico somente nos casos de “nulidade”, “inserção abusiva em contrato de adesão” (v. n. 6.2.2, acima) e “manifesta situação de vulnerabilidade” (v. n. 6.2.3, acima). Os casos de “nulidade” são a incapacidade absoluta não suprida (art. 166, I, do Código Civil), os vícios sociais (fraude contra credores e simulação – arts. 158 a 165 e 167 do Código Civil; art. 142 do CPC/2015), a indisponibilidade da tutela jurisdicional (v. n. 6.3.1.2, acima) e a ilicitude, impossibilidade ou indeterminabilidade do objeto (v. n. 6.3, acima).⁴²⁶

Os demais defeitos exigem, para a imposição incidental da sanção (de invalidade ou de ineficácia, conforme a concepção que se adote), se for o caso, requerimento do interessado, sob pena de preclusão (art. 278 do CPC/2015) e convalidação do negócio jurídico processual atípico, sem prejuízo de eventual confirmação (arts. 172 a 175 do Código Civil). São os seguintes defeitos: a incapacidade relativa não suprida (art. 171, I, do Código Civil) e os vícios da vontade (art. 171, II, do Código Civil - v. n. 6.2.1, acima).⁴²⁷

Em qualquer caso, tanto no controle (identificação) do defeito, quanto na imposição incidental de ofício ou a requerimento da sanção, se for o caso, exige-se *contraditório prévio* (art. 10 do CPC/2015) (v. n. 6.6.4, abaixo).

Mais importante do que a distinção entre os casos em que a sanção incidental ao defeito do negócio jurídico processual atípico pode ser imposta de ofício e os casos em que a sanção incidental ao defeito do negócio jurídico processual atípico depende de requerimento do interessado é a distinção, própria do direito processual civil, entre defeitos sanáveis e defeitos insanáveis: vigora, no direito processual civil brasileiro, o princípio da sanabilidade dos atos processuais.

⁴²⁶ Conforme, por exemplo, Flávio Luiz Yarshell: “*Tratando-se de vício caracterizador de nulidade (como tal se deve considerar também a ‘inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontra em manifesta situação de vulnerabilidade’), o CPC de 2015 reafirmou que já consta do Código Civil (art. 168): o tema pode e deve ser conhecido de ofício pelo juiz (ou a requerimento da parte, incluindo-se aí o Ministério Público). Isso deverá ocorrer incidentalmente no processo em que o conteúdo do negócio for apresentado ao magistrado, isto é, do processo que deveria ser regido pelo ato das partes*” (“Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 15, p. 89).

⁴²⁷ Conforme, por exemplo, Diogo Assumpção Rezende de Almeida: “*Como nos contratos de direito civil, as convenções processuais também podem ser declaradas nulas, pela incapacidade absoluta do agente ou ilicitude do objeto, por exemplo, ou anuladas por motivos como a incapacidade relativa do agente, o erro, o dolo, a coação ou o estado de perigo, consoante estabelece a lei civil*” (*A contratualização do processo*, n. 3.8, p. 189).

Segundo o princípio da sanabilidade dos atos processuais, sempre que possível, os defeitos dos atos processuais devem ser sanados, tanto os defeitos que podem ser sancionados de ofício, quanto os defeitos que podem ser sancionados mediante requerimento.⁴²⁸ O princípio da sanabilidade dos atos processuais decorre do princípio da primazia da resolução de mérito dos litígios (arts. 4.º e 288, § 2.º, do CPC/2015): se defeituosos, os atos processuais devem ser corrigidos, se possível.

Obviamente, nem todo defeito pode ser corrigido. O objeto ilícito, por exemplo, não pode ser corrigido: a correção do defeito do objeto ilícito implica alteração do objeto do negócio jurídico processual atípico, elemento de existência cuja alteração, por sua vez, significa *novo* negócio jurídico processual atípico, distinto do anterior.

O princípio da conservação (art. 283 do CPC/2015), por sua vez, exige o máximo aproveitamento da parte não defeituosa do negócio jurídico processual atípico: a imposição incidental de sanção ao negócio jurídico processual atípico defeituoso deve ser, se possível, parcial.⁴²⁹

Por fim, na imposição incidental da sanção ao defeito do negócio jurídico processual atípico, aplicam-se os tradicionais princípios do prejuízo (art. 276 do CPC/2015) e da instrumentalidade das formas (art. 277 do CPC/2015).⁴³⁰ Por isso, inclusive e de acordo com Antonio do Passo Cabral, “*deve-se procurar aproveitar, pela regra da conversão ou fungibilidade, a manifestação de vontade externada pelos convenientes a fim de preservar os negócios jurídicos processuais*”.⁴³¹

⁴²⁸ Confira-se, nesse sentido, Teresa Arruda Alvim: “*Por outro lado, no processo, não há aquela diferença tradicional entre nulidades e anulabilidades, que consiste em aquelas serem insanáveis e estas, por definição, retificáveis. No terreno do processo, tudo se emenda ou, melhor, tudo deve emendar-se*” (Nulidades do processo e da sentença, n. 2.3, p. 174).

⁴²⁹ Enunciado 134 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

⁴³⁰ Enunciado 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “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”.

⁴³¹ Confira-se: “*Assim, no mesmo sentido da instrumentalidade, deve-se procurar aproveitar, pela regra da conversão ou fungibilidade, a manifestação de vontade externada pelos convenientes a fim de preservar os negócios jurídicos processuais. Conversão ou fungibilidade é o aproveitamento do suporte fático deficiente do negócio jurídico para a produção de efeitos de outro negócio jurídico, para o qual aqueles elementos são suficientes*” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.3.1.3, p. 422-423).

6.6.4. O princípio do autorregramento da vontade das partes, o contraditório prévio e a autonomia dos negócios jurídicos processuais

Segundo Antonio do Passo Cabral, o controle da (in)existência e da (in)validade dos negócios jurídicos processuais deve ser orientado, ainda, pelo princípio do autorregramento da vontade das partes no processo (*in dubio pro libertate*), pelo contraditório prévio (art. 10 do CPC/2015) e pela autonomia dos negócios jurídicos processuais.⁴³²

Como consequência do princípio do autorregramento da vontade das partes no processo (v. n. 3.5.1, acima), no controle da (in)existência e da (in)validade dos negócios jurídicos processuais atípicos o juiz deve partir da presunção de existência, validade e eficácia do negócio jurídico processual atípico; conclusão contrária exige do juiz desempenhar ônus argumentativo mais intenso, em decisão que deve ser, obviamente, fundamentada (art. 489, § 1.º, do CPC/2015).⁴³³

Como consequência da exigência de contraditório prévio (art. 10 do CPC/2015), o juiz não pode sancionar a inexistência ou a invalidade do negócio jurídico processual atípico sem ouvir previamente as partes: as partes possuem o direito de serem ouvidas, inclusive para convencer o juiz de que o defeito não existe ou, mesmo, para o corrigir, sempre que for possível.⁴³⁴

⁴³² Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.3, p. 288-289.

⁴³³ Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “Trata-se de uma prevalência normativa facilmente observável no nosso sistema processual, uma prioridade *prima facie* que estabelece a preferência do ordenamento pela liberdade convencional. O sistema não só é permeável às convenções processuais em razão da formulação da cláusula geral do art. 190 do CPC/2015, mas também pressupõe a validade desses acordos (...). Essa força normativa favorável à validade e eficácia das convenções processuais confirma o entendimento que já defendemos em outro estudo para os atos processuais em geral: o sistema jurídico-processual brasileiro estabelece um princípio de validade apriorística dos acordos processuais, pressionando pela sua eficácia. Mas as preferências normativas fixadas pelo ordenamento são apenas apriorísticas ou *prima facie*, vale dizer, não são absolutas ou definitivas, podendo ser invertidas no caso concreto pelo juiz. O efeito prático é fazer pesar sobre o juiz o ônus argumentativo para considerar os acordos processuais inválidos. Se o magistrado desejar infirmar a prioridade *prima facie*, terá sobre ele um peso que o obriga a um esforço de justificação mais acentuado. O juiz deve ter ‘razões mais fortes’ para inverter, no caso concreto, a direção apontada pela norma” (*Convenções processuais*, n. 3.1.4, p. 162-163).

⁴³⁴ Enunciado 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio”.

Como consequência, por fim, da autonomia dos negócios jurídicos processuais, o controle da (in)existência e da (in)validade dos negócios jurídicos processuais atípicos não pode ser afetado pela (in)existência, (in)validade ou (in)eficácia do negócio jurídico “material” ou “substancial” que com ele eventualmente coexista.⁴³⁵⁻⁴³⁶

6.6.5. O controle da decisão do juiz

A sentença proferida em ação autônoma que decreta a invalidade do negócio jurídico processual atípico é impugnável mediante apelação, assim como se na sentença o juiz recusa aplicação ao negócio jurídico processual atípico, impondo incidentalmente sanção ao seu defeito (art. 1.009 do CPC/2015).

