

LIMITES SUBJETIVOS CONTRATUAIS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Karen Ribeiro Pereira de Lira¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo examinar os elementos subjetivos da celebração contratual prévia de negócios jurídicos processuais, típicos e atípicos, em vista do exame de validade da convenção.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais; limites contratuais.

Abstract: This paper aims to examine the subjective elements of procedure contract, typical and atypical legal, regarding the examination of the validity of the convention.

Keywords: Agreements regarding procedural rules; contractual limits.

Introdução

O direito se move na direção da necessidade social. Assim, seja pelo alto índice de litigiosidade que causa desequilíbrio entre os poderes, seja pela essencialidade do aperfeiçoamento do processo individualmente considerado, de modo a procurar maior qualidade ou eficiência, a exigência da entrega do resultado útil do processo aumentou de forma inegável. Por conseguinte, também amplificando a carência de técnicas processuais adequadas.

Desde 2015, com a alteração no Código de Processo Civil, o procedimento passou a ser modelado com intuito de maior observância à Constituição Federal para atender integralmente e assegurar direitos e garantias processuais. Por certo, cada demanda apresenta particularidades individuais, quais por diversas vezes exigem a flexibilização do previsto para que seja atendida de forma efetiva, célere e menos burocrática.

¹ Advogada, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pós-Graduada em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, membro da comissão de Direito Empresarial do Trabalho da OAB/SP e do Instituto de Direito Contemporâneo.

No entanto, a introdução de um instituto de característica indeterminada exige cautela e enseja, evidentemente, o estudo exaustivo da matéria. No caso, a abertura às partes do processo com previsão dispositiva de cláusula geral de convenção processual carrega precauções e, por certo, requisitos para aplicabilidade.

Portanto, este trabalho visa compreender a dinâmica de limitação e complexidade da disponibilidade processual no âmbito contratual, levando em conta os requisitos necessários para criação de negócios jurídico processual válidos diante da interpretação doutrinária do conceito, estrutura e aplicação da convenção processual.

1. Capítulo

1.1. Pesos e Contrapesos (Judiciário ativista x Legislativo deficitário)

O Poder Judiciário está assoberbado de incontida litigiosidade, o que acabou por acentuar a ineficiência do sistema processual sob anterior vigência e conseqüentemente inspirou novos estudos e iniciativas para outras perspectivas quanto formas de soluções de conflitos.² A juíza e doutrinadora Trícia Navarro Xavier Cabral destaca bem a mudança de atenção dos doutrinadores processualistas entre os pilares do processo civil, ou seja, a ação, a defesa, a jurisdição e o processo, concluindo que a necessidade atual é a releitura da jurisdição, mais especificamente, a avaliação de evolução e afetação sobre técnicas processuais.³

Neste diapasão a doutrinadora indica que a jurisdição estatal decorre da soberania do Estado e “constitui função de substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do particular pela atividade intelectual do juiz”.⁴ Sendo assim, destaca que a atividade desempenhada pelo magistrado, que antes era vista como

² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 1.

³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 13.

⁴ PASSOS, JJ. Calmon de Passos. Da jurisdição (Cadernos de Textos, Cursos, Mementos e Sinopses) - Bahia: publicações da Universidade da Bahia, III - I, 1957, p. 19 - 20. Em: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 13.

uma função administrativa passou a ter legitimação própria.⁵ Em sua obra destaca o posicionamento de Ovídio Araújo Baptista da Silva de que “a jurisdição moderna é fruto do processo político de formação do Estado, tomando-se uma função do Estado, um serviço público comprometido com os seus interesses”.⁶

Ainda, cabe mencionar o entendimento tanto do doutrinador Humberto Dalla quanto de Trícia Navarro Xavier Cabral de que o conceito de jurisdição tende a ser não reconhecido como monopólio estatal. Humberto Dalla diz que: “[...] assentada a premissa de que a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário, ganham legitimidade os meios desjudicializados de solução de conflitos.”⁷ Ada Pellegrini Grinover, ao conceituar a jurisdição como “[...] garantia de acesso à justiça para a solução de conflitos [...]”, conclui adiante que “[...] a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual [...]”.⁸

Em conclusão, Humberto Dalla Bernardina de Pinho indica que: “[...] o principal objetivo da jurisdição, na dimensão contemporânea, consiste em promover a pacificação social com justiça, por meio do cumprimento de seus escopos jurídicos e políticos e, acima de tudo, observando as garantias fundamentais.”. Assim, o novo formato de processo civil, com ênfase ao seu modelo constitucional, dá às partes maior disponibilidade sobre o objeto processual para poder equilibrar a atuação da parte, do juiz, porém sem descaracterizar a sua natureza pública.⁹

⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 13.

⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.265. Em: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 13.

⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela de direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017, P- 262). Em: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 14.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nota teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 7. 16. Em: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 16.

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela de direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV 2017, p. 60). Em: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 16.

