

DA POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO, POR MEIO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, DE HIPÓTESE DE BLOQUEIO DE BENS ANTES DA CITAÇÃO DO DEVEDOR NO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

Alan Shatner Ferreira¹

Resumo: O presente artigo busca saber se é possível às partes, em contrato, criarem formas de constrição judicial de bens antes mesmo da citação do devedor, para o caso de ação de execução decorrente dessa relação contratual. Isso porque já se sabe que o Código de Processo Civil preocupa-se com a efetividade da execução tanto é que permite a averbação premonitória (artigo 828, do CPC) e a hipoteca judiciária (artigo 495, do CPC) que independem de qualquer demonstração de risco ao resultado do processo ou probabilidade do direito, mas tão somente que a execução seja recebida pelo juiz, no primeiro caso, e que haja sentença, mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo, no segundo. Essas formas de constrição, contudo, não alcançam todo o patrimônio do devedor eis que funcionam apenas para bens sujeitos a registro. A pergunta, então, que se pretende responder é: seria possível criar, negocialmente, com azo no artigo 190, do CPC, formas de constrição judicial de outros bens, antes mesmo da citação do devedor, como o arresto de dinheiro em instituições financeira? Para responder a essa pergunta fora realizada revisão de literatura, mas também se analisou jurisprudência a respeito dos negócios jurídicos processuais. O trabalho inicia-se com uma análise pormenorizada do que é o negócio jurídico processual e seus limites, e após adentra ao tema de sua utilização com no objeto de estudo. Concluiu-se pela possibilidade, observadas algumas ponderações que, em síntese, tangem a observância dos requisitos de validade comuns a todos os negócios jurídicos processuais.

Palavras Chaves: Negócio jurídico processual. Ação de Execução. Criação de forma de constrição judicial. Garantia da execução.

Abstract: This article seeks to know if it is possible for the parties, in a contract, to create forms of judicial constriction of assets even before the service of process of the debtor, in the case of execution action arising from this contractual relationship. This is because it is already known that the Code of Civil Procedure is concerned

¹ Bacharel em direito (UNIP). Pós-graduando em processo civil pela PUC/SP (COGEAE). Advogado.

with the effectiveness of the execution, so much that it allows premonitory registration (article 828 of the Brazilian civil process code) and judicial mortgage (article 495 of the Brazilian civil process code) that are independent of any demonstration of risk to the outcome of the process or probability of the right, but only that the execution is received by the judge, in the first case, and that there is a sentence, even if challenged by an appeal with suspensive effect, in the second. These forms of constriction, however, do not reach all of the debtor's assets and therefore only work for assets subject to registration. The question, then, that is intended to be answered is: would it be possible to create, with azo in article 190 of the CPC, forms of judicial constriction of other assets, even before the debtor's summons, such as the seizure of money in financial institutions? In order to answer this question a literature review had been carried out, but jurisprudence had also been analyzed regarding procedural legal transactions. The work begins with a detailed analysis of what is the procedural legal business and its limits, and then goes into the subject of its use with the object of study. It was concluded by the possibility, observed some considerations that, in summary, tangibly meet the requirements of validity common to all procedural legal business.

Keywords: Procedural legal business. Execution Action. Creation of a form of judicial constriction. Guarantee of execution.

INTRODUÇÃO

No escopo de responder a indagação que motivou esse estudo, que é a possibilidade de criação em contrato, de forma negociada entre as partes, com fulcro no artigo 190, do Código de Processo Civil, o presente trabalho inicia com breves considerações sobre a jurisdição e os limites impostos ao Estado em seu exercício, limites esses que decorrem dos direitos fundamentais basilares em qualquer Estado Constitucional de Direito.

Nesse primeiro capítulo estabelece-se o processo como um tema de gênese constitucional, ou seja, o processo como meio de utilização da jurisdição deve buscar seus fundamentos e validade no texto da constituição e obedecer aos limites que ela impõe ao Estado, sem o qual nunca será de acordo com os ditames do princípio do devido processo legal.

Segue-se a um estudo bibliográfico do negócio jurídico processual conforme estabelecido no artigo 190, do Código de Processo Civil. Estuda-se a liberdade negocial, o conceito de negócio jurídico processual, sua classificação, requisitos de existência e validade, quais seja, forma e manifestação de vontade, agente capaz e objetivo lícito.

O trabalho aborda, em cada uma dessas questões, as principais divergências doutrinárias a respeito do tema, que não são poucas mesmo em questões como capacidade para firmar o negócio jurídico processual, forma e manifestação de vontade.

Dá-se especial atenção ao requisito de validade “objeto lícito” em que se encontra o maior desafio interpretativo do negócio jurídico processual. Inclusive, o presente trabalho cuida-se exatamente desse ponto. É saber se o negócio jurídico pode ter como objeto a criação de formas de constrição judicial, alterando-se o procedimento executivo de pagar quantia para antes da citação do devedor realizar constrições em bens não sujeitos a registro.

Na terceira parte do trabalho adentra-se a possibilidade de o negócio jurídico processual, agora já bem estudado, poder ser utilizado no processo de execução. Analisa-se, também, de maneira breve, o procedimento executivo e os meios já existentes no Código de Processo Civil que permitem a constrição judicial de bens antes da citação do devedor, como a averbação premonitória e antes mesmo de proposto um processo de execução, como ocorre na hipoteca judiciária. Elas demonstram que constrição judicial antes da citação do devedor não é algo alheio ao sistema processual.

Após esses pontos adentra-se a questão da possibilidade de criação, pelas partes, de formas de constrição judicial, chegando-se a uma resposta afirmativa, desde que obedecidas algumas condições que tangem aos requisitos de validade do negócio jurídico processual, com atenção especial para a igualdade das partes.

1. O ESTADO A JURISDIÇÃO E O PROCESSO

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam a evolução histórica que houve até o surgimento da

jurisdição e do processo. Comentam os autores que não há sociedade sem direito, mas até que passasse ao estado o dever de dizer o direito houve três etapas que podem ser sintetizadas como (i) autotutela; (ii) arbitragem facultativa; (iii) arbitragem obrigatória.²

A autotutela imperou no período mais primitivo das sociedades em que o estado ainda não possuía força suficiente para exercer a jurisdição. Sua característica está na resolução de conflitos pela imposição dos seus interesses pelo mais forte ao mais fraco. Nesse período também havia resolução de conflito pela autocomposição em que uma ou ambas as partes abrem mão de parte ou da integridade de sua pretensão para a solução da controvérsia.

Esse sistema era bastante injusto e desigual favorecendo o mais forte e ao perceberem suas mazelas as sociedades passaram a valer-se da heterocomposição. Existindo um conflito, as pessoas facultativamente levavam esse conflito para que fosse solucionado por um terceiro, essa função foi inicialmente exercida por sacerdotes ou anciãos, que tinham aceitabilidade social eis que suas decisões refletiam a vontade dos deuses, no primeiro caso, e os costumes e padrões da sociedade, no segundo. Esse é o período da arbitragem facultativa.

A próxima etapa da evolução foi a arbitragem obrigatória. Nesse período, surgiu a partir do século III d.C., no Império Romano Clássico; nesse período, as pessoas, quando envolvidas em um conflito de interesses, procuravam um pretor, autoridade pública, e se obrigavam a aceitar a solução que seria dada ao caso, após isso escolhiam de comum acordo o árbitro que era encarregado de decidir a causa pelo pretor.

O estado, então, se fortaleceu e o próprio pretor passou a conhecer do mérito da causa e decidir o conflito. Nesse momento surge a jurisdição em que o próprio estado substitui as partes e resolve o conflito. Em todo esse processo de evolução o estado passa a estabelecer normas abstratas a servir de critério objetivo e vinculativo para essas decisões, tornando a jurisdição cada vez mais aceitável

² Nas palavras dos autores: “As considerações acima mostram que, antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido em que a entendemos hoje).” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29)

pelas pessoas e também mais segura, afastando-a do subjetivismo e da imposição da vontade do mais forte ao mais fraco.

No ver de Cintra, Grinover e Dinamarco hoje se reconhece como função da jurisdição não só o dever de dizer o direito como também de impor a decisão aos jurisdicionados. Pode-se ressaltar que a jurisdição possui três objetivos, social (que tange à pacificação social e a educação sobre os próprios direito e os direitos dos demais), político (preservação do valor liberdade e do sistema jurídico e sua autoridade) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito).³

Interessa ressaltar, contudo, que o modelo de Estado narrado acima em que surgiu a jurisdição, não é o mesmo que o atual. Hoje, com a constituição, a principal característica do Estado é ser um Estado de Direito, com separação de poderes e respeito aos direitos fundamentais dos seres humanos

Disserta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que seu surgimento ocorreu no final do século XVIII, de um propósito claro de evitar o arbítrio dos governantes, estabelecendo um governo de leis e não de homens.⁴

No Estado de Direito o estado já não possui poderes, mas funções e deve utilizar delas para a realização do ser humano, em total respeito aos seus direitos fundamentais.

Entre os direitos fundamentais estão a dignidade da pessoa humana, fundamento da república de acordo com o que afirma o artigo 1º, III, da CF/88, o direito a liberdade e o devido processo legal, no artigo 5º, *caput* e inciso VIII, entre outros descritos no texto constitucional e em tratados internacionais de direitos humanos.

Esses direitos atingem profundamente o modelo de estado e suas funções, inclusive o processo como o meio pelo qual o estado faz uso da jurisdição.