Se o juiz recusar aplicação ao negócio jurídico processual atípico em decisão interlocutória, cabe impugnação em preliminar de apelação ou de contrarrazões (art. 1.009, §§ 1.º e 2.º, do CPC/2015) ou agravo de instrumento, se for inútil a reforma da decisão em sede de apelação.⁴³⁷

⁴³⁵ Confira-se, nesse sentido: “As convenções processuais possuem autonomia em relação ao instrumento (p. ex., um contrato de direito material) em que encartadas. Na arbitragem, a constatação da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato que a prevê é antiga, já foi afirmada em vários países ao redor do mundo e consta expressamente da legislação brasileira. E esta conclusão pode ser generalizada para todos os acordos processuais” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 5.1, p. 283); “Assim como na arbitragem (art. 8.º da Lei 9.307/96), as convenções processuais ou cláusulas de diferendo gozam de autonomia em relação às demais cláusulas contratuais. Equivale dizer, conquanto se considere nulo o contrato, subsiste a validade da convenção processual. Aliás, na ação na qual se discute a eventual nulidade do negócio jurídico celebrado entre as partes, aplicar-se-ão as normas contratuais por eles estabelecidas no acordo processual pactuado no mesmo contrato. A autonomia da cláusula que contém disposições sobre direitos processuais decorre da teoria geral dos contratos” (Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.3, p. 117-118); “A convenção processual é autônoma em relação ao negócio principal em que estiver inserida. A invalidade do negócio principal não implicará, necessariamente, a invalidade da convenção processual. Essa regra, existente para a convenção de arbitragem (art. 8.º, Lei n. 9.307/1996), estende-se a todas as demais convenções processuais, por analogia” (Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.5.1, p. 113; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.5.1, p. 388).

⁴³⁶ Enunciado 409 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserida, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual”.

⁴³⁷ “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” (STJ, Corte Especial, REsp 1.704.520 e 1.696.396, v.m., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 05.12.2018, DJe 19.12.2018).

Se, no tribunal, o relator recusar a aplicação de negócio jurídico processual atípico em decisão monocrática, cabe agravo interno (art. 1.021 do CPC/2015); se o órgão colegiado recusar a aplicação de negócio jurídico processual atípico, cabe recurso especial e recurso extraordinário (arts. 105, III e 102, III, da Constituição Federal) ou recurso ordinário (arts. 102, II, e 105, II, da Constituição Federal).

Se o juiz recusar a aplicação de negócio jurídico processual atípico por omissão, cabe mandado de segurança (art. 5.º, II, da Lei 12.016/2009, *a contrario sensu*): o direito líquido e certo que o impetrante deverá demonstrar é o direito à aplicação do negócio jurídico processual atípico decorrente de sua existência, de sua validade e de sua eficácia.

Em qualquer caso, cabem embargos de declaração (art. 1.022 do CPC/2015).

7. A EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Ao tratar dos negócios jurídicos, sob a perspectiva da teoria geral dos fatos jurídicos, Antônio Junqueira de Azevedo destaca que o plano da eficácia não diz respeito a *“toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica”*, assim considerada aquela *“referente aos efeitos manifestados como queridos”*.⁴³⁸

Em outros termos, na análise da eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos, a atenção deve se concentrar nos efeitos jurídicos produzidos sobre as situações jurídicas processuais e/ou sobre o procedimento e que provocam sua renúncia ou modificação, de acordo com a(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais.

7.1. A EFICÁCIA IMEDIATA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS – A REGRA E AS EXCEÇÕES

7.1.1. A regra

Em alguns casos, a legislação processual civil brasileira estabelece a homologação judicial como condição de eficácia de negócios jurídicos processuais típicos (por exemplo, arts. 200, parágrafo único, e 357, § 2.º, do CPC/2015). A homologação judicial, em todos esses casos, é “ato integrativo” da eficácia do negócio jurídico processual, sem o qual este apenas existe e é válido.⁴³⁹⁻⁴⁴⁰

⁴³⁸ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*, cap. segundo, § 4.º, p. 49.

⁴³⁹ Enunciado 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

⁴⁴⁰ Como destaca Antonio do Passo Cabral, a homologação judicial, nos casos em que se a exige para a eficácia de negócio jurídico processual típico, não transforma o juiz em parte do negócio jurídico processual, porque a homologação judicial é ato integrativo *da eficácia e não da existência* do negócio jurídico processual: *“Nesses casos, como vimos, é incorreto imaginar que a vontade do juiz seria requisito de existência ou validade da avença”* (*Convenções processuais*, n. 4.3.4.2, p. 264). Mais adiante, o autor ressalva que o negócio jurídico processual cuja eficácia se submete a homologação judicial *“não perde a sua natureza negocia”* (*Convenções processuais*, n. 4.3.4.2, p. 265). A ressalva,

Em regra, porém, salvo previsão legal expressa, a eficácia dos negócios jurídicos processuais, típicos e atípicos, não depende de homologação judicial (art. 200 do CPC/2015).⁴⁴¹⁻⁴⁴² A desnecessidade de homologação judicial é consequência do princípio do autorregramento da vontade das partes: o exercício válido da liberdade e do poder de autodeterminação dos indivíduos no processo deve ser imediatamente observado.⁴⁴³

A eficácia dos fatos jurídicos, na teoria geral do direito e de acordo com Marcos Bernardes de Mello, subdivide-se em *eficácia normativa* (o surgimento do fato jurídico em sentido amplo decorrente da incidência da norma jurídica sobre o fato previsto em sua hipótese de incidência); *eficácia jurídica* (a eficácia de criar, modificar e extinguir situações jurídicas) e; *eficácia do direito* ou *eficácia social* (a realização concreta da eficácia jurídica).⁴⁴⁴

porém, é desnecessária: a natureza negocial do ato jurídico está no plano da existência e não no plano da eficácia (v. n. 3.2, acima).

⁴⁴¹ Enunciado 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”. Enunciado 261 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190”.

⁴⁴² Segundo Fredie Didier Jr., “*negócios processuais que tenham por objeto situações jurídicas processuais dispensam, invariavelmente, a homologação judicial*” (*Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.1, p. 383). Contudo, a desistência da ação (art. 200, par. ún., do CPC/2015) é negócio jurídico processual propriamente dito (cujo objeto, portanto, é situação jurídica processual) e sua eficácia se submete a homologação judicial. A (des)necessidade de homologação judicial fundamenta-se, portanto, na existência ou não de previsão legal nesse sentido e não no objeto dos negócios jurídicos processuais.

⁴⁴³ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*A eficácia imediata dos negócios processuais é consequência direta da norma extraída do art. 200 do CPC/2015 e decorrência lógica do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. O entendimento que subordina irrestritamente a eficácia de todo negócio processual à chancela judicial revela dessintonia com o direito à liberdade no âmbito processual*” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.5.2.1, p. 276-277).

⁴⁴⁴ Confira-se: “*Pontes de Miranda, cientista do direito que primou por uma terminologia precisa e pelo rigor científico no emprego dos termos e dos conceitos jurídicos, as tratou com especificidade, com denominação e conceituação próprias, a saber: (a) eficácia normativa, expressão sinônima de incidência da norma jurídica: define o efeito que tem a norma jurídica de juridicizar o seu suporte fático quando concretizado no mundo das realidades, gerando o fato jurídico (...); (b) eficácia jurídica, diferentemente, designa o conjunto das consequências (= efeitos) imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico, desde as situações jurídicas mais simples, como os estados pessoais, às relações jurídicas mais complexas, das quais se irradiam direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções às sanções, ônus e premiações (...). (c) eficácia do direito (expressão que não é usual na obra de Pontes de Miranda), por sua vez, é usada na literatura jurídica, predominantemente, para designar a efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina, referindo-se à circunstância de se tornarem realidades aquelas consequências por ela imputadas, hipoteticamente, ao fato jurídico*” (Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, § 1.º, p. 13-14).

Com efeito, ao tratar da eficácia na teoria geral dos fatos jurídicos, o autor afirma que “*na vida dos fatos jurídicos há a considerar três situações distintas: (a) sua criação; (b) a irradiação das consequências que a norma lhes imputa relativamente à conduta humana em sua interferência intersubjetiva e; (c) a efetivação dessas consequências no plano social*”, a que correspondem, respectivamente, eficácia normativa, eficácia jurídica e eficácia do direito ou eficácia social.⁴⁴⁵

Celebrado negócio jurídico processual atípico, produz-se imediatamente, ou seja, independentemente de qualquer outra providência (art. 200 do CPC/2015), a regra processual negocial, que vincula o(s) sujeito(s) que o celebrou(aram) – trata-se da *eficácia normativa*. A celebração do negócio jurídico processual atípico, na nomenclatura de Antônio Junqueira de Azevedo, é “fator de atribuição da eficácia em geral”, sem o qual “*o ato praticamente nenhum efeito produz*”.

O surgimento do objeto do negócio jurídico processual atípico (situação jurídica processual ou procedimento – v. n. 5.3, acima), por sua vez, assegura-lhe *eficácia jurídica*: a regra processual negocial que já existia, porque o negócio jurídico processual atípico é imediatamente eficaz (eficácia normativa), adquire eficácia jurídica, incide sobre o seu objeto, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas processuais ou alterando o procedimento.⁴⁴⁶

Por fim, a *eficácia do direito* ou *eficácia social* da regra processual negocial, se necessária, depende da inserção do negócio jurídico processual atípico nos autos do processo e, em alguns casos, de requerimento: afinal, o juiz apenas conhece o negócio jurídico processual atípico e a regra processual negocial dele extraída se o negócio jurídico processual atípico é celebrado no processo ou se, celebrado fora do processo, a este é, por alguém, trazido.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, § 1.º, p. 13.

⁴⁴⁶ A existência do objeto do negócio jurídico processual atípico é, na nomenclatura de Antônio Junqueira de Azevedo, “fator de atribuição da eficácia diretamente visada”: “*aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados*” (*Negócio jurídico*, cap. segundo, § 4.º, p. 57).