Isso porque, apesar do Código de Processo Civil de 1939 ter tido estrutura simplificada e flexível com destaque à atuação das partes, o Código de Processo Civil de 1973 adotou maior rigidez formal visando segurança jurídica e previsibilidade, porém com consequências negativas à entrega jurisdicional. Por conseguinte, incorporou-se toda a carga valorativa da Constituição Federal de 1988, e, por consequência, instituiu-se um formato de processo mais simplificado e maleável.¹⁰ Extrai-se da Exposição de Motivos do CPC/15:

"[...] O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão [...]".¹¹

Humberto Dalla, quanto à evolução do direito processual, indica que ao lado do processualismo, do instrumentalismo, do formalismo-valorativo (neoprocessualismo ou neoinstitucionalismo, de acordo com a corrente que se adote), com o advento do CPC/15 e outros atos normativos, inaugurou-se uma quinta fase metodológica, caracterizada pelo dever de busca dos meios de pacificação do conflito.¹²

¹⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 18.

¹¹ BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. - 7ª ed. - Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. p. 24. Disponível em: <<https://www2.Senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 25 de março de 2021.

¹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela de direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017, p. 33-38). Em: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 19.

1.2. Privatismo x Publicismo

O equilíbrio processual demanda uma mudança de postura, ou seja, não só as partes devem ter uma maior participação no desenvolvimento procedimental, como o juiz deve permitir, dentro dos limites adiante discutidos, maior interferência no mesmo. Essa permissão possibilita que todos os sujeitos atuem de forma convergente à efetividade processual.¹³ Não há como negar a discussão da influência do publicismo, principalmente no CPC/73, que conferiu amplos poderes ao juiz, não só na condução do processo como em atos que implicam na resolução do mérito, bem como na produção das provas.¹⁴

Portanto, para se atingir o equilíbrio acima mencionado, primeiro deve-se encarar a problemática da harmonização entre a natureza pública do processo e suas implicações na atividade jurisdicional, às exigências da ciência processual e da evolução do próprio Estado Democrático de Direito. A doutrinadora Trícia Navarro Xavier Cabral diz que o CPC/15 “procurou resgatar não a concepção privatista de processo, mas o equilíbrio entre os poderes do juiz e as faculdades das partes”.¹⁵

Fernando Fonseca Gajardoni explica que embora exista o caráter publicístico, esse seria regido por uma dimensão eficaz da liberdade produzindo um subprincípio chamado “princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo”. Isso porque, embora sejam as partes destinatárias primárias da atividade jurisdicional, nas palavras da juíza Fernanda Antunes Marques Junqueira e Ney Maranhão o processo não é mera realização do direito material e sim ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social.¹⁶

Em análise com vistas ao início da influencia do publicismo, é aceito

¹³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 20.

¹⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 17.

¹⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 18.

¹⁶ JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. Negócio processual no processo do trabalho: apontamentos gerais. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 55, p. 44-70, out./nov. 2016. Pg. 46. Fonte: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/100260>. Acesso em: 20/01/2021.

doutrinariamente o fato de que o instituto passou por uma reformulação. Se no início do processo civil tinha-se que o propósito exclusivo deste era resolver o conflito das partes de acordo com seus interesses privados, a partir da reformulação passou a incluir o interesse público na correta aplicação do direito. Por consequência, o espaço para autonomia da vontade das partes passa a ser limitado e controlado.¹⁷

Há de se destacar que mesmo os publicistas não negam todo e qualquer tipo de negócio jurídico processual. No entanto, a limitação e conceituação é diametricamente proporcional às espécies normativas, ou seja, àquelas identificadas como atos de disposição processual típicos¹⁸. Alguns autores¹⁹ apontam que essa dicotomia tornou-se um verdadeiro dogma, que seria da irrelevância da vontade no processo ou da proibição do processo convencional. Leonardo Greco²⁰ diz que a “concepção publicista do processo relegou a segundo plano a reflexão acadêmica sobre os limites da autonomia da vontade das partes a respeito da multiplicidade de questões que podem ser suscitadas no processo”.

No entanto, foi esse próprio dogma que impediu por muito tempo que a doutrina sequer reconhecesse a existência de negócios jurídicos processuais.²¹ Porém como a seguir se demonstrará, não só os Códigos Processuais anteriores já previam certas tipificações, como as possibilidades de convenção foram ampliadas pela inserção da cláusula geral de negociação processual.

¹⁷ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 54

¹⁸ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg.54.

¹⁹ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual. Disponível em: [http://academia.edu]. Acesso em: 28.06.2016. Em: MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg.55

²⁰ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Out.-dez. 2007. Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.revistaprocessual.com]. O mesmo ensaio foi publicado também na seguinte obra: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. Medina, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Em: MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg.55

²¹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo/Rodrigo Ramina de Lucca; coordenadores Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Pg. 344

1.3. Antecedentes Históricos

Considerando as características do processo civil romano dos anos aproximados entre 754 a.C a 569 d.C, pode-se dividir o seu estudo em três períodos distintos: o da (i) *legis actiones*; o (ii) *per formulas*; e o (iii) *extraordinario cognitio*²². Os dois primeiros integram a *ordo iudicium privatorum* ou ordem dos juízos privados, que continham traços privados mais destacados que o último.²³ No primeiro, através da *litis contestatio*, as partes convencionavam quanto aos limites do litígio bem como se comprometiam a aceitar a decisão do *iudex* escolhido pela vontade de ambos, que caso não fosse possível, caberia ao próprio pretor a escolha, sem prejuízo da utilização do mecanismo de sorteio dentre cidadãos integrantes de um cadastro.²⁴