Conforme o modelo contratualista de estado, esse surgiu como maneira de se garantir os direitos fundamentais de cada cidadão. Isso é realizado, segundo Rousseau, com o ato de cada cidadão que entrega uma pequena parcela de seus

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 19.

direitos ao estado, de modo que todos entregando um pouco, ninguém entrega nada, prosseguindo-se livres, sendo o estado o garantidor dessa liberdade.⁵

Trícia Navarro Xavier Cabral, aponta que a versão contemporânea de jurisdição sofreu influências de três importantes movimentos: (a) a democratização do estado de direito; (b) a constitucionalização das normas infraconstitucionais, incluindo o processo civil; e (c) a necessidade de tutela efetiva dos direitos fundamentais.⁶

Como ensina Cássio Scarpinella Bueno é necessário estudar o processo a partir da constituição, razão de ser desse primeiro capítulo que situa o assunto como matéria com gênese constitucional.⁷

2. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

2.1. Liberdade de negociação

O princípio da liberdade, conforme conceituado por José Afonso da Silva, “consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.⁸ O princípio da liberdade possui conteúdo complexo, podendo-se falar em liberdade de expressão, liberdade de locomoção, liberdade de associação.⁹

Dentre esses diversos conteúdos do direito à liberdade, encontra-se o direito ao autorregramento, “por meio do qual os indivíduos podem regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputam melhor ou mais adequado para a sua existência”¹⁰. No conteúdo do autorregramento da vontade

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: princípios do direito político. São Paulo: Pilares, 2013, p. 63.

⁶ CABRAL. TRÍCIA NAVARRO. Limites da Liberdade Processual. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 15.

⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 18.

⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 235.

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 230/260.

¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 20.

encontram-se a liberdade de negociação, liberdade de criação, liberdade de estipulação e liberdade de vinculação¹¹.

Essa liberdade negocial que muito foi desenvolvida e discutida pelos civilistas agora é discutida dentro do processo civil, questão que, como abaixo se verá, já possuía discussão anterior ao CPC/2015, mas ganha novo fôlego com o código atual.

2.2. Conceito de negócio jurídico processual

O novo Código de Processo Civil previu, no artigo 190, que as partes podem firmar negócios jurídicos processuais. Trata-se de avenças sobre o próprio processo, seu procedimento, os ônus, faculdades e deveres das partes.

Reza o artigo 190, da seguinte forma:

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

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

O tema não é novo, há doutrina escrita na década de 80, do professor Barbosa Moreira¹² e há defensores na doutrina, como Fredie Didier Jr., de que sob a vigência do CPC/73 já era possível a realização de negócios jurídicos processuais, tanto típicos como se via em exemplos claros previstos no código como a cláusula de eleição de foro (artigo 102, CPC/73) e a convenção de arbitragem, como atípicos com fundamento do artigo 158, do CPC/73.¹³

De fato, vários são os exemplos de negócios jurídicos processuais tipificados na lei, ainda na égide do CPC/73. A questão é que o atual diploma processual alargou significativamente a possibilidade de negociação no âmbito

¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 20.

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: Temas de Direito Processual. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984.

¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Bahia: JusPodivm, 2018, p. 461.

processual¹⁴ existindo dúvidas razoáveis sobre sua possibilidade de aplicação e seus limites.

Fredie Didier Jr. conceitua o Negócio Jurídico Processual da seguinte maneira: “É o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.”¹⁵

Em seu ver o Negócio Jurídico Processual é fonte de norma jurídica processual, razão pela qual vincula o judiciário que deve fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive convencionais.¹⁶

Essa definição não é pacífica na doutrina, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes Nery¹⁷, conceitua o Negócio Jurídico processual da seguinte maneira:

Negócio jurídico processual é o ato celebrado no ou para o processo com declaração e manifestação de vontade dirigida especificamente a um fim determinado que submete a(s) parte(s) declarante(s) a seu conteúdo normativo. Podem ser declarações unilaterais ou plurilaterais às quais o ordenamento jurídico deu o poder de constituir modificar e extinguir direitos nos termos pretendidos pelos declarantes.¹⁸

¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 64.

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Bahia: JusPodivm, 2018, p. 439.

¹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Bahia: JusPodivm, 2018, p. 439.

¹⁷ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica: Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 77. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai. 2020.

¹⁸ A Autora discorda, em sua tese de doutorado, das definições que se valem do conceito de suporte fático para conceituar os negócios jurídicos processuais. Isto porque, como bem desenvolve na tese, essa definição têm por pressuposto a fenomenologia jurídica conforme o paradigma positivista em que a “norma jurídica se resume ao seu texto normativo, compreendendo como jurídico o fato, ato ou negócio jurídico que a ele se subsuma, como se para que jurídico fosse seria necessário amoldá-lo, encaixá-lo perfeitamente ao que diz a regra jurídica é pretender a cisão entre direito e fato, como se um subsistisse sem o outro.” Aduz que o positivismo admite concepção autônoma e abstrata da norma jurídica, que prescindida de interpretação para que seja alcançada, de forma que sua aplicação se dá pelo silogismo e que isso transforma a lei em razão autônoma, desprezando o mundo concreto em que está inserida. Argumenta que o pós-positivismo trouxe avanços em relação a esse entendimento em que o texto da norma não mais se confunde com a norma jurídica em si e a aplicação do direito já não ocorre mais com azo no silogismo, mas em processo hermenêutico (2016 p. 74-77).

Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 761) possuem o mesmo entendimento defendido pela Carmen Nery, a respeito da conceituação do negócio jurídico processual, destacando que esse negócio jurídico processual tem de mais especial que é dirigir a vontade das partes com escopo no e para o processo¹⁹.

Essa discordância, todavia, se restringe ao campo teórico eis que na prática esses autores têm sido bastante abrangentes quanto a liberdade de negociação do âmbito do processo civil, em relação as alterações no procedimento e disposições sobre ônus, deveres, poderes e faculdades processuais.

Todavia, há na doutrina vozes ou contrárias ou restritivas ao Negócio Jurídico Processual, como é o caso de Cássio Scarpinella Bueno, que entende existir impedimentos constitucionais ao negócio jurídico processual.

Vejo limites no direito de as partes disporem sobre o que não é seu, justamente porque o processo não se confunde com o direito material nele discutido e que reclama – e por vezes, justamente no malogro de outras técnicas para a solução de conflitos, impõe – prestação de tutela jurisdicional. Diálogo entre os dois planos sim; sobreposição nunca. Modelo cooperativo do processo sim; privatista, não.²⁰

Ao dispor sobre o Negócio Jurídico Processual, importante lembrar do disposto no artigo 200, do Código de Processo Civil que disciplina que “os atos das partes consistem em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”

Esse artigo corresponde ao artigo 158, do CPC/73, e possui relação direta com o artigo 190, eis que afirma que as negociações processuais geram imediata constituição de direito, inclusive os negócios atípicos. Embora existisse correspondente no código anterior, a cláusula geral de negociação processual somente foi positivada com o código atual.

2.3. Classificação dos negócios jurídicos processuais

¹⁹ Nas palavras dos autores: “Negócio jurídico processual. Conceito. Negócio jurídico processual é negócio jurídico celebrado, em juízo ou fora dele, com a intenção de produzir efeitos processuais, antes do processo (pré-eficácia do negócio processual), no curso do processo ou depois de encerrado o processo (pós-eficácia do negócio processual).” Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado, 16ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. 9 CPC 191, p. 761.

²⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 218.

Várias são as classificações possíveis aos negócios jurídicos processuais o que dependerá da maneira pelo qual o tema é abordado, sob qual ótica ou perspectiva ele é analisado. Fredie Didier Jr. *v. g.*, assevera que o negócio jurídico processual pode ser típico ou atípico, unilateral, bilateral ou plurilateral, expresso ou tácito, pré-processual ou processual, e negócios processuais dependentes de homologação e os independentes de homologação.²¹

Por negócio jurídico processual típico, aduz o processualista, serem aqueles que já possuem previsão legal, como a eleição de foro (artigo 63, CPC), o acordo para suspensão do processo (artigo 313, II, do CPC), o adiamento negocial da audiência (artigo 362, I, CPC) entre outros. Já os acordos atípicos são aqueles entabulados com azo no artigo 190, do Código de Processo Civil, que permite às partes a realização de negócios jurídicos sobre o procedimento ou situações jurídicas processuais como ônus, poderes, faculdades e deveres.²²

O negócio unilateral é aquele que depende apenas da manifestação de vontade de uma das partes para que produza efeitos, como a desistência e a renúncia, sendo que o artigo 200, do CPC garante validade a eles. Os bilaterais, por sua vez, dependem da manifestação de vontade de ambas as partes, como a eleição de foro e o adiamento acordado da audiência, acima já comentados.²³

O negócio seria plurilateral, se dependentes da participação de mais de duas pessoas, como a sucessão processual voluntária (artigo 109, CPC) e os que ocorrem com a participação do juiz, como a organização compartilhada do processo (artigo 357, §3º, CPC) e a calendarização²⁴ (artigo 191, CPC).

Prossegue o autor asseverando a possibilidade de acordos expresso, à exemplo do foro de eleição, e tácito, como a renúncia tácita à convenção de arbitragem e aceitação tácita da decisão. Pré-processual ou processual, conforme seja realizado antes ou durante o processo e dependentes ou independentes de homologação, conforme precisem ou não de homologação judicial.

²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 440/442.

²² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 440/442.

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 440/442.