⁴⁴⁷ Confira-se, nesse sentido, Pedro Henrique Nogueira: “*Note-se que a eficácia do negócio processual celebrado fora do procedimento, enquanto não levado a conhecimento do juiz, é restrita à esfera jurídica das partes que nele figuraram. O juiz não pode estar vinculado a uma convenção ou negócio jurídico estranho aos autos. Por isso, devem as partes, exercendo os direitos e faculdades oriundas do pacto, apresentar ao juízo o negócio para que aquilo que se convencionou seja cumprido*” (*Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 4, p. 269). A inserção do negócio jurídico processual atípico no processo a que se refere é, na nomenclatura de Antônio Junqueira de Azevedo, “fator de atribuição da eficácia mais

Por isso, não se concorda com Lorena Miranda Santos Barreiros, para quem a inserção do negócio jurídico processual atípico no processo é condição de sua “eficácia jurídica plena”.⁴⁴⁸ O negócio jurídico processual atípico válido é imediatamente eficaz, tão logo celebrado (art. 200 do CPC/2015). A sua inserção nos autos do processo é apenas condição para que o juiz conheça sua existência e, se necessário, aplique a regra processual negocial (eficácia do direito ou eficácia social).

Obviamente, isso não é pouco: sobretudo em casos de descumprimento de negócios jurídicos processuais atípicos e em casos de negócios jurídicos processuais atípicos que demandam alguma atuação específica do juiz, sua inserção no processo é medida indispensável à aplicação da regra processual negocial; caso contrário, o juiz não conhecerá do negócio jurídico processual atípico e, portanto, não terá como aplicá-la.

De qualquer forma, conclui-se que a eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos é imediata, ou seja, não depende de homologação judicial.

7.1.2. As exceções

Segundo Lorena Miranda Santos Barreiros, exceção à desnecessidade de homologação judicial dos negócios jurídicos processuais atípicos são os casos em que, “*por sua similitude a um negócio típico dependente de homologação, atraia a normatização deste*”.⁴⁴⁹ Apesar da existência de um microsistema de negociabilidade processual (v. n. 3.6, acima), a afirmação da autora deve ser adotada com cautela,

extensa”: “*aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, erga omnes*” (Negócio jurídico, cap. segundo, § 4.º, p. 57).

⁴⁴⁸ Confira-se: “*Para os negócios processuais celebrados no bojo de um processo (ou para os negócios antecedentes, com o advento do processo a que se referem), a eficácia jurídica deles emanada é, salvo a existência de condição suspensiva ainda não implementada, plena ou final, encontrando-se o acordo processual apto a produzir seus efeitos próprios. A referibilidade a um processo é pressuposto de existência do negócio processual; a sua inserção em um processo real afigura-se como condição viabilizadora de sua plena eficácia*” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.5.1, p. 275).

⁴⁴⁹ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.5.2.1, p. 277.

sob pena de submeter a eficácia de diversos negócios jurídicos processuais atípicos a homologação judicial, em princípio desnecessária (v. n. 7.1.1, acima).

Seja como for, a eficácia do negócio jurídico processual atípico pode ser submetida a condição ou termo (arts. 121 a 135 do Código Civil).⁴⁵⁰ A condição, suspensiva ou resolutiva, e o termo são elementos acidentais ou particulares do negócio jurídico inserido pelo(s) próprio(s) sujeito(s) que o celebrou(aram) e que podem constituir exceções à regra de que a eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos é imediata.⁴⁵¹

Assim, não se pode descartar que o(s) próprio(s) sujeito(s) do negócio jurídico processual atípico submeta(m) a eficácia deste a condição suspensiva, qual seja, a homologação judicial – exceção que apenas confirma a regra (v. n. 7.1.1, acima).

Em geral, registre-se, a prática de atos processuais sob condição ou termo sempre foi rejeitada.⁴⁵² Contudo, de acordo com Antonio do Passo Cabral, as condições ou termos “*são plenamente admissíveis para a prática de qualquer ato processual*”, conclusão que, para o autor, “*é muito mais permeável à disciplina dos acordos processuais, pois se trata de autolimitação voluntária*”.⁴⁵³

⁴⁵⁰ Confira-se, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 4.3.4.3, p. 267-268; Flávio Luiz Yarshell, “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, n. 10, p. 85; Fredie Didier Jr., “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.7, p. 120; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.7, p. 395; Leonardo Carneiro da Cunha, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, n. 14 ao art. 190 do CPC/2015, p. 64; Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.5.2.2, p. 277-279.

⁴⁵¹ Confira-se, na teoria geral dos fatos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello: “*A vontade dos figurantes do negócio jurídico, segundo a amplitude do poder de autorregramento que lhe assegura o sistema jurídico, constitui o elemento que mais pode influir no surgimento, modificações e duração da eficácia jurídica. A possibilidade ampla de se estabelecerem condições e termos nos negócios jurídicos revela o quanto pode a vontade em relação à eficácia*” (*Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, § 7.3, p. 48).

⁴⁵² Confira-se, por todos, Barbosa Moreira: “*Não podem os atos processuais, em regra, ser praticados sob condição ou a termo: isso atentaria contra a exigência de certeza e segurança no desenvolvimento do processo. Afirma a doutrina que as convenções das partes escapam a semelhante restrição. Ao nosso ver, a lição tem de ser recebida com o clássico grão de sal: ao menos com referência a certas convenções que influem diretamente na marcha do feito, os inconvenientes poderiam ser tão graves quanto se reconhece que são nos outros atos das partes*” (“Convenções das partes em matéria processual”, n. 6, p. 95). Confira-se, ainda, Friedrich Lent: “*Gli atti processuali non tollerano condizioni, soprattutto quando hanno un effetto costitutivo nel processo (si pensi alla proposizione di un gravame); l’ordinato svolgersi del procedimento è infatti inconciliabile con lo stato di pendenza, e con la sospensione dell’efficacia fino all’avverarsi di un fatto futuro ed incerto*” (*Diritto processuale civile tedesco*, primeira parte, § 29, n. 6, p. 123).

⁴⁵³ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 4.3.4.3, p. 268-269.

7.2. OS LIMITES (SUBJETIVOS E OBJETIVOS) DA EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Sob o ponto de vista subjetivo, a eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos é limitada ao(s) sujeito(s) que declarou(aram) vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais. Portanto, os negócios jurídicos processuais não produzem efeitos processuais *vinculantes* em relação a terceiros; em relação a estes, negócio jurídico processual atípico celebrado por outro(s) é ineficaz.⁴⁵⁴

Naturalmente, o negócio jurídico processual atípico pode produzir efeitos que atingem, de alguma forma, sujeitos que não o celebraram; trata-se de circunstância inevitável da vida em sociedade e do processo como relação jurídica processual de que participam diversos sujeitos (partes, juiz, advogados, auxiliares da justiça, terceiros intervenientes etc.).⁴⁵⁵

Em relação a terceiros, porém, os negócios jurídicos processuais atípicos não geram efeitos processuais *vinculantes*; por isso, diz-se que, em relação a terceiros, os negócios jurídicos processuais atípicos são ineficazes. Enfim, os negócios jurídicos

⁴⁵⁴ Confira-se, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral: “A *convenção processual vincula as partes que a firmaram. Trata-se da conhecida ‘relatividade dos contratos’, forte no brocardo pacta sunt servanda, que pode ser transposta para a análise dos acordos processuais (...). A relatividade dos acordos era uma premissa coerente com o modelo clássico de contrato, cujo objetivo único era fazer circular riqueza, satisfazendo as necessidades individuais dos contratantes. Com o solidarismo contratual e a consagração da sua função social (positivada no art. 422 do Código Civil), o contrato passou a ser visto não apenas como um instrumento a serviço dos interesses pessoais dos contratantes: o contrato também impõe deveres, sendo certo que as situações jurídicas desfavoráveis dele decorrentes não podem ser desconsideradas. Assim, admite-se hoje que a celebração de um acordo pode repercutir na esfera de terceiros de forma direta ou indireta. Não obstante só existir o iuris vinculum para aqueles que voluntariamente consentiram, os efeitos de uma convenção firmada entre as partes podem, vez por outra, atingir terceiros. Nesse caso, a produção de efeitos em relação aos terceiros não significa que estes sejam vinculados à convenção firmada inter alia, quer dizer apenas que os sujeitos sofrem efeitos da relação jurídica estabelecida entre as partes, efeitos que já foram qualificados como sendo ‘efeitos de fato’, ‘efeitos reflexos’, ‘indiretos’ ou ‘secundários’ (Convenções processuais, n. 4.2, p. 248-249).*”

⁴⁵⁵ Conforme, por exemplo, Pedro Henrique Nogueira: “O CPC/15 não prevê como se dá a limitação subjetiva da eficácia jurídica dos negócios processuais. Embora seja possível, diante da dicção do art. 190, caput, extrair-se a compreensão civilística quanto à limitação subjetiva da eficácia entre os negociantes, é preciso levar em conta que os limites subjetivos da eficácia do negócio jurídico dependem do ordenamento jurídico. Se o negócio jurídico processual é expressão de autodeterminação das partes, é entre elas que se dá a própria vinculação. No processo, porém, há subjacente ao ato negocial uma relação jurídica, ou diversas relações jurídicas vinculando diversos sujeitos (partes e juiz, partes e auxiliares da justiça, partes entre si etc.). Um negócio jurídico processual, direta ou indiretamente, vai interferir de maneira variada na esfera jurídica daquele que não seja negociante” (Negócios jurídicos processuais, cap. VI, n. 11, p. 291).

processuais atípicos geram efeitos processuais *vinculantes* apenas em relação ao(s) sujeito(s) que declarou(aram) vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais.⁴⁵⁶

Situações jurídicas de terceiro não podem ser vinculativamente atingidas pelos efeitos processuais de negócios jurídicos processuais atípicos; trata-se de limite subjetivo da eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos. Cogite-se a renúncia, pelas partes, do direito processual que cada uma possui a que se correlaciona o dever de cada uma de se comportar com boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015).