No *per formulas* (149 a.C. a 209 d.C.), que existiu de forma parcial concomitantemente com o primeiro, diante da necessidade de celeridade pelo Império Romano, as partes em conjunto redigiam a fórmula e com o pretor escolhiam o julgador *iudex*, a partir de uma lista oficial de cidadãos romanos qualificados, que para MULLER:

“[...] espécie de anômala de negócio jurídico privado materializado na *litis contestatio* no qual as partes assumiam o compromisso de aceitar a decisão em processo cujos limites eram por vontade delas admitidos ou definidos, sem que houvesse a participação do pretor na definição desses limites no período das *legis actiones* e com a participação conjunta dele, mas ainda de forma dependente da vontade das partes, na redação das fórmulas no período formulário. [...] Redigida e aprovada a fórmula e compromissadas as partes pela *litis contestatio* iniciava-se a segunda fase agora perante o árbitro eleito (*iudex*). Após uma espécie de juramento e exame da fórmula, o procedimento contemplava uma fase inicial de exposição dos argumentos e fatos pelas partes, seguida de uma fase probatória e ultimando-se com a sentença, na qual se declarava a procedência ou improcedência da pretensão do autor (*intentio*). Não cumprida a declaração no prazo fixado na sentença,

²² Sobre essas fases: PUGLIESE, Giovanni. *La litis contestado nel processo formulare* Rivista di Diritto Processuale. V. 6. Padova: Cedam, 1951, p. 37 e ss. WCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo— Revista dos Tribunais, 1996. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012. MULLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 46.

²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 16. Em: MULLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 46.

²⁴ MULLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 47.

podia o credor buscar seu cumprimento por meio de uma nova ação (*actio iudicati*).²⁵

Já a *cognitio extra ordinem* (209 d.C. até 568 d.C.), apontou uma publicização dos institutos processuais. Cruz e Tucci e Azevedo²⁶ afirmam que “o novel regime reservado ao processo, pelo inequívoco cunho publicístico que passa a ostentar, apresenta-se como uma verdadeira ruptura com o tradicional sistema da *ordo iudiciorum privatorum*”. Destaca-se que nesse período, a figura do pretor é extinta e a figura do árbitro eleito passa ser desempenhada por um juiz revestido de autoridade soberana estatal com poderes-deveres sem dependência alguma da vontade das partes.²⁷

Após a queda do Império Romano, período reconhecido como processo civil romano-barbárico (569 d.C. a 1100 d.C.), pela ausência de um padrão de procedimento, a adoção de juízos divinos, ordálias e duelos, até meados da Idade Média (século XI), quando vários fatores, como a influência do direito canônico, levaram ao modelo de processo comum (1100 d.C. a 1500 d.C., aproximadamente). Foi no período seguinte (1500 d.C. a 1868 d.C.), com ápice no século XIX, que o processo foi caracterizado como “coisa das partes”, no qual o desenvolvimento do procedimento e a instrução probatória eram atividade dos litigantes com papel menor ao juiz.²⁸

O panorama acima mudou, a partir do final do século XIX com ideais publicistas, inicialmente muito influenciada pela doutrina alemã, com destaque às obras de Oscar

²⁵ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 49.

²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 140. MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 49.

²⁷ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 50.

²⁸ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 50.

Von Büllow²⁹ e Anton Menger³⁰. O primeiro apresentou um estudo científico da autonomia entre o processo e o direito material, defendendo, em 1868, o processo como relação jurídica de direito público existente entre o Estado-juiz e as partes e que essa não se confundiria com a relação jurídica de direito material entre as partes. O segundo, em sua obra previa uma ampla intervenção na própria condução do processo, inclusive na fase instrutória.³¹

Na Alemanha há relutância em admitir que as partes convençionem quanto às regras que disciplinarão o processo, com intuito de que se mantenha o processo justo, previsível, eficaz e para que reflita na economia de custos esperada pelos contribuintes. No entanto, a ZPO admite, por exemplo o §404 e §128, convenção das partes para escolha do perito e a dispensa da prática de alguns atos processuais quando as partes assim pactuarem.³² Em Portugal não há cláusula geral para negócios atípicos, porém o Código de Processo Civil Português permite que as partes convençionem sobre algumas situações pontuais (negócios processuais típicos).³³

Já, na França, a origem prática é diferenciada pois, apesar de ter sido primeiro identificado na jurisprudência como 'contrat de procedure'³⁴, adveio da relação institucional entre o judiciário e os órgãos de classe dos advogados. Assim, na década de 1980 os Tribunais e estes órgãos firmaram protocolos institucionais regulando algumas hipóteses para aprimorar a atividade jurisdicional. Depois, passaram a ser firmados negócios jurídicos processuais individuais (accords processuels). A utilização frequente levou à positivação do instituto em 2005. Cabe ressaltar, que lá

²⁹ BULLOW, Oskar von. Excepciones procesales y presupuestos procesales. Tradução espanhola de Miguel Angel Rosas. Buenos Aires: Editora Jurídica Europa-America, 1968, p.3. Em: MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 52.