²⁴ Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes Nery (2016, p.80), defende que se houver litisconsórcio passivo ou ativo e se as vontades desses litisconsortes forem direcionadas também para a criação do negócio jurídico, ele será plurilateral. E Flávio Luiz Yarshell (2015.p. 65), comenta que com exceção dos casos de calendarização processual o juiz não é parte do processo eis que dele não emana declaração de vontade constitutiva do negócio jurídico. Sua participação teria um caráter profilático.

O presente trabalho cuida apenas dos negócios jurídicos processuais atípicos, elaborados com azo no artigo 190, do Código de Processo Civil. Por serem atípicos, nos parece também que necessariamente serão expressos²⁵, bilaterais ou plurilaterais, podem ser pré-processuais ou processuais e em regra serão independentes de homologação²⁶.

2.4. Requisitos de existência e validade dos negócios jurídicos processuais atípicos realizados com azo no artigo 190, do código de processo civil

A doutrina tem dado aos negócios jurídicos processuais regime misto englobando elementos de direito civil e direito processual, quando se trata de analisar requisitos de existência, validade e eficácia.

Destarte, necessário analisar os requisitos descritos do título I do livro III do Código Civil que estabelecem regras gerais dos negócios jurídicos, além dos dispositivos atinentes às regras processuais, descritos no próprio artigo 190, mas sem olvidar de outros dispositivos, notadamente os que versam sobre nulidade nos artigos 276/283, do CPC/2015.

Essa situação faz com que a análise seja complexa, mas, facilitando a questão, vale lembrar da lição de Carmen Nery no sentido de que o negócio jurídico processual, será regido por normas substanciais quando a questão analisada for de direito material, e por normas de direito processual, quando a questão analisada for afeta a esta disciplina.²⁷

O artigo 104, do Código Civil prescreve que o negócio jurídico para ser válido necessita de agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável – e a doutrina acrescenta que não seja contrário à moral e aos bons

²⁵ Flávio Luiz Yarshell aduz que deverão ser sempre por escrito, embora pondere possam ser registrados de outra forma, *v.g.*, eletrônica, desde que garantido o pronto acesso às partes e juiz, sempre que necessário (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 67).

²⁶ Nesse sentido o enunciado nº 115 da II Jornada de Direito Processual Civil: “O negócio jurídico processual somente se submeterá à homologação quando expressamente exigido em norma jurídica, admitindo-se, em todo caso, o controle de validade da convenção.”

²⁷ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. *O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica: Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil*. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 132. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%20C3%ADgria%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020.

costumes – e forma prescrita ou não defesa em lei. Sendo que a declaração de vontade livre e desimpedida também é apontada pela doutrina em geral como elemento necessário à existência e validade do negócio jurídico.

É sabido que para o negócio existir é necessário o agente, o objetivo e a forma, enquanto que para que seja válido, o agente deve ser capaz, o objeto deve ser lícito, possível determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei. Sua eficácia, também pode estar sujeita a termo ou condição.

Feita essa introdução, segue breve análise dos requisitos de existência e validade do negócio jurídico processual.

2.4.1. Forma e manifestação de vontade

Em relação à forma, o Código Civil estabelece no artigo 104, III, que a forma do negócio jurídico será aquela prescrita ou não defesa em lei. E é possível asseverar que não há qualquer forma prescrita ou defesa em lei para o negócio jurídico processual²⁸. Não obstante, conforme já informado acima, esse trabalho se concentra nos negócios jurídicos processuais atípicos previstos no artigo 190, do Código de Processo Civil, e algumas considerações a respeito da forma devem ser realizadas.

O negócio jurídico processual atípico é aquele que versa sobre ônus, deveres, faculdades, poderes processuais ou mesmo sobre o procedimento adotado no processo. Daí deve-se aplicar a parêmia de que *quod non est in actis non est in mundo*. Com azo nessa regra, Flávio Yarshell²⁹ afirma que é indispensável que o negócio jurídico processual seja escrito, admitindo que esteja em outra forma, como eletrônica, mas desde que seja possível analisar o conteúdo do negócio pelas partes ou juiz de pronto sempre que necessário.

A manifestação de vontade deve ser livre e desimpedida, sob pena de vício resultante de erro, dolo ou coação. Já se pontuou acima, também, que deve ser expressa.

²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 455.

²⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 65.

Ensina Maria Helena Diniz que o consentimento é elemento necessário em todos os negócios jurídicos, o que releva anotar nesse ponto é que a manifestação de vontade pode ser tácita, salvo se a lei exigir forma expressa (artigo 432, CC) e até mesmo o silêncio é fato gerador de direitos (artigo 111, CC)³⁰. No que tange aos negócios jurídicos processuais em geral, verifica-se que essa classificação é relevante, já que o consentimento para a sucessão processual voluntária pode ser tácito (artigo 109, §1º, CPC/2015)³¹ assim como a recusa ao foro de eleição ou convenção de arbitragem, *v. g.*, pode resultar do silêncio do Réu, ao nada dizer em sua contestação³². Cuidando-se de negócio jurídico processual atípico, a depender da hipótese, o mesmo regramento poderá ser aplicado.³³

No entanto, restringindo-se no momento a requisitos necessários para que o negócio exista e seja válido, basta dizer que é necessário consentimento expresso, livre e consciente.

Deve ser expressa eis que, como acima mencionado, para o negócio processual atípico é necessária a forma escrita³⁴, já a manifestação de vontade livre e consciente, impede que o negócio seja eivado por erro, dolo ou coação.

2.4.2. Agente capaz

O Código Civil prevê no artigo 104, I, como elemento do negócio jurídico o agente capaz. Os agentes do negócio jurídico processual serão os titulares da relação material que decidirem, em sua esfera de liberdade, negociar, ainda que potencialmente, o procedimento e suas relações processuais.

Flávio Yarshell³⁵ pondera que o juiz não é parte do negócio jurídico processual, mesmo quando o negócio for realizado em sua presença, o que pode ser vantajoso pelo caráter profilático. Como já visto acima, o negócio jurídico

³⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 500

³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 441.

³² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 441.

³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 458.

³⁴ É sabido que manifestação de vontade expressa não se confunde com forma escrita, eis que por forma expressa deve se entender toda maneira pela qual o contratante expressa sua vontade, como a forma verbal. No entanto, tendo em vista a necessidade de constar nos autos, essa manifestação precisará ser reduzida a termo.

³⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 65.

processual será plurilateral quando se tratar de calendarização processual, única hipótese em que o juiz participará dele.³⁶

No que tange à capacidade do agente, importante mencionar que o Código de Processo Civil, no artigo 190, aduz expressamente que será possível a realização de convenções processuais sendo as partes *plenamente capazes*. Por esta razão, pode-se excluir o absolutamente ou relativamente incapaz, ainda que representado ou assistido.³⁷

Mas, a questão não é pacífica. Fredie Dieier Jr., *v. g.*, entende que o dispositivo legal, ao dizer “plenamente capaz” quis se referir ao plenamente capaz no âmbito processual e não no âmbito do direito material. Destarte, argumenta que o absolutamente ou relativamente incapaz pode firmar negócio jurídico processual, desde que representado ou assistido.³⁸

Em seu entender a capacidade aduzida pelo texto legal é a capacidade processual negocial que abrange a primeira e assevera que diversos entes, mesmo que capazes processuais, são incapazes em relação a capacidade negocial processual. O parágrafo único do artigo 190³⁹ daria o tom de quais são as pessoas que não possuiriam essa capacidade processual negocial, seriam aquelas que estejam em situação de manifesta desigualdade, *v. g.*, o consumidor e o trabalhador. Contudo, para afastar a capacidade é necessário análise *in concreto*, devendo ser observada caso a caso e não de modo automático.

Embora pense diferente em relação a quem a lei processual se refere ao falar sobre o agente capaz, Flávio Yarshell também ressalta a necessidade de igualdade real entre as partes para a validade do negócio jurídico processual. Aduz que essa capacidade é proveniente da paridade de armas, de modo que mesmo que as partes sejam desiguais, se o negócio jurídico processual garantir a igualdade delas, não existirá invalidades. O que se impede é que estejam desiguais no plano

³⁶ DIDIER JR. possui entendimento diverso. Defende como hipótese de negócio jurídico plurilateral em que o juiz será parte a execução negociada da sentença que determinada a implantação de política pública. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 455)

³⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 73.

³⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 448-451

³⁹ Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

processual e não que partes que possuam qualquer tipo de desigualdade, seja econômica, seja técnica ou outras firmem negócios jurídicos processuais.⁴⁰

Essas ponderações são relevantes eis que no processo em todos os atos as partes devem estar em completa igualdade por força do artigo 139, I, do CPC/2015 e as negociações sobre o processo não são exceção a essa regra.

Embora a lei não exija a participação do advogado para que sejam firmados negócios jurídicos processuais e não há que se alegar sua necessidade eis que não se trata de ato postulatório⁴¹ nos termos do Estatuto da Advocacia; mas, tendo em vista que o procedimento é questão técnica, é recomendável que as partes estejam auxiliadas por advogado e o Foro Permanente de Processualistas Civis entende que há indícios de vulnerabilidade quando o negócio jurídico é firmado sem a assistência de advogado.⁴²

Outro tema interessante em relação a capacidade para firmar negócio jurídico processual é saber se o poder público, o Ministério Público ou os entes despersonalizados, como o condomínio, a massa falida e o espólio, podem firmar convenções processuais.