O negócio jurídico processual atípico em exame não gera efeitos processuais vinculantes em relação ao juiz, que possui o poder-dever processual de reprimir a litigância de má-fé (arts. 81 e 139, III, do CPC/2015), situação jurídica processual de que é titular e que, portanto, não é vinculativamente atingida pelos efeitos processuais do negócio jurídico processual atípico em exame.

Afinal, como nota Antonio do Passo Cabral, sempre que o juiz possui poder-dever processual cujo exercício independe do exercício das situações jurídicas processuais das partes, “*o juiz poderá atuar, a despeito de também ter o dever de dar cumprimento às convenções das partes*”.⁴⁵⁷ Os efeitos processuais dos negócios jurídicos processuais não atingem vinculativamente terceiros, inclusive o juiz.

Lorena Miranda Santos Barreiros ressalva, todavia, a situação do assistente simples (arts. 121 a 123 do CPC/2015), “*cuja atuação acessória no feito pressupõe vinculação às manifestações de vontade do assistido*” e, portanto, vinculação aos efeitos processuais dos negócios jurídicos processuais atípicos celebrados pelo assistido.⁴⁵⁸

Ainda sobre os limites subjetivos da eficácia do negócio jurídico processual, a autora afirma que a vinculação da parte aos efeitos processuais de negócio jurídico processual celebrado em seu nome por advogado depende da outorga de procuração

⁴⁵⁶ Enunciado 402 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo”.

⁴⁵⁷ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 4.3.2, p. 256.

⁴⁵⁸ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.5.3, p. 280.

com poderes especiais, sempre que os efeitos processuais criarem, modificarem ou extinguirem situações jurídicas processuais da parte.⁴⁵⁹

Por sua vez, ainda segundo a autora, em negócios jurídicos processuais, típicos ou atípicos, para ampliar prazo de sustentação oral, para substituir o debate oral por razões finais escritas, para fixar calendário processual ou para estabelecer o modo de intimação do advogado, por exemplo, não haveria a necessidade de poderes especiais outorgados pela parte em procuração.⁴⁶⁰

Segundo a autora, nesses casos não se exige procuração, porque o negócio jurídico processual atípico não implica criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais da parte, nem reflexa disposição do direito material.⁴⁶¹ Contudo, a razão é bem mais simples: nesses casos, ressalvado o calendário processual (art. 191 do CPC/2015), o sujeito do negócio jurídico processual atípico é o próprio advogado, que o celebra *em nome próprio*.

Em relação ao(s) sujeito(s) que celebrou(aram) o negócio jurídico processual atípico, os efeitos processuais são vinculantes, vinculatividade que se estende aos sucessores (por ato *inter vivos* ou causa mortis – arts. 109 e 110 do CPC/2015) e ao (re)presentado, quando o negócio jurídico processual atípico é celebrado pelo (re)presentante.⁴⁶²

Conseqüentemente, o negócio jurídico processual atípico celebrado por membro do Ministério Público vincula a *instituição* Ministério Público, em respeito ao

⁴⁵⁹ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.5.3, p. 281.

⁴⁶⁰ Confira-se: “*Tratando-se de acordo processual que não se enquadre em uma dessas hipóteses (o que ocorre, via de regra e exemplificativamente, nos acordos para ampliação de prazo de sustentação oral, na substituição de debate oral por memorial escrito, na fixação de calendário processual e no estabelecimento de intimação do advogado por e-mail ou por rede social), poderá o advogado celebrar a convenção independentemente da existência de poder especial consignado em procuração*” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.5.3, p. 281-282).

⁴⁶¹ Confira-se, mais uma vez e a *contrario sensu*: “*O advogado da parte pode celebrar, diretamente em nome daquela, negócios jurídicos processuais. Não havendo participação da parte no acordo processual, a atuação do advogado demandará a outorga, pela parte, em procuração, de poder especial para tal finalidade em duas situações. A primeira delas, quando se tratar de negócio processual que implique disposição de direito processual ou em assunção de novo ônus ou dever processual. A segunda situação consiste na celebração de acordo processual que possa, ainda que reflexamente, implicar disposição do direito material discutido em juízo*” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.5.3, p. 281-282).

⁴⁶² Enunciado 115 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores”.

princípio da unidade (art. 127 da Constituição Federal). O negócio jurídico processual atípico celebrado pelo juiz vincula o órgão jurisdicional. A substituição do membro do Ministério Público e/ou do juiz que celebrou o negócio jurídico processual atípico é irrelevante (v. n. 5.1.2, acima).⁴⁶³

Sob o ponto de vista objetivo, a eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos é limitada pela disponibilidade em sentido amplo do direito material eventualmente afetado pela disposição de ou sobre situação jurídica processual ou procedimento (v. n. 6.3.1.4, acima). Cogite-se, por exemplo, de negócio jurídico processual atípico através do qual a parte renuncie à situação jurídica processual ativa correlata ao direito material de exercer a exceção de contrato não cumprido.

A eficácia do negócio jurídico processual atípico em exame é limitada, sob o ponto de vista objetivo, pela disponibilidade em sentido amplo (validade e eficácia da disponibilidade) do direito material. Se, por qualquer razão, o titular do direito material não puder dele dispor, a eficácia do negócio jurídico processual atípico será limitada. Como visto, trata-se de problema de eficácia e não de validade, muito menos de licitude do objeto do negócio jurídico processual atípico (v. n. 6.3.1.4, acima).

7.3. A APLICAÇÃO DA REGRA PROCESSUAL NEGOCIAL – A INTERPRETAÇÃO, PELO JUIZ, DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Em geral, os negócios jurídicos processuais atípicos propriamente ditos, cujos objetos são situações jurídicas processuais (v. n. 3.3.3) não dependerão de aplicação pelo juiz no caso concreto, desde que a regra processual negocial seja observada (se houve renúncia ao ônus processual de contestar e a parte não contesta; se houve renúncia ao poder processual de denunciar terceiro à lide e a parte não denuncia etc.).

⁴⁶³ Confira-se, nesse sentido, Lorena Miranda Santos Barreiros: *“Deve-se ter em mente, por outro lado, que ao celebrar uma convenção processual, o órgão do Ministério Público fá-lo apresentando a instituição, que poderá firmá-la na medida em que possui capacidade negocial e capacidade de ser parte. Como consectário lógico dessa premissa, conclui-se que o acordo deve ser respeitado e adimplido por todo e qualquer membro do Ministério Público que venha a atuar no processo no qual deva o acordo produzir seus efeitos (...). O mesmo raciocínio há de ser aplicado ao órgão julgador que celebre uma convenção processual, típica ou atípica”* (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.5.3, p. 280).

Em caso de descumprimento do negócio jurídico processual propriamente dito, porém, é necessário assegurar a eficácia do direito ou eficácia social do negócio jurídico processual atípico e, para tanto, o negócio jurídico processual atípico deve ser ou estar inserido nos autos do processo e a parte interessada deve requerer a aplicação *incidental* da regra processual negocial.⁴⁶⁴⁻⁴⁶⁵

Contudo, não se exige requerimento individualizado, necessariamente. Como destaca Pedro Henrique Nogueira, se a parte apresenta o negócio jurídico processual atípico em juízo no início do processo e não faz qualquer ressalva, deve-se interpretar que deseja a aplicação incidental da regra processual negocial, quando for o caso, ainda que não venha a reiterá-la.⁴⁶⁶

Por sua vez, no caso de negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais (v. n. 3.3.3), a aplicação da regra processual negocial que altera o procedimento dependerá, em maior ou menor medida, de atuação do juiz, *independentemente de requerimento da parte interessada*, pois o juiz tem o dever de aplicar a regra processual negocial (v. n. 3.5.2, acima).

Então, a distinção entre negócios jurídicos processuais atípicos propriamente ditos e negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais (v. n. 3.3.3) pode ser, neste ponto, pouco útil, desde que o negócio jurídico processual atípico seja

⁴⁶⁴ Enunciado 252 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento”.

⁴⁶⁵ Contra, parcialmente, confira-se Antonio do Passo Cabral: “*Pois bem, em se tratando de acordos dispositivos, o juiz deve aplicar a regra convencional válida, que derroga a regra legislada. Se uma das partes estiver relutante em aceitar o disposto no acordo e requerer a aplicação da regra legal ao invés da norma convencional, o juiz deve indeferir o pleito (...). Já nos acordos obrigacionais, seu principal efeito é gerar a inadmissibilidade de condutas que entrem em contradição ou representem afronta às disposições convencionais (...). Assim, p. ex., as convenções pelas quais a parte se compromete a uma conduta omissiva permitem que o juiz dê cumprimento ao acordo através de uma decisão de inadmissibilidade do ato praticado em desacordo com as disposições convencionais. No caso das condutas comissivas, a questão não é tão simples, porque, diante do inadimplemento, o interessado teria duas alternativas. No processo primário, poderia buscar uma medida judicial que compelisse o convenente a praticar o ato sob pena de multa ou lançando mão de outra medida de apoio. O ordenamento autoriza também a postular uma decisão judicial que produza efeitos equivalentes aos que se pretendiam com a conduta da parte inadimplente. Não obstante, essa alternativa não poderia ser solicitada no processo primário; a medida teria que ser solicitada no processo secundário” (Convenções processuais, n. 4.3.5.1, p. 273-274).*

⁴⁶⁶ Confira-se: “*Se uma das partes leva aos autos um negócio jurídico processual, a partir desse momento está o juiz autorizado a decidir e a conduzir o procedimento em consonância com o que foi estipulado entre as partes, não sendo necessário que qualquer delas venha a arguir a inobservância do que foi pactuado (v.g., a intempestividade das petições) para que o juiz venha a aplicar o que foi estipulado entre as partes” (Negócios jurídicos processuais, cap. VI, n. 10, p. 290).*

apresentado em juízo: seja negócio jurídico processual atípico propriamente dito, seja negócio jurídico processual atípico procedimental, cabe ao juiz aplicar a regra processual negocial; no primeiro caso, considera-se feito o requerimento; no segundo caso, o requerimento é desnecessário.