³⁰ MENGER, Anton. El Derecho Civil y los pobres. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1898. Em: MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg.52

³¹ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 52 e 53.

³² MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 104.

³³ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 106.

³⁴ JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. Negócio processual no processo do trabalho: apontamentos gerais. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 55, p. 44-70, out./nov. 2016. Pg. 54. Fonte: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/100260>. Acesso em: 20/01/2021.

os negócios processuais também encontram limites nas leis e por isso necessitam do consentimento do juiz, que pode de ofício declarar a sua inadmissibilidade.³⁵

Além da previsão legislativa francesa, a doutrina desse país também fala na possibilidade das partes pactuarem um mecanismo de cooperação judicial para a hipótese de um deles entrar em conflito com um terceiro. Edilton Meireles aponta que por essa cláusula: “a parte pode ser obrigada a informar que alguém lhe demandou judicialmente (cláusula de revelação de instância) e impor a obrigação da outra em intervir no processo judicial, no mínimo como assistente (cláusula de intervenção de instância). Aqui se impõe ao terceiro o dever de ingressar em juízo, ainda que seja como assistente.”³⁶

Em Portugal também tem previsão legislativa para o negócio jurídico processual no artigo 264 do Código de Processo Civil Português de 2013³⁷, na mesma redação dada pelo antigo art. 272 do Código de Processo Civil de Portugal de 1961, os quais permitem que as partes modifiquem o pedido e a causa de pedir por acordo entre elas, a qualquer tempo, desde que não prejudique o deslinde processual, ou seja que não cause perturbação inconveniente à instrução, discussão e julgamento do pleito.³⁸

Na Itália, o tema ainda não é discutido amplamente, como apontam Remo Caponi e Augusto Chizzini, sendo que pelo segundo é possível, visando a efetividade do processo, que se defenda o concurso de normas processuais e regras definidas pela vontade das partes, e que teoricamente a autonomia da vontade das partes poderia se sobrepor a enunciado legal quando não confrontasse o ordenamento.³⁹ Nos Estados Unidos da América, considerando já a experiência através do *common*

³⁵ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 105 e 106.

³⁶ MEIRELES, Edilton. Processo judicial “Pré” e “Extrajudicial”: cooperação, negócio processual e produção antecipada de provas. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 6 (2020), nº 3. Fls. 629.

³⁷ Art. 264. Alteração do pedido e da causa de alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1ª ou 2ª Instância, salvo se a alteração ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito.

³⁸ LIMA BOSQUÊ, Deborah Sant’Anna. Negócio Jurídico Processual e Tutela Coletiva de Direitos Indisponíveis. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 5 (2019), nº 4. Fls. 632

³⁹ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 107.

law, os processos judiciais estão sendo exponencialmente julgados baseados em *contract procedure*, nos quais as partes negociam regras privadas do procedimento.⁴⁰

No Brasil, apesar de anteriormente ao CPC/2015 não haver previsão expressa do negócio jurídico processual, no Artigo 158, caput, do CPC/1973⁴¹ já era possível a interpretação da existência da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, já que apontava a possibilidade de declarações bilaterais de vontade quanto a constituição, modificação ou a extinção de direitos processuais. Como acima mencionado, a previsão expressa ocorreu apenas no Artigo 200 do Código de Processo Civil de 2015⁴² o qual prevê que as partes podem estabelecer acordos processuais em um contrato.⁴³

2. Capítulo

2.1. Plano de Existência dos Negócios Jurídicos Processuais

Pontes de Miranda difundiu uma das teorias mais conhecidas no Brasil sobre o tema, denominada de Teoria do Fato Jurídico. Segundo ela os fatos podem ser naturais ou jurídicos, sendo que ao direito são mais relevantes os jurídicos, já que sobre eles incidiriam norma jurídica ou correspondência a uma hipótese descrita no ordenamento. Em sentido amplo, encontram-se os atos jurídicos em sentido lato, que decorrem da vontade humana, classificados pela doutrina majoritária segundo os efeitos que eles potencialmente podem produzir. Se os efeitos decorrem da lei, são classificados como atos jurídicos em sentido estrito. Diversamente, trata-se de negócio jurídico quando os efeitos produzidos decorrem da vontade do negócio.⁴⁴

⁴⁰ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 108 e 109.

⁴¹ Artigo 158 do Código Civil de 1973: Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

⁴² Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

⁴³ LIMA BOSQUÊ, Deborah Sant'Anna. Negócio Jurídico Processual e Tutela Coletiva de Direitos Indisponíveis. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 5 (2019), nº 4. Fls. 632

⁴⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000. 1.1, II e III. In: MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 27

Maria Helena Diniz conceitua os fatos jurídicos como “[...] os acontecimentos, previstos em norma de direito, em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas. [...]”. Ainda, que o fato jurídico lato sensu “é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica”.⁴⁵ Destaca-se aqui a explicação sintética de Julio Guilherme Muller:

“É o entendimento, por exemplo, de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery⁴⁶, para quem “quando se pratica ato jurídico stricto sensu, a vontade se dirige à realização do ato para que se produzam no inundo jurídico efeito *ex lege*”. Quando de negócio jurídico se trata, a vontade visa a realização dos efeitos que ela mesmo quer realizar, da maneira como ela quer se realizar. Diz-se, nesses casos, que os efeitos daí decorrentes são *ex voluntate*. Em idêntico sentido versa Antônio Cabral⁴⁷, para quem, nos atos em sentido estrito, “os efeitos são previstos em lei e, ainda que pretendidos pelo agente, não são fruto de escolhas voluntárias de quem os pratica”, enquanto que nos negócios jurídicos, a eficácia e o próprio ato em si decorrem da vontade das pessoas envolvidas.”