Quanto ao Ministério Público, a lei permite que firme TAC – Termo de Ajustes de Conduta (Resolução 118/2014) e o Poder Público pode firmar negócios jurídicos, conforme se depreende dos artigos 83, §1º, I e 75, §4º, do CPC, o que demonstra que não é estranho ao sistema a prática de negócios por eles.⁴³

Também é possível a realização de convenções processuais por entes despersonalizados, como espólio, condomínio e massa falida. Estes entes não possuem personalidade civil nos termos do artigo 1º, do Código Civil, mas possuem capacidade processual, podendo figurar em polo ativo ou passivo em processos. Se eles, mesmo não tendo personalidade jurídica para o direito material, possuem

⁴⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 73-74

⁴¹ A Lei nº 8.906/1994, no seu artigo primeiro assevera ser atividade privativa da advocacia a postulação a órgão do Poder Judiciário, bem como as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica. Prevê, também, que atos constitutivos de pessoas jurídicas devem ser visados por advogados. Afora essas hipóteses, a presença do advogado não é obrigatória, embora seja aconselhável.

⁴² Enunciado nº 18. (art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.

⁴³ JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 436.

capacidade processual, nada impede que possam dispor sobre o procedimento ou direitos processuais que possuem em relação às ações que participarem.⁴⁴

2.4.3 Objeto

Em relação ao objeto, para que exista um negócio jurídico processual, é necessário que trate sobre o procedimento ou sobre situações jurídicas processuais – ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, consoante texto do artigo 190, do CPC/2015. É necessário que seja realizado no e para o processo⁴⁵. A questão é de lógica, se não houver disposições sobre o procedimento ou outros elementos do artigo 190, poderá haver negócio jurídico, mas não será processual.

Importante lembrar que procedimento é o meio pelo qual a lei estampa os atos e formulas da ordem legal do processo⁴⁶. Nesse ponto, entende-se processo pelo conjunto de atos organizados para a prática de um ato final, a decisão.⁴⁷ É a maneira pela qual o processo ocorrerá e deve observar os postulados constitucionais, conforme visto no capítulo primeiro acima, notadamente o devido processo legal.⁴⁸

Já quando se fala em ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, o código se refere ao direito de defesa das partes⁴⁹. O código utiliza-se dessas quatro expressões exatamente para dar maior amplitude ao tema, refutando argumentos que possam diminuir o âmbito de aplicação em relação aos direitos que as partes possam dispor no processo.

⁴⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 75/76.

⁴⁵ Conforme definição de Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes Nery (2016, p. 77).

⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 297.

⁴⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 434.

⁴⁸ A doutrina possui algumas listas exemplificativas de negócios jurídicos processuais. Didier Jr. (2018, p. 444/445) aduz o acordo para instância única, ampliação ou redução de prazos processuais, superação de preclusão, substituição de bens penhorados, rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, retirar o efeito suspensivo da apelação, não promover execução provisória ou dispensar a caução, limitar o número de testemunhas, autorizar intervenção de terceiros fora das hipóteses legais, decisão por equidade ou em direito estrangeiro ou consuetudinário, tornar ilícita uma prova, pacto de mediação obrigatória.

⁴⁹ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica: Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 96. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020.

Humberto Theodoro Júnior⁵⁰ explica que da relação processual decorrem efeitos aos participantes que podem ser positivos, como direitos ou faculdades processuais; ou negativos, como ônus, deveres e obrigações processuais.

Explica que por direitos ou faculdades processuais estão o próprio direito de ação e direito de defesa, dele decorrendo diversos outros como o direito/faculdade de recorrer, participar de todos os atos do processo e recusar juiz suspeito.⁵¹ Já os deveres processuais são prestações a que se sujeitam as partes e até mesmo o órgão processual e terceiros, que não possuem expressão econômica, como o dever de agir com boa-fé, o de colaborar com a justiça e exhibir documentos, testemunhar.⁵² Por sua vez, a obrigação denota um vínculo jurídico a uma prestação de valor econômico; no processo vê-se obrigações de pagar taxa judiciária, adiantar numerário para as despesas dos atos processuais requeridos, a de reembolsar a parte vencedora pelas custas e honorários advocatícios, entre outras.⁵³

Por derradeiro, há os ônus processuais que “não obrigam as partes a praticarem qualquer ato no processo, mas lhe acarreta um prejuízo jurídico quando descumpridos”.⁵⁴ O clássico exemplo da doutrina em relação a esse fato é a não apresentação de defesa. O réu não é obrigado a apresentar defesa, mas se não o fizer será revel. Também é corriqueiro o exemplo da não apresentação de recurso. Ora, a parte não é obrigada a recorrer, mas se não o fizer ocorrerá o trânsito em julgado da sentença. Outros exemplos são a não juntada da prova do seu direito, a não apresentação de rol de testemunhas, a não apresentação de quesitos para o perito; em todos esses casos não há uma obrigação da parte em agir, mas em todos eles, sua inércia lhe causará prejuízos jurídicos como a perda do direito a prova.

Como leciona Humberto Theodoro Júnior, cabe uma observação a respeito dos ônus processuais. A princípio suas consequência, o prejuízo jurídico,

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p.185.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p.185.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 185/186.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 185.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 186.

parece tão somente formal eis que recai sobre uma questão processual, mas, por reflexo, atinge o próprio direito da parte.⁵⁵

2.4.4. A controvérsia em torno do objeto do negócio jurídico processual

Já mencionamos acima que tamanha extensão da possibilidade de negociação não era possível no código anterior⁵⁶ e o artigo 190, do CPC/2015 trouxe muita discussão na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade e limites da liberdade de negociação.

Leandro Carneiro da Cunha explica que as dificuldades partem da ideia de que no processo civil a maior parte das normas são normas cogentes, são de interesse público e não estão sujeitas à esfera negocial das partes. Isso porque o processo civil seria parte do direito público e, portanto, haveria maior rigidez e rigor em suas normas.⁵⁷

Cássio Scarpinella Bueno vai além e questiona a constitucionalidade do dispositivo eis que seria dos estados membros a competência para legislar sobre o procedimento e não da União e que às partes não poderiam dispor sobre ele já que não pertence a elas.

Vejo limites no direito de as partes disporem sobre o que não é seu, justamente porque o processo não se confunde com o direito material nele discutido e que reclama – e por vezes, justamente no malogro de outras técnicas para a solução de conflitos, impõe – prestação de tutela jurisdicional. Diálogo entre os dois planos sim; sobreposição nunca. Modelo cooperativo do processo sim; privatista, não.⁵⁸

Importante mencionar que não há divergência entre os autores sobre ser o processo civil ramo do direito público e de haver interesse público a ser resguardado, isto porque, em síntese, tendo o estado substituído às partes na

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 186.

⁵⁶ Embora existam posições como a defendida por Fredie Didier Jr. (2018) de que no CPC/73 já eram possíveis as negociações com azo no artigo 158, inegável que o CPC/2015 concedeu ao tema extensão inédita no processo civil brasileiro.

⁵⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015 36-37.

⁵⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 218.

utilização da autotutela chamando para si o poder de dizer o direito, surge as normas processuais que determinam como funcionará esse processo.⁵⁹

Mas, os autores divergem bastante a respeito da possibilidade e extensão de aplicação do negócio jurídico processual, sobre quais as normas que podem ser derogadas por convenção das partes e quais os obstáculos às modificações de procedimentos, direitos e deveres processuais.

Fredi Didier Jr. assevera que embora o processo seja ramo do direito público também em sua esfera deve ser privilegiado o princípio da liberdade, notadamente após o código prever no artigo 190, a possibilidade das partes firmarem negócios processuais. Argumenta que desse artigo decorre o princípio da atipicidade dos negócios jurídicos processuais e do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.⁶⁰

Sustenta que o processo somente será devido, obedecendo ao determinado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal⁶¹, se houver respeito à autonomia privada, que por sua vez decorre do princípio da liberdade. Sem respeito a esse princípio, não há processo devido. Em suas palavras:

O princípio do devido processo legal deve garantir ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira.⁶²

Na mesma linha de maior autonomia da vontade segue Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes Nery que em sua tese de doutorado defende que para se verificar os limites da liberdade de negociação processual **não** se deve utilizar como critério o caráter cogente dessa ou daquela norma⁶³. Defende que o

⁵⁹ ALVIM NETO, Eduardo Arruda. GRANADO, Daniel Willian. FERREIRA, Eduardo Aranha. Direito Processual Civil. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 57

⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 21.

⁶¹ Artigo 5º [...] inciso LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 21.

⁶³ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica: Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia

procedimento não é um valor em si⁶⁴, mas que existe para proteger princípios de direito constitucional, como o direito ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, igualdade das partes, independência e imparcialidade do julgador⁶⁵, que são matérias de ordem pública protegidas pela constituição que devem ser observadas pelo Estado-Juiz independentemente da vontade das partes.

Destarte, defende que as matérias de ordem pública⁶⁶ que devem nortear a validade do objeto do negócio jurídico e não a suposta cogência do procedimento.⁶⁷

Defende que, embora seja o processo civil ramo do direito público, há a necessidade de se fazer uma releitura dos conceitos de direito público e direito privado, que a doutrina é bastante divergente e contraditória quanto aos seus fundamentos. Que **não existe propriamente uma divisão entre elas**, mas que estão em profunda intersecção, de maneira que não há como separá-las por completo. E que num estado democrático de direito que prima pelos direitos individuais de cada cidadão, a utilização desses direitos (como o direito de liberdade de negociação) fundamentais adentra a esfera do direito processual:

privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 144. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020.

⁶⁴ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica: Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 139. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020.

⁶⁵ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica: Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 145. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020.