Mas a aplicação da regra processual negocial pressupõe, necessariamente, interpretação, assim como ocorre com qualquer regra processual positiva. O juiz, portanto, interpreta a regra processual negocial. A diferença entre uma e outra interpretação está em que na interpretação da regra processual negocial, seus criadores, intérpretes autênticos, são os seus próprios e exclusivos destinatários.

Por isso, se o(s) sujeito(s) que celebrou(ram) o negócio jurídico processual atípico defende(m), em juízo, uma única interpretação da regra processual negocial, afigura-se necessário que o juiz observe a interpretação dada por seu(s) criador(es), intérprete(s) autêntico(s), à regra processual negocial.⁴⁶⁷ Se as interpretações defendidas são distintas, porém, aplica-se à interpretação da regra processual negocial as mesmas regras aplicáveis à interpretação dos negócios jurídicos em geral (arts. 113, 114, 422, 423 e 424 do Código Civil, por exemplo) e à interpretação das regras processuais em geral.⁴⁶⁸

Em qualquer caso, deve-se adotar a interpretação mais coerente com o princípio do autorregramento da vontade das partes, ou seja, a interpretação que

⁴⁶⁷ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: *“Importante destacar que essa atividade de interpretação haverá de ser feita pelo magistrado com a participação das partes convenientes, atendendo-se ao dever de consulta, inerente ao princípio da cooperação, bem como ao princípio do contraditório, que pressupõe participação e poder de influência na formação da decisão jurisdicional. É possível que as declarações de vontade subjacentes ao negócio jurídico processual não tenham significado unívoco, mas que, a despeito disso, as partes convenientes manifestem-se em juízo defendendo, ambas, um único e mesmo sentido para o que foi acordado. Neste caso, existente uma verdadeira interpretação autêntica do negócio e sendo esta conforme ao direito, o magistrado deverá acatá-la, sendo-lhe vedado impor ao pacto sentido não pretendido pelas partes celebrantes”* (Convenções processuais e Poder Público, n. 3.7, p. 286).

⁴⁶⁸ Enunciado 404 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem”. Enunciado 405 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Enunciado 406 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os negócios jurídicos processuais benéficos e a renúncia a direitos processuais interpretam-se estritamente”. Enunciado 407 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”. Enunciado 408 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

preserve, ao máximo possível, a existência, a validade e a eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos (v. n. 3.5.1, acima).

7.4. AS SANÇÕES AO INADIMPLEMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

O inadimplemento de negócio jurídico processual atípico pelo juiz, como sujeito ou parte dele (v. n. 5.1.2, acima), sujeita-se aos parâmetros de controle da decisão do juiz sobre a existência, a validade e a eficácia do negócio jurídico processual atípico (v. n. 6.6.5, acima), sem prejuízo de eventual sanção disciplinar.

Por sua vez, a sanção ao inadimplemento de negócio jurídico processual atípico por sujeito(s) que não o juiz consiste na aplicação coercitiva da regra processual negocial (v. n. 7.3, acima), sem prejuízo da condenação do sujeito por litigância de má-fé (arts 77 e 80 do CPC/2015) e da aplicação *incidental* de sanções previstas no próprio negócio jurídico processual atípico (cláusula penal, por exemplo – arts. 408 e seguintes do Código Civil).⁴⁶⁹

7.5. O FIM DA EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

O fim da eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos pode decorrer de diversos fenômenos, a que se dão distintos nomes, empregados de forma não uniforme.⁴⁷⁰ A ausência de uniformidade no tratamento do tema impede que se

⁴⁶⁹ Enunciado 17 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

⁴⁷⁰ Confira-se, na teoria geral dos fatos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello: “A eficácia de ato jurídico pode ser desconstituída por meio de resolução *stricto sensu*, anulação, revogação e rescisão. Essas espécies atuam no mundo jurídico em dois de seus planos: (a) no plano da existência, desjudicizando o negócio jurídico a que se referem, excluindo-o do mundo jurídico e; (b) no plano da eficácia, em geral, desconstituindo, *ex tunc*, a eficácia que tenha sido por ele (negócio jurídico) irradiada. Assim, o negócio jurídico que era, por consequência da resolução, da anulação, da revogação ou da rescisão, deixa de ser no mundo jurídico e, simultaneamente, perde, em regra, toda a eficácia que haja produzido; os efeitos que dele se irradiaram são desmanchados e devem ser tratados como se nunca houvessem existido. A deseficacização, nessas espécies, é total, repondo-se os figurantes ao estado anterior. Entretanto, há de levar-se em conta a natureza dos efeitos produzidos. Se os efeitos são daqueles que, por sua essência, não podem ser desconsiderados, porque impossível de restaurar-se o estado

apresente uma sistematização sem antes examinar pelo menos algumas das mais importantes posições a seu respeito, sob pena de arbitrariedade.

De qualquer forma, o que se considera importante destacar é que, em todos os casos, *os efeitos processuais validamente produzidos pelo negócio jurídico processual atípico devem ser preservados*: no ambiente processual, repugna-se o retorno ao *status quo ante*, que deve ser evitado, portanto; o retrocesso, no direito processual civil, é um mal que se deve evitar. A liberdade implica responsabilidade.

Por isso, a distinção entre fim da eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos com efeitos prospectivos (*ex nunc*) ou retrospectivos (*ex tunc*) deve ceder lugar à distinção entre o fim da eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos, de um lado, com preservação dos seus efeitos processuais validamente produzidos e, de outro lado, com eliminação dos efeitos processuais invalidamente produzidos.

7.5.1. A sistematização de Antonio do Passo Cabral

Sob o título de “extinção acordos processuais”, Antonio do Passo Cabral trata do fim da eficácia dos negócios jurídicos processuais em razão de três fatores: (a) “fatos extintivos e cessação involuntária da relação convencional”; (b) “extinção do acordo processual por ato voluntário” e; (c) “invalidade dos acordos processuais”.⁴⁷¹

Em primeiro lugar, o autor destaca que a extinção do negócio jurídico processual pode decorrer de fatos jurídicos em sentido estrito e exemplifica: (a) o advento no termo, no negócio jurídico processual com prazo certo; (b) a morte do

anterior, a deseficacização impõe que haja reparação por meio de indenização. Sempre, porém, que não existe a impossibilidade material (fática), a restauração deve ser completa (...). Há outras espécies que são apenas desjuridicizantes, como a resilição e o distrato; limitam-se à desconstituição do negócio jurídico, sem alcançar seus efeitos já produzidos. A partir da resilição (que é espécie de resolução lato sensu cuja eficácia é ex nunc, no que se distingue da resolução stricto sensu principalmente porque essa tem eficácia ex tunc) o negócio jurídico se extingue e não mais pode irradiar qualquer eficácia, mas a que já produziu não é desfeita; sua eficácia é, exclusivamente, ex nunc, repete-se. Com o distrato, porém, apesar de a eficácia ser apenas desjuridicizante, é possível aos figurantes do negócio jurídico fazer concessões mútuas que importem eliminar eficácia que haja sido produzida pelo negócio jurídico desfeito (distratado). Nesse caso, essa deseficacização não será própria do distrato, mas de renúncia ou de perdão, conforme a espécie que nele se embuta” (Marcos Bernardes de Mello, Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, § 13, p. 82-84).

⁴⁷¹ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4, p. 409-426.

perito consensualmente eleito (art. 471 do CPC/2015), sem regra de substituição; (c) a destruição do documento (perecimento do objeto material), sem culpa, no negócio jurídico processual para exibição de documento.⁴⁷²

Em segundo lugar, o autor destaca que a extinção *natural* do negócio jurídico processual decorre do adimplemento: “A extinção natural das convenções e contratos em geral dá-se pelo seu cumprimento ou adimplemento, independentemente de qualquer declaração judicial”. Contudo, de acordo com o autor, “quando o adimplemento não acontece, sobrevém uma crise do negócio jurídico, que pode levar à sua extinção anômala”.⁴⁷³

Em terceiro lugar, dentre as hipóteses de extinção anômala do negócio jurídico processual, o autor indica (a) a resolução; (b) a resilição; (c) a revogação; (d) o distrato e; (e) a rescisão.⁴⁷⁴

A resolução, segundo o autor, é a extinção do negócio jurídico processual que decorre de “evento superveniente à celebração da avença e que perturbe o equilíbrio negocial, gerando para a parte um direito formativo extintivo do vínculo convencional”. O evento superveniente pode ser o inadimplemento, voluntário ou involuntário, a onerosidade excessiva, a impossibilidade de prestar sem mora ou a superveniência de circunstâncias imprevisíveis (v. n. 6.3.2, acima).⁴⁷⁵

A resilição, por sua vez, “é o desfazimento do contrato em razão de manifestação de vontade de uma ou de ambas as partes direcionada à finalidade de extinguir os efeitos da avença. A resilição opera-se pela notificação da contraparte (art. 473 do Código Civil)”. De acordo com o autor, tanto a resolução quanto a resilição

⁴⁷² Confira-se: “Como visto no item anterior, o vínculo convencional extingue-se por diversas circunstâncias. Algumas delas decorrem de fatos jurídicos em sentido estrito, aqueles que não são fruto de atividade humana voluntária. Podemos enumerar alguns exemplos: (a) nas convenções estipuladas por prazo certo, a avença se extingue com o advento do termo ad quem. Imaginemos um pactum de non petendo pelo qual as partes se comprometem a não ajuizar a ação pelo prazo de dois anos. Chegado o termo ad quem, extingue-se o acordo sem necessidade de qualquer outra manifestação das partes; (b) na convenção que escolhe um determinado indivíduo como perito em razão de sua expertise pessoal, sem previsão de substituto, a morte do perito leva ao término da avença; (c) em um acordo probatório para a exibição de um determinado documento, o perecimento sem culpa (p. ex., por incêndio) do objeto material da avença – o documento – gera automaticamente a extinção do acordo processual” (Convenções processuais, n. 6.4.1, p. 409-410).