Também foi influenciada por Pontes de Miranda e posteriormente por Marcos Bernardes de Mello a diferenciação entre os atos jurídicos em sentido estrito, cujos efeitos decorrem *ex lege*, e os negócios jurídicos, cujo resultado é *ex voluntate*⁴⁸. Cediço frisar também a classificação doutrinária que reconhece a existência de negócios unilaterais como uma espécie do gênero negócio jurídico. Sobre o assunto, Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁹ “julga os negócios unilaterais como dependentes da vontade de apenas um sujeito. O desejo unilateral de que o ato produza efeitos segundo esta única vontade é o suficiente para reconhecer a ocorrência de negócio jurídico unilateral”.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 1. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 319-320. JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. Negócio processual no processo do trabalho: apontamentos gerais. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 55, p. 44-70, out./nov. 2016. Pg. 48. Fonte: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/100260>. Acesso em: 20/01/2021.

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Instituições de direito civil: contratos, volume III. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 500. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 713.

⁴⁷ CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.p. 44. In: MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 28

⁴⁸ MELLO, Marcos Bemardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. In: MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 28

⁴⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Em: MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 28

Cabral⁵⁰, por sua vez, entende que a classificação em unilaterais ou plurilaterais pode dar-se pelo critério das consequências do acordo (eficácia). Assim, seriam os unilaterais os que a eficácia atinge a esfera de apenas um dos sujeitos, já os plurilaterais os que alcançarão a esfera de interesses de mais de um dos sujeitos que celebraram o negócio.

Por último, Pontes de Miranda⁵¹ categoriza como atos-fatos jurídicos os “atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo da vontade, aptos, ou não, a serem suportes táticos de regras jurídicas”. Já, Daniel Mitidiero⁵² assevera “que existem fatos jurídicos processuais em sentido estrito, mas somente quando praticados em caráter endoprocessual e aptos a nele produzir efeitos”.

José Joaquim Calmon de Passos entende que não cabe falar em fato jurídico processual, mas tão somente em atos jurídicos, que no processo, somente os atos são possíveis por ser atividade de sujeitos que a lei pré-qualifica. Ou seja, “todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo e, por força dessa exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais”.⁵³

⁵⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. P. 49 - 51. In: MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 29

⁵¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. Atual. Vilson Rodrigues Alves. T. 1. Campinas: Bookseller, 1999, P-133. JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. Negócio processual no processo do trabalho: apontamentos gerais. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 55, p. 44-70, out./nov. 2016. Pg. 16. Fonte: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/100260>. Acesso em: 20/01/2021.

⁵² MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, p. 13. JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. Negócio processual no processo do trabalho: apontamentos gerais. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 55, p. 44-70, out./nov. 2016. Pg. 18. Fonte: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/100260>. Acesso em: 20/01/2021.

⁵³ PASSOS, Joaquim Calmon de. Esboço de um Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65. JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. Negócio processual no processo do trabalho: apontamentos gerais. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 55, p. 44-70, out./nov. 2016. Pg. 17. Fonte: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/100260>. Acesso em: 20/01/2021.

No entanto, cabe destacar que há estudiosos como Alexandre Câmara⁵⁴ que em obra anterior ao Código de Processo Civil ressaltou a inexistência de negócios jurídicos processuais sob o argumento de que os efeitos pretendidos pelo ato de vontade sempre estão previstos em lei. Portanto, admite-se em algumas doutrinas⁵⁵ que se os efeitos pretendidos pela prática do ato têm previsão legal, dela decorrerão, então não se estaria diante de um negócio jurídico e sim de ato em sentido estrito.⁵⁶

Portanto, o critério de diferenciação pelos efeitos *ex lege* e efeitos *ex voluntate* não é claro quando aplicado na prática. E isso, pois há abertura do sistema para modificação do procedimento e os seus ônus, poderes, faculdades e deveres, de acordo com a vontade pelas partes diante da cláusula geral de negócio processual. Por conseguinte, há abertura para o autorregramento da vontade, de forma devidamente limitada, que, quando ultrapassada, configura defeito ou invalidade.⁵⁷

Diante de todo acima exposto, é possível concluir que leves divergências não alteram a conclusão de que em alguma medida certos apontamentos são convergentes, comuns, a todos. Partindo do posicionamento de que atos processuais e negócios processuais são espécies do gênero atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos, há um campo invariável quanto aos elementos nucleares no plano de existência, ou seja, a vontade e objetivo da escolha da produção de efeitos de determinada relação ou situação.⁵⁸

⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 19. ed. revista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. v. I, p. 231-232. MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg.30

⁵⁵ “No ato jurídico em sentido estrito, a vontade não se destina à escolha da categoria jurídica. Manifestada ou declarada a vontade, produz-se o efeito preestabelecido em lei, que se realiza necessariamente, sem que a vontade possa modifica-lo, ampliá-lo, restringi-lo ou evita-lo”- CUNHA, Leonardo Cameiroda. Negócios jurídicos processuais no processo cjl brasileiro. In CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. P. 32. MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg.30

⁵⁶ MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 30.