⁶⁶ A Autora assevera a impossibilidade de se anotar quais seriam todas as matérias de ordem pública, razão pela qual apenas aduz os princípios que norteiam a questão. De maneira distinta, contudo, alguns autores elaboram listas de quais seriam os temas, sempre ponderando que não se trata de um rol taxativo e que a questão deve ser analisada casuisticamente. Nesse sentido Yarhell enumera as seguintes questões XXXXXX e Fredie Didier as seguintes

⁶⁷ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica: Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 146. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020.

Nesse sentido, se no âmbito do direito privado a autonomia privada encontra limites na função social do contrato e da propriedade e na dignidade da pessoa humana, no âmbito do processo civil a possibilidade de autorregulação das partes no processo é forma de controle do exercício do poder pelo Estado, tudo a contribuir com o respeito dos adequados contornos que a Constituição Federal deu à garantia fundamental à liberdade.⁶⁸

E Prossegue a Autora

O modelo cooperativo do processo, agora textualmente disposto na letra do NCPC 6º, pressupõe a participação efetiva das partes para a construção da decisão final de mérito. Não se pode romper ontologicamente a garantia constitucional à liberdade na crença da absoluta publicização do processo civil, como que se para exercício da jurisdição fosse necessária renúncia da liberdade processual.⁶⁹

Destarte, o poder dispor sobre o procedimento e participar de forma bastante próxima de todas as fases do processo junto ao judiciário é um direito das partes, é forma dela controlar o poder do estado em sua atividade de dizer o direito. Contudo, ser uma questão matéria de ordem pública, não impede que as partes transacionem sobre ela, apenas concede maior maleabilidade no controle constitucional dos atos praticados sob sua égide.⁷⁰

Geoges Abboud, em interessante artigo sobre O Mito da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado, argumenta que o Estado existe para proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e nunca poderá ferir tais direitos sob o subterfúgio de atender a interesse público. Explica que a limitação de direito fundamental somente poderá ocorrer em prol de **interesse social** exaustivamente fundamentado. Comenta que:

⁶⁸ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica: Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 40. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020

⁶⁹ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica: Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 41. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020

⁷⁰ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica: Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 147. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020

Portanto, caso fosse admitida a restrição de direito fundamental com fundamento na suposta primazia do interesse público, de uma única vez, seriam retiradas as duas principais funções dos direitos fundamentais: (a) oponibilidade contra o Poder Público; e (b) proteção do cidadão contra formação de eventuais maiorias, ou da atuação governamental supostamente embasada na vontade da maioria. Ordeiramente, tendo em vista a supremacia que usufruem os direitos fundamentais não se pode admitir como legítima qualquer restrição a direitos fundamentais com fundamento tão apenas na suposta supremacia do interesse público. Pelo contrário, o Estado (Poder Público) tem o dever constitucional de respeitar os direitos fundamentais e enveredar todos os seus esforços para garantir a concretização desses direitos.⁷¹

Seguindo essa linha de pensamento, admitindo-se que o jurisdicionado possui direito fundamental à liberdade e que esse direito adentra a esfera processual e que no modelo cooperativo de processo pode participar ativamente de todas as etapas de conhecimento da lide pelo estado-juiz, é certo afirmar que ao se realizar o controle do negócio jurídico processual com azo nas matérias de ordem pública, será necessário ao Julgador demonstrar fundamentadamente as razões de eventual não aplicação do negócio jurídico, inclusive em obediência ao disposto no artigo 489, *caput* e §1º, do Código de Processo Civil⁷², sem utilizar-se de decisão padrão e que se preste a fundamentar casos diversos ou simplesmente afirmar ser a questão de ordem pública, como se isso fosse um vetor absoluto.

Não se poderá negar o negócio jurídico processual com fulcro em rigidez de procedimentos e supremacia do interesse público que o procedimento proteja. Seria necessário demonstrar de maneira fundamentada o prejuízo ao direito de defesa das partes constitucionalmente estabelecido.

⁷¹ ABBoud, Georges. O Mito da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado: A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 7/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 855-910.

⁷² Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Trícia Navarro Xavier Cabral também contribui para o debate. Aponta que no século XX se iniciou um movimento de publicização do processo civil que dominou a doutrina da época. Estava fundamentado na ideia de que maior poder do Estado na sociedade traria o progresso social e no Brasil culminou num código que concede bastante poderes ao juiz no curso do processo. Pondera, contudo, que fora dado muito poder ao juiz, sendo que o atual legislador corrige esse equívoco concedendo às partes maior atuação na formação do processo. Refuta a ideia de que o Legislador teria resgatado o modelo privatista, mas aponta um maior equilíbrio entre os poderes do juiz e as faculdades das partes.⁷³

Respeitados os pensamentos contrários, concordamos com esses autores que admitem maior autonomia de vontade às partes no processo, cuida-se de eivar cada vez mais o processo civil dos direitos fundamentais das partes. De fato, a interpretação que nos parece mais adequada é de que o *codex* processual, analisado sistematicamente, não concede às normas processuais caráter cogente ao permitir que as partes adequem o procedimento às particularidades da causa, os limites não estão nas normas procedimentais, mas nas matérias de ordem pública a que todo processo deve observar.

Cabe falar, portanto, que a questão é afeta ao direito constitucional, cuidando-se dos direitos fundamentais das partes à liberdade, a ter sua causa analisada pelo Estado-Juiz num processo célere e justo e em respeito aos postulados do devido processo legal, como contraditório, ampla defesa e imparcialidade do julgador.

3. O PROCESSO DE EXECUÇÃO E A UTILIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PARA CRIAÇÃO DE HIPÓTESES DE CONSTRIÇÕES JUDICIAIS ANTES DA CITAÇÃO

3.1. Generalidades sobre o processo de execução

Ao se falar em tutela jurisdicional, pode-se pensar ao menos em dois tipos de tutela judicial: (i) processo de conhecimento e (ii) processo de execução. No primeiro, busca-se uma sentença, um provimento judicial que reconheça o direito alegado, sentença essa que poderá ser um título executivo. No segundo, objetiva-se

⁷³ . TRÍCIA NAVARRO. Limites da Liberdade Processual. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 17/18.

a própria satisfação de um direito reconhecido num título executivo seja ele produzido judicial ou extrajudicialmente.⁷⁴

O processo de execução, portanto, regulamenta o procedimento necessário a ser observado pelo Estado-Juiz para que utilize legitimamente da força para obrigar o devedor a realizar o cumprimento de uma obrigação que pode ser de dar, de fazer ou de não fazer ou pagar quantia em dinheiro.⁷⁵

Já foi analisado acima que a jurisdição, hoje, compreende o poder do estado de substituir as partes na resolução da lide, bem como de executar, usar a força para fazer valer a decisão que tomou⁷⁶. Fora analisado, também, que a jurisdição deve ser exercida pelo Estado observado todos os ditames trazidos pela Constituição Federal que estabelece um Estado Democrático de Direito que deve obedecer aos direitos humanos fundamentais.

Dessa forma, mesmo quando se trata do exercício da jurisdição em seu poder de império o Estado-Juiz está limitado pelos direitos fundamentais o que se faz com que diversas restrições sejam opostas ao Estado-Juiz em seu poder de adentrar no patrimônio do executado para obrigá-lo a realizar o adimplemento de uma obrigação, como ocorre com as impenhorabilidades descritas no artigo 830, do CPC⁷⁷ ou mesmo da Lei 8.009/90.⁷⁸

⁷⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Bahia: JusPodivm, 2020, p. 62/63.

⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Bahia: JusPodivm, 2020, p. 147.

⁷⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

⁷⁷ Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

⁷⁸ Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza,

Há diversos procedimentos executivos, como o procedimento para execução de dívida alimentar, procedimento para execução de obrigação de fazer ou obrigação de não fazer, procedimento para execução de dívidas em face da fazenda pública ou mesmo execução fiscal. Mas, o presente trabalho cuida tão somente da possibilidade de utilização do negócio jurídico processual para criação de formas de constrição judicial antes da citação do devedor na execução de pagar quantia certa.

Com base nessas premissas, cabe indagar as bases do procedimento da ação de execução de pagar quantia e se é possível a aplicação de negócio jurídico processual a ele.

3.2. O procedimento da ação de execução de pagar quantia

O Código de Processo Civil regulamenta a Execução por Quantia Certa no Capítulo IV, do Título II, do das Diversas Espécies de Execução, do Livro II Do Processo de Execução, descrevendo seu procedimento que é bastante singelo.

Proposta a execução o devedor será intimado para pagar a dívida em 3 (três) dias (artigo 829, caput e §3º, do CPC)⁷⁹, facultando-lhe a apresentação de Embargos à Execução em 15 (quinze) dias (artigo 914, do CPC). Do mandado de citação constará a ordem para que o Oficial de Justiça realize a penhora de tantos bens quantos bastem para o pagamento da dívida, se observar que o pagamento não foi realizado no prazo de 3 (três) dias, sendo que a penhora recairá preferencialmente em bens indicados pelo próprio exequente ou mesmo pelo executado; nesse último caso, deverá o exequente ser ouvido (artigo 9º e 10 do CPC) e o juiz deverá decidir se aceita a indicação de bens à penhora (artigo 829, §§1º e 2º, do CPC), levando-se em consideração ser a execução desses bens menos onerosa ao executado e não causar prejuízos ao exequente.

Acaso o oficial de justiça, comparecendo ao endereço do executado, não consiga citá-lo, deverá realizar o arresto de tantos bens quantos bastem para o

contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitado.