⁴⁷³ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.2, p. 410.

⁴⁷⁴ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.2.1 e 6.4.2.2, p. 410-415.

⁴⁷⁵ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.2.1, p. 410.

operam no plano da eficácia do negócio jurídico processual; diferenciam-se, todavia, na medida em que a rescisão opera *ex nunc* e a resolução opera *ex tunc*.⁴⁷⁶

A resolução e rescisão do negócio jurídico processual, segundo o autor, “*podem estar em lei ou em disposição convencional*”. A resolução ou a rescisão *unilaterais* do negócio jurídico processual bilateral ou plurilateral (v. n. 3.3.1, acima), por sua vez e ainda de acordo com o autor, depende de previsão expressa no negócio jurídico processual.⁴⁷⁷

A revogação, segundo o autor, é a “*destruição’ do vínculo convencional pelos próprios convenientes e decorre da prática de um contrarius actus consistente em declaração de vontade em sentido oposto, ou seja, trata-se de um segundo ato que sucede no tempo a convenção primeira e cujo conteúdo a exclui*”; opera, portanto, no plano da existência, eliminando a(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais.⁴⁷⁸

A revogação do negócio jurídico processual, para o autor, é possível, mas, salvo previsão em sentido contrário, a revogação unilateral de negócio jurídico processual bilateral ou plurilateral (v. n. 3.3.1, acima) é ineficaz.⁴⁷⁹

O distrato, por sua vez e ainda segundo o autor, opera no plano da eficácia, ao contrário da revogação; trata-se de negócio jurídico bilateral, necessariamente, que “*opera daquele momento em diante, com eficácia para o futuro*”.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.2.1, p. 411-412.

⁴⁷⁷ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.2.1, p. 412.

⁴⁷⁸ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.2.2, p. 413.

⁴⁷⁹ Confira-se: “*É possível haver revogação de negócios jurídicos processuais. Para as convenções, que são negócios bi- ou plurilaterais, de regra não é possível haver revogação unilateral, salvo se houver previsão na lei (p. ex., mandato judicial) ou no próprio acordo. Não havendo previsão legal ou convencional, a revogação depende do consentimento*” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.2.2, p. 413).

⁴⁸⁰ Confira-se, mais uma vez: “*O distrato diferencia-se da revogação por vários motivos. De um lado, porque o distrato é um negócio jurídico bilateral; a revogação, pela natureza do acordo ou por força de lei, pode ser unilateral (como no mandato). Além disso, o distrato não interfere no suporte fático da convenção anterior. Nesse sentido, o distrato opera daquele momento em diante, com eficácia para o futuro (ex nunc), enquanto a revogação pode ter feitos ex tunc ou ex nunc, a depender da natureza do acordo e das prestações pactuadas (p. ex., ao revogar poderes outorgados ao seu advogado, a parte o faz apenas em relação aos atos ainda por praticar, não atingindo os atos já praticados)*” (*Convenções processuais*, n. 6.4.2.2, p. 414-415).

A revogação e o distrato, de acordo com o autor, são faculdades que não se perdem pela preclusão, exceto pela preclusão temporal: a revogação e o distrato de negócio jurídico processual propriamente dito podem ocorrer enquanto existe o seu objeto (situação jurídica processual); a revogação e o distrato de negócio jurídico processual procedimental podem ocorrer até o momento em que for necessária a aplicação da regra processual negocial.⁴⁸¹

Contudo, configuram óbices à revogação e ao distrato (a) “*se a parte da convenção já tiver posto em andamento atos preparatórios para a prática de atos processuais celebrados*”; (b) a formação “*de uma estabilidade processual sobre uma cadeia de atos que englobe a situação jurídica objeto do processo*” e; (b) a submissão da eficácia do negócio jurídico processual a homologação judicial, caso em que a mesma condição se põe para a sua revogação ou distrato.⁴⁸²

A rescisão, segundo o autor, é o “*desfazimento do negócio jurídico por defeitos anteriores da celebração do negócio jurídico*”, razão pela qual se distingue tanto da resolução (que pressupõe fatos supervenientes à celebração do negócio jurídico processual), quanto da invalidação (que pressupõe defeitos contemporâneos à celebração do negócio jurídico processual); opera no plano da eficácia, apenas, “*sem apagar tudo o que se produziu validamente até ali*”.⁴⁸³

⁴⁸¹ Confira-se: “(...) caberia indagar se não haveria preclusão consumativa a impedir que se desfaçam negócios jurídicos processuais. A resposta é negativa. Não há que se falar em preclusão consumativa, porque, em se tratando de situações jurídicas processuais, nem sempre a parte exaure sua situação jurídica de vantagem ao praticar o ato de disposição inicial (...). Também não há preclusão lógica da possibilidade de revogação ou distrato, porque inexistente qualquer contradição comportamental se as partes, pela sua autonomia e a partir de um novo consentimento, optarem por desfazer os efeitos da convenção por distrato ou revogação. Por isso, pensamos equivocarem-se os autores que defendem que os negócios jurídicos processuais são irrevogáveis como regra, salvo se houvesse previsão legal ou negocial expressa em sentido contrário. Ao revés, a revogabilidade parece ser inerente à liberdade convencional, independentemente de regra expressa. Pois bem, partindo de sua admissibilidade, o distrato ou revogação da convenção processual podem ser efetivados em qualquer momento antes da instauração do processo ou mesmo na pendência do litígio perante os tribunais. Porém, devem ser diferenciados os acordos obrigacionais e os acordos dispositivos. Em relação às convenções sobre as prerrogativas das partes de agir ou não agir em juízo (acordos obrigacionais), a revogação e o distrato podem ser operados até o momento em que tal prerrogativa deveria ser exercida (...). Já em relação aos acordos dispositivos, estes podem ser revogados até o momento em que a regra convencional deveria incidir no processo, porque é este o momento em que o juiz deverá aplicar, na ausência da convenção, a regra legal” (Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.2.3, p. 415-416).

⁴⁸² Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.2.3, p. 417-418.

⁴⁸³ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.2.4, p. 418-419.

Por fim, de acordo com o autor, a extinção do negócio jurídico processual pode decorrer de invalidação (v. n. 6.6.2, 6.6.3 e 6.6.4, acima).⁴⁸⁴

7.5.2. A sistematização de Diogo Assumpção Rezende de Almeida

Sob o título de “revogabilidade da convenção”, Diogo Assumpção Rezende de Almeida trata da (a) revogação, rescisão ou distrato; (b) invalidação e; (c) revisão por onerosidade excessiva.⁴⁸⁵

Segundo o autor, “a regra é, portanto, a irrevogabilidade unilateral da convenção”, salvo expressa previsão no negócio jurídico processual “da possibilidade de rescisão unilateral”; a revogação, de acordo com o autor, pode decorrer também do distrato.⁴⁸⁶

A revogação do negócio jurídico processual, de acordo com o autor, pode decorrer, ainda, da sua invalidação (v. n. 6.6.2, 6.6.3 e 6.6.4, acima).⁴⁸⁷

Por fim, ainda segundo o autor, a revogação do negócio jurídico processual pode decorrer da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva (art. 478 do Código Civil), que consiste na “possibilidade de revisão forçada do contrato, provocada por eventos imprevisíveis e extraordinários e a prestação de uma das partes tornar-se exageradamente onerosa” (v. n. 6.3.2, acima).⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, n. 6.4.3, p. 419-426.

⁴⁸⁵ Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.8, p. 187-192.

⁴⁸⁶ Confira-se: “A irrevogabilidade como regra admite, porém, exceções. A própria autonomia da vontade, que possibilitou a formação da convenção, pode ocasionar sua revogação, seja pelo distrato ou pela expressa previsão contratual da possibilidade de rescisão unilateral” (*A contratualização do processo*, n. 3.8, p. 188-189).

⁴⁸⁷ Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.8, p. 189.

⁴⁸⁸ Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A contratualização do processo*, n. 3.8, p. 191.