⁵⁷ MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 38

⁵⁸ MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 34

2.2. Plano de Validade dos Negócios Jurídicos Processuais

Admitida a existência das convenções processuais, antes da análise dos requisitos **processuais** do plano de validade do negócio, a doutrina majoritária aponta que devem antes atender os requisitos **cíveis** previstos na Lei nº 10.406/2002, ou seja, quanto a capacidade, objeto lícito, forma prescrita ou não proibida em lei e ausência de vícios de vontade.⁵⁹ Rodrigo Ramina de Lucca⁶⁰ diz:

“Além da vontade, as convenções processuais dependem de forma, objeto, agente, lugar e tempo, sem mencionar outros eventuais pressupostos categoriais e particulares de existência específicos ao acordo celebrado. Externada a vontade, passa-se então para o plano da validade, perquirindo-se quanto a eventuais vícios dessa manifestação.”

A validade do negócio jurídico processual é diferenciada para o negócios jurídicos típicos e os atípicos. Os primeiros são caracterizados quando os elementos e hipótese estão todos suficientemente previstos no texto legal, já os segundos no caso de inexistir uma exata e completa correspondência entre o permitido e previsto na lei e o objeto da convenção.⁶¹

Os negócios processuais típicos são facilmente validados pois estão em maioria previstos em lei. O Código de Processo Civil de 1973, como, já mencionado, já previa algumas hipóteses, a mais comum acabou por ser a eleição de foro entre os relativamente competentes.⁶² Julio Guilherme Muller diz que “nas convenções típicas, a constatação é direta, por subsunção, já nas atípicas, é indireta, pois a indeterminação dos conceitos fornece apenas os elementos constitutivos genéricos da convenção, sendo os específicos construídos a cada caso concreto de forma mais dinâmica”.⁶³

⁵⁹ MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 34

⁶⁰ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo/Rodrigo Ramina de Lucca; coordenadores Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Pg. 347

⁶¹ MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 94

⁶² MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 93

⁶³ MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 94

Diante da existência da previsão da cláusula geral, a doutrina admite que a cada caso concreto haja uma “interpretação, aplicação e solução distinta, de acordo com o contexto de cada caso, o que gera certo grau de incerteza.”⁶⁴ Portanto, pode se concluir que é de fato uma abertura ao sistema jurídico de elevada importância, como afirma Teresa Arruda Alvim⁶⁵, “as cláusulas gerais são sintoma de que o direito contemporâneo tende a ser aberto e flexível. Um direito que tenha estas feições pretende abranger a realidade que há hoje e a que está por vir”.

No entanto, cabe ressaltar que a existência de uma cláusula geral permissiva de negócios jurídicos processuais atípicos não se sobrepõe ao que o ordenamento jurídico já prevê quanto ao assunto. Teresa Arruda Alvim⁶⁶ lembra que “o juiz pode decidir com base numa cláusula geral, mas não afastando dispositivo legal expresso que preveja a solução, diferente daquela a que levaria a cláusula geral, para aquela determinada situação”

Contudo, não há uma homologação judicial, ou seja, o negócio não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz. Humberto Theodoro Junior⁶⁷ diz que “limita-se este a um exame de validade do acordo, justificado pela sua vinculação à eficácia do negócio praticado pelas partes”. Assim, a avaliação pelo magistrado se dá depois de consumado o negócio processual, ou seja, não é requisito de aperfeiçoamento e sim verificação de sua legalidade.

Julio Guilherme Muller⁶⁸ dá solução de “fortalecer os mecanismos de

⁶⁴ MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 97

⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória, 2. Ed. Reformada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 162. Em: MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 97

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. Ed. Reformada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 171. Em: MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 98

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I/ Humberto Theodoro Júnior. 57. Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. Pg. 484.

⁶⁸ MÜLLER, Júlio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 99

interpretação e aplicação, como propósito de assegurar coerência, integridade e estabilidade ao direito, tudo devidamente controlável por meio e mediante uma fundamentação jurídica prestada de forma adequada”.

No entanto, a validade do negócio não só atrelada aos requisitos objetivos adiante analisados, também se sujeita a preencher os requisitos subjetivos. Em suma, o Enunciado 403 que foi editado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis⁶⁹ destacou bem essa exigência ditando: a validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

Por conseguinte, cabe concluir que a ausência de um, invalida a convenção. Assim como as simuladas são nulas nos termos do Artigo 167 do Código Civil⁷⁰ e as decorrentes de erro, dolo, coação ou estado de perigo são anuláveis, como previsto no Artigo 171, inciso II do Código Civil⁷¹. As demais especificidades do negócio jurídico processual serão discutidas no item de 3 deste trabalho.