⁷⁹ Tendo em vista que é prazo para pagamento, questão de direito material e não processual ou postulatório, o não se aplica o disposto no artigo 290; ou seja, o prazo é em dias corridos.

pagamento da dívida (artigo 829, do CPC). Após, tentará novamente citar o devedor em dois dias distintos e, não sendo possível e havendo suspeita, realizará a citação por hora certa (artigo 829, §1º, do CPC); sendo infrutíferas as tentativas de citação pessoal, o exequente requererá a citação por edital (artigo 829, §2º, do CPC). Após realizada a citação por edital, os bens arrestados serão convertidos em penhora independente de termo (artigo 829, §3º, do CPC).

O artigo 789, do CPC, regulamenta que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei⁸⁰. Daí é possível inferir que o Oficial de Justiça poderá realizar a penhora de qualquer bem que o devedor possua, com algumas exceções impostas por lei.

Válido mencionar que o Código de Processo Civil possui no artigo 835, lista preferencial e exemplificativa de bens que podem ser penhoráveis estabelecendo a seguinte ordem: (i) dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; (ii) títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado; (iii) títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; (iv) veículos de via terrestre; (v) bens imóveis; (vi) bens móveis em geral; (vii) semoventes; (viii) navios e aeronaves; (ix) ações e quotas de sociedades simples e empresárias; (x) percentual do faturamento de empresa devedora; (xi) pedras e metais preciosos; (xii) direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia; (xiii) outros direitos.

A penhora em dinheiro é prioritária a qualquer outra, sendo que o juiz somente deverá alterar a ordem de penhora em relação aos outros bens, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (artigo 835, §1º, do CPC); mas não se cuida de preferência absoluta eis que, em caso de as partes já terem destinado um bem específico para o pagamento da dívida em caso de inadimplemento, a penhora deverá recair preferencialmente sobre ele (artigo 385, §3º, do CPC).⁸¹

O código processual possui, também, regramentos mais específicos sobre a forma de realização dessas penhoras como ocorre com a penhora de

⁸¹ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução. In: Revista de Processo, vol. 275/2018, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 204.

dinheiro em depósito ou em aplicação financeira (artigo 854, do CPC), penhora de créditos (artigo 855 a 860, do CPC), penhora das quotas ou das ações de sociedades personificadas (artigo 861, do CPC), da penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes (artigos 862 a 865, do CPC), penhora de percentual de faturamento da empresa (artigo 866, do CPC), penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel (artigo 867 a 869, do CPC).

Válido lembrar que o arresto funciona no procedimento executivo como uma pré-penhora, e deverá ocorrer sempre que o devedor não for encontrado em diligência de tentativa de citação (artigo 829, do CPC). De início, pode-se dizer que qualquer bem penhorável também poderá ser arrestado⁸². Houve discussão na jurisprudência sobre essa questão, notadamente porque credores queriam a realização de arresto de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, mas havia entendimentos de que isso não seria possível eis que a lei fala em penhora a ser realizada por oficial de justiça, mas a penhora de ativos financeiros por meio de sistema eletrônico não é por ele realizada.

A questão restou pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.338.032/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, que entendeu ser possível o arresto de bens via sistema eletrônico após a tentativa infrutífera de citação. Válido mencionar a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTADOS NÃO LOCALIZADOS. ARRESTO PRÉVIO OU EXECUTIVO. ART. 653 DO CPC. BLOQUEIO ON LINE. POSSIBILIDADE, APÓS O ADVENTO DA LEI N. 11.382/2006. APLICAÇÃO DO ART. 655-A DO CPC, POR ANALOGIA. 1.- "1. O arresto executivo, também designado arresto prévio ou pré-penhora, de que trata o art. 653 do CPC, objetiva assegurar a efetivação de futura penhora na execução por título extrajudicial, na hipótese de o executado não ser encontrado para citação. 2. Frustrada a tentativa de localização do executado, é admissível o arresto de seus bens na modalidade on-line (CPC, art. 655-A, aplicado por analogia). (...)." (REsp 1.370.687/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 15/08/2013). 2.- Recurso Especial provido, para permitir o arresto on line, a ser efetivado na origem. (REsp 1338032/SP, Rel. Ministro SIDNEI

⁸² O problema que se põe aqui é que há bens que somente se consegue penhorar se o devedor for encontrado, como, por exemplo, a penhora de faturamento de empresa. Sendo ela a devedora, será difícil imaginar conseguir arrestar efetivamente seu faturamento sem a encontrá-la para obter informações sobre esse faturamento.

BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 29/11/2013).⁸³

A *ratio decidendi* do julgado acima, certamente pode ser utilizada para a penhora de outros bens. Sendo possível a penhora, também será possível o arresto acaso o devedor não seja encontrado em seu endereço.

Como ensina Carlos Augusto de Assis, o arresto a que alude o artigo 829, do Código de Processo Civil não deve ser confundido com o arresto cautelar eis que sua aplicação é automática e independe de demonstração de *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Nas palavras o autor:

1. Arresto. (...) Caso o executado não seja localizado, a lei, para garantia da efetividade da execução, prevê que o oficial de justiça, automaticamente (ou seja, sem necessidade de determinação judicial), proceda ao arresto. Este arresto é uma pré-penhora, e, como comentamos em seguida, a tendência é ser convertido em penhora futuramente.

2. Diferença em relação ao arresto cautelar. A doutrina discute se o arresto em questão goza ou não da mesma natureza do arresto previsto como medida cautelar. Observe-se, nesse passo, que embora o CPC não mais tipifique as medidas cautelares, faz referência ao fato de que a tutela cautelar pode ser efetivada mediante arresto (artigo 301), o que coloca a questão ora discutida em termo semelhante. Particularmente, entendemos, na linha da doutrina majoritária, que o arresto aqui previsto não é cautelar tendo em vista, principalmente, que não depende de ordem judicial e não está sujeito aos requisitos cautelares (no CPC de 1973, há requisitos específicos para os arrestos cautelares; no CPC/2015, a providência cautelar que se concretize com o arresto de bens está sujeita aos requisitos genéricos do artigo 300).⁸⁴

Após citado o devedor, seja pessoalmente ou por edital, o arresto será convertido em penhora e, após a penhora, segue-se a avaliação conforme regras dos artigos 870 a 875 do CPC e, ato contínuo, à expropriação dos bens (artigos 824 e 825, do CPC) para o pagamento da dívida o que pode ocorrer pela adjudicação (artigos 876 a 878, do CPC) e pela alienação que pode ser por iniciativa particular ou em hasta pública (artigos 879 a 903, do CPC).

⁸³ Válido mencionar que o artigo 655-A do CPC/1973 é correspondente ao atual artigo 854, do CPC/2015 e o artigo 653, do CPC/1973 é correspondente ao artigo 830, do CPC/2015, não havendo mudança nesse regramento pelo atual código, esse entendimento deve ser mantido, inclusive pela ordem da lei processual em que a jurisprudência dos tribunais sejam estáveis, nos termos do artigo 829, do CPC.

⁸⁴ ASSIS, Carlos Augusto. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim Wambier (et al.), coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pg. 1919.

Em fim, é realizada a satisfação da execução com a entrega do bem ao exequente (adjudicação) ou do produto de sua alienação ou do dinheiro penhorado nos autos, sendo que o exequente dará quitação nos autos (artigo 906, do CPC) e o juiz proferirá sentença de extinção da execução (artigo 924, II e 925, do CPC).

Não se ignora que, diante do direito de defesa que possui o devedor, pode ocorrer a suspensão da execução em caso de propositura de Embargos à Execução ou mesmo Exceção de Pré-Executividade. Pode, também, ocorrer impugnação à penhora, à avaliação e mesmo às tentativas de expropriação.

Esses atos não estão pormenorizados acima eis que fogem ao escopo do presente trabalho que, nesse momento, somente colima demonstrar como o processo executivo é inteiramente dirigido no interesse do credor, sendo que em todo o momento se objetivará a constrição de bens do devedor capazes de fazer frente a dívida.

3.3. Atos de constrição de bens antes da citação

A preocupação com o sucesso da execução não ocorre somente com a possibilidade de penhora (ou mesmo arresto antes do devedor ser citado), mas a lei se preocupada com o ato de o devedor não dilapidar seus bens antes de efetivamente citado ou mesmo antes de proposta a execução, com o objetivo de frustrar o adimplemento da obrigação.

Prevê o Código de Processo Civil que o credor pode realizar averbações em registros de bens de certidão premonitória que atesta a existência da ação de execução de modo que aquele bem, se alienado, será considerado fraude à execução e essa alienação não será eficaz diante do credor, conforme artigos 828, *caput*, §4º⁸⁵ e 792, §1º⁸⁶, do CPC.

⁸⁵ Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade. § 1º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas. § 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados. § 3º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo. § 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação. § 5º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.

Algumas responsabilidades também são impostas ao credor como a obrigação de informar no processo as averbações realizadas e desfazer as averbações quando verificado que ultrapassarem em valor o necessário à garantia da dívida (artigo 828, §2º e 4º).

Além da certidão premonitória descrita no artigo 828, do Código de Processo Civil, o código também aduz a possibilidade de realização da hipoteca judiciária. Cuida-se da possibilidade de averbar uma sentença condenatória em prestação consistente em dinheiro e a de determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária, como título constitutivo de hipoteca judiciária, consoante artigo 495.⁸⁷

A hipoteca judiciária poderá ser realizada mesmo se a sentença for genérica, ainda que possa o credor promover cumprimento provisório de sentença ou tenha arresto pendente sobre o bem e mesmo que a sentença seja impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo (artigo 495, §1º, I, II e III, do CPC). Ela independe de qualquer declaração de urgência e basta que o credor a apresente ao cartório, sem qualquer outra exigência (artigo 495, §2º, do CPC). E gera direito de preferência sobre o bem (artigo 495, §4º, do CPC).