7.5.3. A sistematização de Lorena Miranda Santos Barreiros

Sob o título de “revogação das convenções processuais”, Lorena Miranda Santos Barreiros trata da extinção do negócio jurídico processual pela eliminação, no plano da existência, da(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais.⁴⁸⁹

Segundo a autora, “os negócios jurídicos processuais são, em regra, irrevogáveis, salvo previsão legal ou negocial em sentido contrário”, mas “a irrevogabilidade do negócio jurídico processual não impede que possa ser ele *distratado pelas partes, em novo negócio, respeitadas as fases processuais já consumadas*”.⁴⁹⁰

De acordo com a autora, a revogação do negócio jurídico processual após a sua inserção nos autos do processo “*dar-se-á com efeitos ex nunc, observando-se: a) a necessidade de respeito à marcha processual, que veda a ocorrência de retrocessos; b) o respeito a direito adquirido pela parte adversa ou por terceiro; c) a impossibilidade de a revogação atingir preclusões temporal ou consumativa*”.⁴⁹¹

Se a eficácia do negócio jurídico processual se submete a homologação judicial, segundo a autora, a sua revogação por novo negócio jurídico processual pressuporá nova homologação judicial; em qualquer caso, a eficácia da revogação depende da sua inserção nos autos do processo.⁴⁹²

⁴⁸⁹ Confira-se: “*Há revogação quando o ordenamento jurídico permite a um dos ou a ambos os convenientes ‘retirar a voz’, ou seja, afastar, no plano fático, a manifestação de vontade que compôs o elemento cerne do suporte fático da norma negocial. O negócio jurídico é, assim, atingido em seu plano de existência, desaparecendo do mundo jurídico*” (Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.6, p. 285).

⁴⁹⁰ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.6, p. 285.

⁴⁹¹ Lorena Miranda Santos Barreiros, *Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.6, p. 285.

⁴⁹² Confira-se: “*Tratando-se de negócio processual dependente de homologação e concretizada esta, a revogação do referido ato negocial, que se fará por nova convenção, também pressuporá a homologação judicial para que produza efeitos. De todo modo, dependente ou não de homologação o ato revogatório, a sua eficácia pressupõe que seja ele levado à ciência judicial; até este momento, o negócio objeto da revogação produz efeitos*” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.6, p. 285).

7.5.4. A sistematização de Pedro Henrique Nogueira

Pedro Henrique Nogueira trata da revogação e da resilição do negócio jurídico processual.⁴⁹³

Segundo o autor, os negócios jurídicos processuais “são, a princípio, revogáveis”, revogação a significar “*retirar a voz, excluindo a manifestação de vontade e desfalcando o suporte fático do negócio jurídico*”, operando no plano da existência. A revogação, de acordo com o autor, distingue-se do distrato, que opera no plano da eficácia e significa “*extinguir, dali para frente (eficácia ex nunc), os efeitos de um negócio jurídico. Atinge-se não o negócio, mas os seus efeitos*”.⁴⁹⁴

A revogação de negócio jurídico processual, que para o autor é apenas aquele com existência contemporânea ao processo em que se destina produzir efeitos (v. n. 2.2, acima), é eficaz, segundo o autor, apenas quando inserida nos autos do processo.⁴⁹⁵

Contudo, para o autor, de um lado, os negócios jurídicos processuais cuja eficácia se submete a homologação são irrevogáveis; de outro lado, “*a revogação do negócio processual não será apta para afastar as situações jurídicas já consolidadas no processo, especialmente as preclusões*”.⁴⁹⁶

A resilição, por fim e ainda acordo com o autor, “*é o ato jurídico que põe fim a um negócio jurídico, com eficácia ex nunc*”; pode ser unilateral (resilição unilateral ou denúncia), se assim previsto no negócio jurídico processual, ou bilateral (distrato). Em

⁴⁹³ Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 8 e 9, p. 285-288.

⁴⁹⁴ Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 8, p. 285.

⁴⁹⁵ Confira-se: “*É possível falar em revogação dos negócios processuais, mas também se deve considerar que, como os negócios processuais são receptícios, a respectiva revogação também o será. Assim, nada impede que as partes, no curso do processo, pactuem, v.g., a distribuição diferenciada do ônus da prova, a eleição convencional do foro, ou a ampliação de prazos recursais, mas, posteriormente, comuniquem ambas ao juízo a revogação da avença. Enquanto a revogação não for levada a conhecimento do juízo, materializando a recepção da manifestação de vontade revocatória, prevalece o negócio jurídico revogado*” (Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 8, p. 286).

⁴⁹⁶ Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 8, p. 286.

qualquer caso, trata-se de novo negócio jurídico que extingue o negócio jurídico anterior.⁴⁹⁷

7.5.5. Conclusão parcial

A revogação, que consiste na eliminação da(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais, opera *a partir do plano da existência* para atingir o plano da eficácia do negócio jurídico processual atípico. A revogação unilateral de negócio jurídico processual bilateral ou plurilateral (v. n. 3.3.1, acima) depende de previsão negocial expressa (em regra, portanto, não se admite).⁴⁹⁸ Se a eficácia do negócio jurídico processual atípico for submetida a homologação judicial (v. n. 7.1.2, acima), a eficácia de sua revogação também se submete a homologação judicial.⁴⁹⁹⁻⁵⁰⁰⁻⁵⁰¹

A invalidação, que consiste em eventual sanção ao defeito do negócio jurídico processual atípico, opera *a partir do plano da validade* para atingir o plano da existência e o plano da eficácia do negócio jurídico processual atípico. Se se adotar a concepção segundo a qual a sanção incidental ao defeito do negócio jurídico processual atípico é a ineficácia, “recusar aplicação ao negócio jurídico processual atípico” opera a partir do plano da validade para atingir apenas o plano da eficácia do negócio jurídico processual atípico (v. n. 6.6.2, 6.6.3 e 6.6.4, acima).

⁴⁹⁷ Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 9, p. 286-287.

⁴⁹⁸ Conforme, por exemplo, Fredie Didier Jr.: “*Aplica-se aos negócios processuais bilaterais, ainda, a regra da irrevogabilidade da declaração de vontade. Salvo previsão legal ou negocial expressa, o negócio processual atípico celebrado com base no art. 190 do CPC é irrevogável*” (“Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”, n. 2.7, p. 121; *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cap. 8, n. 5.2.7, p. 396).

⁴⁹⁹ Conforme, por exemplo, Lorena Miranda Santos Barreiros: “*Tratando-se de negócio processual dependente de homologação e concretizada esta, a revogação do referido ato negocial, que se fará por nova convenção, também pressuporá a homologação judicial para que produza efeitos*” (*Convenções processuais e Poder Público*, n. 3.6, p. 285).

⁵⁰⁰ Enunciado 495 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O distrato do negócio processual homologado por exigência legal depende de homologação”.

⁵⁰¹ Contra, confira-se Pedro Henrique Nogueira: “*Devem-se ressaltar, porém, os negócios que, por disposição expressa, dependem de homologação, pois aí, uma vez homologado o negócio, não cabe cogitar de revogação (homologada a desistência da demanda, já não mais caberá à parte desistir da desistência)*” (*Negócios jurídicos processuais*, cap. VI, n. 8, p. 286).

A rescisão unilateral, o distrato (rescisão bilateral) e a resolução, por onerosidade excessiva ou impossibilidade superveniente do objeto operam *no plano da eficácia*: o negócio jurídico processual, depois da rescisão unilateral, do distrato (rescisão bilateral) ou da resolução, ainda existe e é válido, mas não é eficaz.⁵⁰² Se a eficácia do negócio jurídico processual atípico for submetida a homologação judicial (v. n. 7.1.2, acima), a eficácia de sua rescisão unilateral ou distrato (rescisão bilateral) também se submete a homologação judicial.⁵⁰³⁻⁵⁰⁴

Contudo, reitere-se: em todos os casos, *os efeitos processuais validamente produzidos pelo negócio jurídico processual atípico devem ser preservados*.

⁵⁰² Conforme, por exemplo, Antonio do Passo Cabral: “O distrato diferencia-se da revogação por vários motivos. De um lado, porque o distrato é um negócio jurídico bilateral; a revogação, pela natureza do acordo ou por força de lei, pode ser unilateral (como no mandato). Além disso, o distrato não interfere no suporte fático da convenção primitiva: o distrato desfaz o vínculo, que é um efeito, mas não apaga a convenção anterior. Nesse sentido, o distrato opera daquele momento em diante, com eficácia para o futuro (ex nunc), enquanto a revogação pode ter efeitos ex tunc ou ex nunc, a depender da natureza do acordo e das prestações pactuadas” (Convenções processuais, n. 6.4.2.3, p. 414-415).

⁵⁰³ Conforme, por exemplo, Diogo Assumpção Rezende de Almeida: “A teoria da imprevisão pode ser definida, pois, como a possibilidade de revisão forçada do contrato, provocada por eventos imprevisíveis e extraordinários e a prestação de uma das partes tornar-se exageradamente onerosa. Trata-se de cláusula implícita contida em qualquer contrato e expressamente prevista no art. 478 do Código Civil” (A contratualização do processo, n. 3.8, p. 191).

⁵⁰⁴ Enunciado 411 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O negócio processual pode ser distratado”. Enunciado 495 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O distrato do negócio processual homologado por exigência legal depende de homologação”.

8. CONCLUSÕES

A expressa previsão legal de negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro (art. 190 do CPC/2015) e o maior exame do tema pela doutrina se inserem no contexto de uma tendência mundial de adequação das regras processuais pelas partes, tendência cuja origem está na crise do direito processual civil dos séculos XIX e XX, caracterizado pelo dogma da irrelevância da vontade das partes no processo.

Contudo, essa tendência mundial de adequação das regras processuais pelas partes não deverá provocar a substituição do processo regido em maior parte por regras processuais positivas pelo processo regido em maior parte por regras processuais negociais, como alguns temem. Os negócios jurídicos processuais atípicos tendem a ser pontualmente celebrados na realidade e, com o passar do tempo, alguns deles poderão se tornar relativamente comuns.