2.3. Plano de Eficácia dos Negócios Jurídicos Processuais

Júlio Guilherme Muller trabalhou com dois cenários diferenciados: a manifestação da vontade sobre temas processuais antes do processo e um negócio jurídico que envolve a execução de atividade extrajudicial em momento anterior ao processo. No primeiro a eficácia se sujeita à ocorrência de um processo pois se trataria de uma expectativa ou projeção, e que, portanto, não se trataria de um negócio processual e sim de um negócio jurídico de direito material pré-processual. Já, na segunda hipótese, a eficácia se subordinaria à ocorrência de fato projetado no

⁶⁹ <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPFC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acessado em: 26/03/2021.

⁷⁰ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. §1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. §2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

⁷¹ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

negócio. Discorre, ainda, que há diferença entre um ato praticado em conjunto⁷², seja declaratório ou postulatório, de uma convenção processual, já que a eficácia do primeiro depende do deferimento do juiz para produzir eficácia, já a segundo, não.⁷³

Nesse renovado modelo, onde há espaço para o convívio harmônico entre o publicismo e o privatismo, a eficácia jurídica prevista das convenções processuais independe de homologação judicial exceto nos casos em que a lei expressamente exigir o prévio controle ou participação do juiz. Júlio Guilherme Muller⁷⁴ exemplifica “como ocorre na desistência da ação (CPC, parágrafo único do art. 200), na fixação do calendário processual (CPC, art. 191), no saneamento negociado pelas partes (CPC, § 2º do art. 357), na autocomposição sobre o objeto da demanda (CPC, §11 do art. 334)”.

Interessante mencionar, inclusive, que Rodrigo Ramina de Lucca⁷⁵ traz em sua tese que a eficácia da convenção processual que envolvesse direitos indisponível que não admita a autocomposição poderia ser vinculada à anuência prévia e expressa do Ministério Público sem prejuízo da rejeição pelo Estado-juiz. O estudioso destaca que essa previsão “garantiria a preservação do direito material sem tolher a liberdade individual nem a adaptação do processo à realidade concreta”.

Certo é o entendimento doutrinário de que exigir a homologação da convenção pelo juiz é insistir no antigo modelo publicista, já que é possível concluir que a eficácia é autorizada desde a sua celebração, a produção dos efeitos manifestados pela

⁷² Segundo Cabral, são exemplos desses atos conjuntos de natureza não convencional, mas meramente cooperativa, o requerimento conjunto, declarando a preferência no julgamento e requerendo prioridade de pauta; a sugestão de calendário processual; o pedido feito por ambas as partes de adiamento de audiência, dentre outros^{2s}

⁷³ MÜLLER, Júlio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 31 a 33

⁷⁴ MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 184

⁷⁵ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo/Rodrigo Ramina de Lucca; coordenadores Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Pg. 350

vontade das partes⁷⁶. Assim, constatada a validade, no entanto, “dela é consequência necessária a eficácia, isto é, a aptidão do ato produzir os resultados pretendidos”.⁷⁷

3. Capítulo

3.1. Negócios Jurídicos Processuais nos Contratos

A celebração de negócio jurídico processual prévio em sede contratual pode ser decisiva na proteção das partes em eventual judicialização. A possibilidade de adequar o procedimento previsto à necessidade do mérito a ser eventualmente análise é extremamente relevante para o cenário negocial atual. De certo que no caso de contratos empresariais, em que a igualdade de condições é sempre mais evidentemente equilibrada, um regime de concessões recíprocas pode ser um diferencial importante.

Tratando-se de matéria contratual, relevante, portanto, destacar que deve-se obedecer o Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos, bem como ao Princípio da Boa Fé Objetiva. O primeiro indica que uma vez expressa e contratada a vontade, a parte não pode se escusar de cumprir o avençado. A segundo, ladeada ao Princípio da Cooperação deve ser observada desde a formação até o final da relação jurídica, inclusive a processual, se instaurada.⁷⁸

No entanto, cabe esclarecer que apesar de obrigatórios, contratos podem ser revistos, porém nos objetos materiais, serão considerados os desequilíbrios e as situações excepcionais, já nos objetos processuais, exige-se a atuação jurisdicional. Assim, a parte atingida deve requerer o exame de validade para que seja decretada a aplicabilidade, ou não, do convencionado. Porém a recusa de aplicabilidade mantem-

⁷⁶ MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 184

⁷⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 36. Em: MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 184.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. 15. ed. São Paulo. Pg. 67

se quanto às nulidades, à inserção abusiva ou à condição de vulnerabilidade, ou seja, mesmo nos contratos a própria atuação judicial fica limitada a hipóteses específicas.⁷⁹

3.2. Requisitos objetivos de validade do negócio jurídico segundo o direito civil e o direito processual civil

O negócio jurídico processual pode ser classificado como prévio ou incidental. O prévio, aquele que ocorre antes do ajuizamento da causa, o incidental aquela como incidente de um processo já em curso. No entanto, Humberto Theodore Júnior⁸⁰, diz que deve ser sempre observada a licitude do objeto do negócio, que deve ser preciso e determinado. Nas palavras do doutrinador: “deve versar sobre uma situação jurídica individualizada e concreta, de sorte que não são válidas as convenções genéricas, como as que preveem sobre os quais os efeitos do negócio processual incidirão”.