⁸⁶ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828 ; III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V - nos demais casos expressos em lei. § 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

⁸⁷ Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária. § 1º A decisão produz a hipoteca judiciária: I - embora a condenação seja genérica; II - ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor; III - mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo. § 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência. § 3º No prazo de até 15 (quinze) dias da data de realização da hipoteca, a parte informá-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato. § 4º A hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro. § 5º Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos.

O credor fica obrigado a informar ao juiz a realização da hipoteca judiciária (artigo 495, §3º, do CPC) e em caso de reformada a sentença ele fica responsável, independentemente de culpa, por eventuais prejuízos sofridos pela contraparte, o que poderá ser liquidado e executado nos mesmos autos (artigo 495, §5º, do CPC).

Verifica-se, portanto, que há uma preocupação do código em criar mecanismos que garantam a execução, sendo a certidão premonitória e a hipoteca judiciária formas de garantir que o devedor não se desfaça de bens que deverão garantir o adimplemento da obrigação mesmo que alienados.

Em qualquer das hipóteses não há qualquer necessidade de demonstração dos requisitos gerais das tutelas de urgência descritos no artigo 300, do Código de Processo Civil, a saber: probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. São direitos que podem ser exercidos independentemente de autorização judicial ou qualquer outro embaraço que não a simples apresentação da sentença (no caso da hipoteca judiciária) ou da certidão de que a execução foi admitida (no caso da certidão premonitória).

Esses são exemplos claros de constrições judiciais que podem recair sobre um bem mesmo sem que a execução já esteja proposta ou mesmo sem que haja citação do executado para se defender da dívida.

A existência deles é aqui brevemente narrada para demonstrar que não é estranho ao sistema processual a realização de alguma constrição judicial antes de um processo formal de execução ou mesmo antes da citação, que independa de demonstração de requisitos de urgência.

Ocorre que ambas são possíveis apenas em relação a bens sujeitos à registro como o caso de imóveis na hipoteca judiciária ou qualquer bem sujeito a registro no caso de certidão premonitória.

Por isso ganha espaço a discussão do presente trabalho em indagar se é possível que as partes criem outras formas de constrição ou bloqueio de bens que não essas já previstas em lei, como por exemplo, a possibilidade de realização de negócio jurídico processual entre as partes para a criação de bloqueio de valores em instituição financeira antes da citação, questão a ser analisada no presente trabalho.

Contudo, antes de responder a essa questão, é válido indagar, até mesmo por ser um antecedente lógico, se o artigo 190, como cláusula geral dos negócios jurídicos processuais, é aplicável ao processo de execução.

3.4. Possibilidade de utilização do negócio jurídico processual no processo de execução

A questão que se põe é: Os Negócios Jurídicos Processuais também podem ser realizados no âmbito das Ações de Execução? Aplica-se ao procedimento executivo o disposto no artigo 190, do CPC, chamado pela doutrina de cláusula geral de negócios jurídicos processuais atípicos? É possível às partes alterarem o procedimento e versarem negocialmente sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais no âmbito do processo de execução?

Pois bem. Há trabalhos na doutrina que abordam o tema, sendo que a resposta que se percebe é positiva.

Fredie Didier Jr. e Antônio do Passos Cabral⁸⁸, por exemplo, apontam que a execução é terreno fértil aos negócios jurídicos processuais eis que, em comparação com o processo de conhecimento, a autonomia de vontade ganha maior relevância já que a execução é realizada no interesse do credor que pode desistir de toda a execução ou de uma medida executiva em específico (artigos artigo 485, §4º e 775, caput e parágrafo único, I e II, do CPC). Dessa forma, o credor tem total autonomia para decidir se executará ou não a obrigação, seja ela decorrente de título executivo judicial ou extrajudicial.⁸⁹ A partir disso concluem que são lícitos negócios jurídicos processuais na qual o credor se compromete a não execução (*pactum de non exequendo*), seja essa pacto relacionado a não propor ação de execução ou mesmo somente vedação a uma execução provisória ou a não execução de determinado bem em específico.

Todas essas questões, por estarem dentro do âmbito de autonomia da vontade do credor pode ser por ele negociada.

⁸⁸ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução. In: Revista de Processo, vol. 275/2018, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 194/195.

⁸⁹ Os Autores apontam duas exceções a isso que seriam hipóteses em que a execução é iniciada de ofício, sem necessidade de requerimento do exequente: (a) execuções trabalhistas em que o exequente não está acompanhado de advogado (artigo 878, CLT); e (b) execuções de sentença que impõe obrigação de fazer e não fazer.

De outro modo, sendo os bens que responderão por essa execução propriedade privada do devedor e podendo ele dispor desses bens da maneira que lhe convier, também podem ser realizados acordos judiciais por meio do qual destina um bem específico para a execução, afinal já é o que ocorre com a hipoteca em que o devedor destina um bem específico para garantia da dívida.⁹⁰

Didier Júnior e Cabral⁹¹ apontam, ainda, o equívoco no entendimento de que as impenhorabilidades seriam questões de ordem pública, asseverando que mesmo um bem de família pode ser destinado pelo devedor para pagamento de uma dívida, a exemplo do fiador de contrato de fiança que pode dar seu único bem como garantia do contrato de locação, sendo essa questão já decidida como lícita pelo Supremo Tribunal Federal.⁹²

Mas, tendo em vista que o objetivo da execução não é apenas satisfazer o direito do credor, mas também afirmar o poder estatal de estabelecer a ordem, não podem as partes dispor em acordo de modo a desobrigarem-se a agir de acordo com a boa-fé processual e respeitando os ditames que proíbem atos atentatórios a dignidade da justiça, inclusive sob pena de autorizar que elas cometam ilícitos. Também não podem dispensar ou proibir o Estado-Juiz de aplicar multas; podem, entretanto, negociar de modo a impedir a exequibilidade de multa que seria revertida em favor da parte; o mesmo não se diria quando a multa for revertida em favor do Estado⁹³.

Apontam ainda que: “O artigo 190, do CPC, ao criar uma cláusula geral de negociação processual atípica, pode servir como fundamento para a construção de uma execução extrajudicial convencional. O tema, por isso, ganha novo impulso.”⁹⁴

⁹⁰ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução. In: Revista de Processo, vol. 275/2018, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 203/204.

⁹¹ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução. In: Revista de Processo, vol. 275/2018, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 203/204.

⁹² RE 407.688, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006, DJ 06.10.2006.

⁹³ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução. In: Revista de Processo, vol. 275/2018, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 200/201

⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Bahia: JusPodivm, 2020, p. 51.

3.5. Da possibilidade de criação, por meio de negócio jurídico processual, de hipótese de bloqueio de bens antes da citação do devedor no processo de execução de pagar quantia

Coforme estudado nos capítulos acima, o negócio jurídico processual é “o ato celebrado no ou para o processo com declaração e manifestação de vontade dirigida especificamente a um fim determinado que submete a(s) parte(s) declarante(s) a seu conteúdo normativo”⁹⁵, sendo que o Código de Processo Civil, no artigo 190, admite sua utilização para modificação do procedimento para ajustá-lo as especificadas da causa e convencionar sobre os seus ônus poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, sendo o processo sobre direitos que admitam autocomposição.

Foi estudado, também, que o procedimento judicial não é, em si mesmo, cogente eis que existe para garantir ao jurisdicionado o respeito às normas constitucionais, essas sim de ordem pública, que devem ser observadas em qualquer processo independentemente da vontade das partes, como o direito ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, igualdade das partes, independência e imparcialidade do julgador. E que a jurisdição somente poderá ser exercida com respeito às normas fundamentais se respeitado o direito das partes ao auto regramento da vontade (artigo 190, do CPC) que decorre do princípio constitucional da liberdade.

Igualmente analisado que o Código de Processo Civil, ao estabelecer que as partes podem dispor sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, as autorizou dispor sobre o próprio direito de defesa, sendo um exemplo a possibilidade de cláusula em que as partes renunciam ao direito de recorrer da sentença proferida, o que, inclusive, já ocorre na arbitragem em que não há recurso da sentença proferida pelo árbitro.

Derradeiramente, fora vista que o processo de execução é especialmente adequado para aplicação do Negócio Jurídico Processual e que ele

⁹⁵ NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica – Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 77. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020.

se desenvolve no interesse do credor. Tanto isso é verdade que não ocorrendo a citação do devedor já é possível realizar o arresto (pré-penhora) em qualquer bem do devedor que seja penhorável, sendo que o devedor pode utilizar de todo seu patrimônio disponível para saldar a dívida que possui.

No mais, que a preocupação do legislador com a efetividade da execução trouxe mecanismos como a averbação premonitória e a hipoteca judicial que permitem ao devedor, desde logo, realizar averbações em registro de bens cujo objetivo último é a garantia da execução de uma dívida.

Desta maneira, em conclusão, nos parece que é lícito às partes criarem formas de constrição judicial de bem não sujeito a registro antes da citação do devedor no processo de execução por quantia certa eis que é questão totalmente de acordo com o regime dos negócios jurídicos processuais e não fere a qualquer princípio constitucional ou infraconstitucional.

Claro que se deve observar os requisitos de validade acima apontados. Deve o processo cuidar de direito passível de autocomposição, as partes negociantes devem ser absolutamente capazes e estar em igualdade, o negócio deve ser escrito e a manifestação de vontade deve ser livre e consciente.