Portanto, não se trata de assegurar que em todo e qualquer processo sejam celebrados negócios jurídicos processuais atípicos. O importante é o que se deve assegurar é que, quando sejam celebrados, os negócios jurídicos processuais, típicos ou atípicos, sejam observados, respeitados; felizmente, nesse sentido, um breve olhar para a jurisprudência atual revela uma aparente pré-disposição do Poder Judiciário em aceitar a existência, a validade e a eficácia de negócios jurídicos processuais.⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ Confira-se, exemplificativamente: TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, AI 2269263-77.2018.8.26.0000, v.u., rel. Des. RODOLFO PELLIZARI, j. 07/01/2019; TJSP, 37ª Câmara de Direito Privado, AI 2224651-54.2018.8.26.0000, v.u., rel. Des. SERGIO GOMES, j. 05/12/2018; TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado, ED 2072680-22.2018.8.26.0000, v.u., rel. Des. GILBERTO DOS SANTOS, j. 01/11/2018; TJSP, 19ª Câmara de Direito Privado, AC 1020739-41.2017.8.26.0564, rel. Des. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, j. 17/09/2018; TJSP, 19ª Câmara de Direito Privado, AI 2136057-64.2018.8.26.0000, v.u., rel. Des. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, j. 13/08/2018; TJSP, 26ª Câmara de Direito Privado, AI 2008040-10.2018.8.26.0000, v.u., rel. Des. BONILHA FILHO, j. 15/03/2018; TJSP, 26ª Câmara de Direito Privado, AC 1006002-94.2017.8.26.0576, v.u., rel. Des. BONILHA FILHO, j. 15/03/2018; TJSP, 37ª Câmara de Direito Privado, AI 2002087-65.2018.8.26.0000, v.u., rel. Des. SERGIO GOMES, j. 17/04/2018; TJSP, 17ª Câmara de Direito Privado, AI 2118535-58.2017.8.26.0000, v.u., rel. Des. PAULO PASTORE FILHO, j. 30/11/2017; TJSP, 13ª Câmara de Direito Privado, AC 1008941-98.2016.8.26.0344, v.u., rel. Des. NELSON JORGE JR., j. 16/10/2017; TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, AC 0026946-50.2010.8.26.0554, v.u., rel. Des. CESAR CIAMPOLINI, j. 19/09/2017; TJSP, 35ª Câmara de Direito Privado, AI 2255295-48.2016.8.26.0000, v.u., rel. Des. ARTUR MARQUES, j. 20/03/2017; TJSP, 38ª Câmara de Direito Privado, AI 2229990-62.2016.8.26.0000, v.u., rel. Des. CESAR PEIXOTO, j. 10/02/2017.

Como diz Loïc Cadiet, na frase apresentada na epígrafe desta dissertação de mestrado e agora livremente traduzida e adaptada, por um lado, não se deve se iludir com uma angelical fraternidade entre as partes no processo, mas, por outro lado, deve ser afastado um pessimismo que deduz da negociabilidade processual e, especialmente, da negociabilidade processual atípica, a desconstrução do Estado.⁵⁰⁶

A validade dos negócios jurídicos, na teoria geral dos fatos jurídicos, depende da perfeição jurídica dos seus elementos de existência. Portanto, a licitude do objeto (art. 104, II, do Código Civil), requisito de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, deve necessariamente ser explicada por uma qualidade do objeto do negócio jurídico processual atípico.

Por isso, a (in)disponibilidade da tutela jurisdicional e a (in)disponibilidade do direito material são, em regra, irrelevantes: não se referem, em regra, ao objeto do negócio jurídico processual atípico; são noções que não atribuem ao objeto do negócio jurídico processual atípico (situações jurídicas processuais e procedimento) qualquer qualidade, nem, portanto, a qualidade de (i)licitude.

Contudo, o legislador brasileiro condicionou a validade dos negócios jurídicos processuais atípicos à disponibilidade da tutela jurisdicional (art. 190 do CPC/2015). *De lege ferenda*, recomendável a alteração do art. 190 do CPC/2015; *de lege lata*, a disponibilidade da tutela jurisdicional é requisito objetivo de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, no direito processual civil brasileiro.

A (in)disponibilidade do direito material, por sua vez, é sempre irrelevante, sob a perspectiva da licitude do objeto de negócio jurídico processual atípico: assim como quando se dispõe da tutela jurisdicional não se dispõe do direito material, quando se dispõe de ou sobre situação jurídica processual ou procedimento não se dispõe do direito material.

Mas a noção de “disponibilidade” das situações jurídicas processuais e do procedimento é imprescindível para aferir a licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos. A disponibilidade pode ser tanto a disponibilidade como poder

⁵⁰⁶ “(...) *il ne faut verser ni dans l’angélisme d’une fraternité effusive, ni dans le pessimisme de la déconstruction de la justice étatique et de la reféodalisation des rapports sociaux*” (Loïc Cadiet, “Les conventions relatives au procès en droit français”, n. 16, p. 34).

de renúncia (disponibilidade de), quanto a disponibilidade como poder de modificação (disponibilidade sobre).

Com base na noção de “disponibilidade”, portanto, propôs-se método de exame da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos. O método não assegura resultado único, mas permite a comparação dos diferentes resultados obtidos: permite a identificação do ponto em que duas interpretações distintas se afastam e, portanto, os seus controles:

(a) identificar se o objeto do negócio jurídico processual atípico é situação jurídica processual ou procedimento e identificar se a disposição é renúncia (disposição de) ou modificação (disposição sobre);

(b) renúncia: (b.1) situação jurídica processual ativa objeto de renúncia é objeto lícito; (b.2) situação jurídica processual passiva objeto de renúncia é objeto ilícito; (b. 3) procedimento objeto de renúncia é objeto lícito, se existe outra possibilidade procedimental;

(c) modificação: (c.1) situação jurídica processual ativa objeto de modificação é objeto lícito, até o limite em que a matéria se submete a reserva de lei; (c.2) situação jurídica processual passiva objeto de modificação é objeto ilícito, exceto para criá-las ou intensificá-las; (c.3) procedimento objeto de modificação é objeto lícito, até o limite em que a matéria se submete a reserva de lei.

9. REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada’: o sistema de adaptabilidade do novo CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 257, jul. 2016.

ABREU, Rafael Sirangelo de. “A igualdade e os negócios processuais”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

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*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo*. São Paulo: LTr, 2015.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. 1.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, vol. 1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Procedimento: formalismo e burocracia”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 358, nov./dez. 2001.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. II.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. “Os ‘acordos processuais’ no novo CPC: aproximações preliminares”. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, vol. 4, n. 39, abr. 2015.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. “Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

AVELINO, Murilo Teixeira. “A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1969, t. I.

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

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CADIET, Loïc. “La qualification juridique des accords processuels”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CADIET, Loïc. “Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, vol. 62, n. 3, set. 2008, *num. speciale: accordi di parte e processo*.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1973, vol. I.

CÂMARA, Helder Moroni. *Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites*. São Paulo: Almedina, 2018.

CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, vol. 62, n. 3, set. 2008, *num. speciale: accordi di parte e processo*.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: CEDAM, 1936, vol. II.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, vol. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Calendarização processual”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. “Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Calendário processual: negócio típico previsto no art. 191 do CPC”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, vol. III.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. “Contracting for procedure”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DENTI, Vittorio. “Negozio processuale”. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffré, 1978, vol. XXVIII.

DIDIER JR., Fredie. “Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. “Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 1.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. “Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil”. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DOURADO, Sabrina. “Negócios processuais na esfera recursal”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

EXPÓSITO, Gabriela. “Natureza negocial dos provimentos judiciais”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIA, Marcela Kohlbach de. “Licitude do objeto das convenções processuais”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRARI, Vincenzo. “Le parti e il rischio del processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, vol. 62, n. 3, set. 2008, num. speciale: *accordi di parte e processo*.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GODINHO, Robson Renault. “A possibilidade de negócios processuais atípicos em matéria probatória”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GORDILHO, Paula Deda Catarino; BARBOSA, Amanda Souza. “Análise sobre as implicações do calendário processual”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

GOUVEIA, Lúcio Grassi; GADELHA, Marina Motta Benevides. “Negócios jurídicos processuais: *libertas quae sera tamen*”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRECO, Leonardo. “Convenções processuais *versus* poderes do juiz”. In: JATAHY, Carlos Roberto; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; AYOUB, Luiz Roberto (coord.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição processual: primeiras reflexões”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, vol. 1, out./dez. 2007.

GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 164, out. 2008.

KERN, Christoph Alexander. “Procedural contracts in Germany”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Nápoles: Morano, 1962, primeira parte.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. 1.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. “Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. 2.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES, Valquíria Maria Novaes. “Do negócio jurídico processual e o consumidor: interpretação da vulnerabilidade como limite aos negócios processuais”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. III.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. I.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. II.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. V.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Convenções das partes sobre matéria processual”. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Os novos rumos do processo civil brasileiro”. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Privatização do processo?”. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”. *Temas e direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. “Comentários ao art. 190 do CPC/2015”. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. “Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. “Negócios jurídicos processuais penais atípicos: uma análise da aplicabilidade do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015 aos processos criminais”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

PENASA, Luca. “Gli accordi processuali in Italia”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

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*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SATTA, Salvatore. “Accordo (diritto processuale civile)”. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffré, 1958, vol. I.

SCHLOSSER, Peter. “Eiverständliches Parteihandeln im deutschen Zivilprozess”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, Paula Costa e. “*Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. “A vulnerabilidade na negociação processual atípica”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

TALAMINI, Eduardo. “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 264, fev. 2017.

TALAMINI, Eduardo. “Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais”. *Migalhas*, 21.10.2015, disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “Natureza e objeto das convenções processuais”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. “Negócio jurídico processual”. In: TUCCI, Rogério Lauria (coord.). *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. 1.

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*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.