Obedecidos esses requisitos, que em verdade são comuns a todos os negócios jurídicos processuais, podem as partes criarem, em contrato, forma de constrição judicial de bens antes da citação do devedor.

Um acordo que possibilite, por exemplo, a constrição judicial de imóvel ou automóvel seria inócua diante do disposto no artigo 828, do CPC. Se o credor pretender garantir a execução por meio de um bem móvel ou imóvel do devedor que não tenha sido dado em garantia ao contrato, bastará averbar a existência da execução no registro de bens. A questão ora estudada se mostra importante se o escopo for a constrição judicial de bens não sujeitos a registro, como dinheiro em instituição financeira.

Nesse caso, poderia o credor, a distribuir a execução, requerer ao juiz que realize o bloqueio de valores em instituição financeira, por meio do sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional⁹⁶. E o

⁹⁶ Atualmente o sistema conveniado para fins de bloqueio de valores é o SISBAJUD: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/>.

juiz não poderá negar a realização do bloqueio, sob pena de ofensa ao artigo 190, do Código de Processo Civil que autorizou celebração do negócio jurídico.

Deve-se lembrar que, o negócio jurídico processual é fonte de norma processual e que a sua não observância seria ofensa ao princípio da liberdade e ao devido processo legal.⁹⁷

Válido ressaltar que houve recente análise de caso semelhante pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. No caso, o credor interpôs Agravo de Instrumento em face da decisão de primeira instância que negava aplicação a cláusula contratual que permitia ao credor requerer bloqueio de valores por meio do sistema bacenjud.

A questão ainda não fora julgada pelo colegiado, mas no caso fora concedida liminar para que o juiz cumpra o negócio jurídico processual. Na decisão, o Desembargador Relator Virgílio de Oliveira Junior destacou que o negócio apresentava os requisitos de validade, notadamente que era possível aferir que as partes estavam em condição de igualdade e com autonomia para dispor de livremente do próprio patrimônio. Veja-se o trecho da decisão:

(...) O pleito é acolhido ante a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300 do CPC. Nota-se que há estipulação contida na cláusula 5ª, § 3º e incisos, do negócio jurídico entre as partes, de que haveria bloqueio de valores caso se deixasse de cumprir com o objeto contratado. Tem-se, por fugaz vislumbre, inexistir hipótese que impeça o reconhecimento da validade e da eficácia de tais disposições contratuais. Tratando-se, pois, de contrato comercial, mostra-se claro que as partes se encontram em condições de igualdade, não havendo, então, como se admitir que a parte agravada se encontrasse em situação de vulnerabilidade, seja porque não se cuida de contrato de adesão ou, ainda, que as partes se mostrassem incapazes de dispor sobre seu patrimônio quando da formalização do instrumento particular. Assim, em análise perfunctória, admite-se a probabilidade do direito alegado. O perigo de dano decorre do fato de que, não realizado o bloqueio, a credora poderá sofrer dano por ficar alijada de obter, em outra ocasião, medida que lhe poderá garantir o recebimento dos valores devidos por serviço já prestado. Assim, defere-se a antecipação da tutela recursal para que seja realizada o bloqueio do valor exequendo via 'bacenjud'. 4. Oficie-se ao d. Juiz "a quo" para simples ciência (...).⁹⁸

⁹⁷ ⁹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 21.

⁹⁸ Decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2248497-32.2020.8.26.0000.

Entendemos que não existe ofensa ao contraditório. Embora seja verdade que um processo não pode correr sem que Estado oportunize o direito de defesa, também é verdade que às partes é permitido, por meio do negócio jurídico processual, dispor do próprio direito de defesa. No mais, o contraditório não restará prejudicado, uma vez que o defendido no presente trabalho é a possibilidade de desde logo realizar a constrição judicial, garantindo-se, assim, a execução, todo o restante dependerá do curso natural do processo no qual o devedor poderá se defender pelos meios adequados.

Apenas após a efetiva oportunidade de o devedor apresentar defesa é que esse bem bloqueado, seja bem móvel ou valores, poderá ser entregue ao credor ou alienado como forma de saldar a dívida em execução.

Poder-se-ia objetar, também, que a hipoteca judicial decorre de sentença proferida judicialmente e que a averbação premonitória não impede a disposição do bem já que o devedor poderá aliená-lo sem que isso cause fraude à execução, bastando que possua outros bens capazes de fazer frente à dívida,⁹⁹ mas que o bloqueio de valores em instituição financeira poderia lhe engessar o patrimônio de maneira mais grave.

Todavia, embora possa ser verdade que um bloqueio de valores em instituição financeira seja bastante invasivo ao patrimônio, ela ainda assim está de acordo com o sistema executivo que busca a apreensão de bens do devedor para pagamento da dívida. No mais, o próprio Código de Processo Civil estabelece como prioritária a penhora de valores em instituições financeiras (artigo 835, I e §1º) sendo que após a citação se não houve o pagamento em três dias, ou mesmo se a tentativa de citação for infrutífera, já seria possível realizar a penhora ou mesmo arresto de valores em instituição financeira.

Bem pensadas as coisas, cuida-se de simples alteração procedimental. Isto porque, no processo de execução, frustrada a tentativa de citação do devedor, deverá o oficial de justiça fazer o arresto de tantos bens quantos bastem para o pagamento da dívida e é possível que esse arresto ocorra por via de sistemas

⁹⁹ Embora o §4º, do artigo 828, do CPC/2015 discipline que a alienação do bem em que havia a averbação da certidão premonitória seja presumida em fraude à execução, tem-se que se o devedor tiver outros bens que possam fazer frente à dívida e, não a execução desses outros bens não causar ser mais gravosa ao credor, parece-nos que não haverá necessidade de execução desse bem em específico. Isto porque se exige a inexistência de patrimônio para saldar a dívida para que a alienação de bens seja considerada fraude.

conveniados como o SISBAJUD. Dessa forma, o que se estaria permitindo, em última análise, é que esse arresto fosse realizado desde logo e somente depois se tentasse a citação.

As mudanças que as partes dispuserem no procedimento do processo vincula o judiciário por força do artigo 190, do CPC, devendo ser observado por ele, daí porque entendemos que o juiz responsável pelo caso não poderia se negar a realizar a o bloqueio, salvo na hipótese de apontar alguma nulidade.

Pondera-se, todavia, que realizado o bloqueio, não seria permitido ao credor realizar o levantamento de qualquer valor antes de oportunizado ao devedor a defesa. Deve-se, portanto, ser citado sendo que o levantamento do valor ficaria condicionado a inexistência da apresentação de qualquer impugnação ao bloqueio.

Entendemos, ainda, abusiva a inserção de cláusula de negócio jurídico processual nesses termos em contratos de adesão. Nesse caso, a questão não é a estipulação em si, mas a ausência de igualdade entre as partes, requisito de validade do negócio jurídico processual.

CONCLUSÃO

Após bem estudada a questão, conclui-se pela possibilidade das partes criarem, por meio de negócio jurídico processual, formas de constrição judicial de bens a ser utilizado em caso de execução do contrato relativo ao negócio firmado, sendo que o juiz competente não poderá negar aplicação ao negócio firmado, sob pena de ofensa à norma jurídica federal, notadamente o artigo 190 e 200, do Código de Processo Civil, além da cláusula contratual rejeitada que é, para todos os efeitos, norma jurídica.

A recusa somente poderá ocorrer por faltar requisito de validade como, por exemplo, a causa não ser relativa a direito que admita autocomposição, ou não haja igualdade entre as partes.

Isto porque, sendo pessoas capazes e que possuem total disposição de utilização de seu patrimônio como bem entenderem, nada impede que estipulem que parte de seu patrimônio garantirá a execução, por meio de bloqueio a ser utilizado pelo juiz em caso de propositura de ação de execução, mesmo que esse bloqueio

seja de valores em depósito em instituição financeira. Cuida-se de estipulação que está dentro da liberdade de negociação que as partes possuem, que agora abrange também, não só o patrimônio, mas o próprio procedimento judicial, por força do artigo 190, do CPC.

Há que se ponderar que a alienação do bem ou sua entrega ao credor somente poderia ocorrer após a efetiva oportunidade de defesa do devedor; antes disso, somente a garantia em si da execução seria permitida. O contrário seria permitir ao judiciário realizar a prestação jurisdicional sem que se chame ao processo o polo passivo em total desrespeito ao direito de defesa. Bem verdade que o devedor, intimado, pode escolher por não apresentar defesa, mas esta deve lhe ser oportunizada pelo Estado-Juiz.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. O Mito da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado: A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 7/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 855-910.

ALVIM NETO, Eduardo Arruda. GRANADO, Daniel Willian. FERREIRA, Eduardo Aranha. Direito Processual Civil. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

ASSIS, Carlos Augusto. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim Wambier (et al.), coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL. TRÍCIA NAVARRO. Limites da Liberdade Processual. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 15.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015 36-37.

- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Bahia: JusPodivm, 2018.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Bahia: JusPodivm, 2020.
- DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução. In: Revista de Processo, vol. 275/2018, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade Fernandes. O Negócio Jurídico Processual Como Fenômeno da Experiência Jurídica – Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. Tese de Doutorado em Direito – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 77. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19840/2/Carmen%20L%C3%ADgia%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>. Acesso em 23 de mai.2020.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 16ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: princípios do direito político. São Paulo: Pílares, 2013.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 230/260.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais, Salvador: JusPodivm, 2015.