O Artigo 188 do Código de Processo Civil de 2015 dita: “Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.” Quanto a isso, diz a doutrinadora Trícia Navarro Xavier Cabral⁸¹:

“Em relação aos meios de expressão, o ato de disposição pode ser oral ou escrito, digitalizado, por meio eletrônico, entre outras possibilidades judiciais e extrajudiciais, mas desde que a manifestação de vontade esteja suficientemente evidenciada. Contudo o ato de disposição – como qualquer outro ato processual - deve ser de alguma forma documentado para ter ingresso na cadeia procedimental e, principalmente, para que possa sofrer o devido controle judicial, evitando-se o risco de o ato não ter sua eficácia plena reconhecida por falta de compreensão do seu conteúdo ou de sua extensão.”

Como previsto no Artigo 104 do Código Civil de 2002⁸², sendo o objeto do negócio jurídico processual ou não, para a sua validade, requer-se agentes com capacidade civil, forma prescrita ou não proibida em lei e objeto lícito, possível,

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. 15. ed. São Paulo. Pag. 338

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso DE Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I/ Humberto Theodore Júnior. 57. Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. Pg. 484.

⁸¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 63

⁸² Artigo 104 do Código Civil de 2002: A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

determinado ou determinável. Ainda, será considerado nulo se celebrado por pessoa absolutamente incapaz; for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção nos termos do Artigo 166 do mesmo Código.

Caso o negócio seja feito com condição a evento futuro e incerto como previsto no Artigo 121 do Código Civil de 2002, além de submetidos aos mesmos requisitos de validade dos condicionados a eventos presentes, serão considerados inválidos os que se subordinarem a as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; condições incompreensíveis ou contraditórias. O negócio realizado com condições potestativas segue o mesmo raciocínio, Antônio do Passo Cabral⁸³ diz que “convenções processuais que coloquem exclusivamente no poder de uma das partes o efeito pretendido deve ser consideradas inválidas”.

Ainda o parágrafo único do Art. 2.035 do Código Civil de 2002⁸⁴ indica que as convenções processuais e declarações de vontade devem respeitar a ordem pública e o Artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, clausula geral e diretriz para a validade dos negócios jurídicos que diz: “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Löïc Cadiet⁸⁵ interpreta o art. 6º do Código Civil francês que apresenta norma similar à nacional entende que “nem tudo é de ordem pública nas regras processuais, e a dúvida deve beneficiar a liberdade das partes, o que é uma outra maneira de dizer

⁸³ MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 152.

⁸⁴ Artigo 2.035 do Código Civil de 2002: A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

⁸⁵ CADIET, Löïc. In: CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 11. Em: MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 154.

que tudo aquilo que não é proibido é permitido (in dúbio pro libertaté)". Arruda Alvim afirma⁸⁶:

“[...] normas cogentes, ou de ordem pública, desde que ocorram os pressupostos de seu funcionamento, necessariamente incidem no caso concreto, uma vez verificados no plano empírico os fatos a que se referem os seus elementos definitórios, independentemente da vontade dos interessados e mesmo contra tais vontades, que são importantes (= irrelevantes) para impedir a sua incidência qual é, assim, inexorável”.

Ademais o próprio Artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015⁸⁷ estabelece a restrição quanto ao objeto no negócio jurídico processual atípico na medida que expressamente dita a aplicação a processos que versam sobre direitos que admitam autocomposição. Nesse sentido, diz o Artigo 841 do Código Civil de 2002: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.”

Portanto, se assim interpretado, se o processo abranger tanto direitos patrimoniais quanto não patrimoniais, as convenções processuais atípicas somente poderiam ser feitas quanto às situações cujos efeitos recairiam somente na parte patrimonial⁸⁸. Evidenciada, conseqüentemente, a importância da análise em cada caso concreto da disponibilidade dos direitos em questão.

Cabe mencionar ainda que o parágrafo único do Artigo 190 do CPC que o juiz tem o dever-poder, além da análise de validade, recusar a aplicação nos casos de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Parte da doutrina também aceita a hipótese de vulnerabilidade decorrente da própria convenção. Júlio Guilherme Muller⁸⁹ explica:

⁸⁶ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 15. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 148 Em: MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 154

⁸⁷ Artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015: 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.

⁸⁸ MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 160

⁸⁹ MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 162

“Seriam aqueles casos nos quais, apesar de inexistir uma situação de desvantagem no momento da formação do acordo processual, a vulnerabilidade da parte surgiria ao longo do desenvolvimento do processo, tendo como razão determinante para esse estado o próprio negócio processual firmado⁹⁰. Mesmo situação de manifesta vulnerabilidade na formação do negócio, a convenção pode trazer benefícios em vez de desvantagens, não sendo o caso de reconhecer necessariamente a invalidade e lhe recusar a aplicação na causa. O equilíbrio contratual e a proteção da igualdade processual justificam o controle da validade da convenção sobre tema processual quando há prejuízo. Todavia, o desequilíbrio na relação jurídica capaz de afetar a igualdade de oportunidades processuais não significa, necessariamente, vulnerabilidade material ou processual da parte ou mesmo sua fraqueza.”

No entanto, o mesmo doutrinador destaca que quando a convenção processual é feita em contrato de adesão se beneficiar o aderente ou não causar prejuízo direito ou indireto, não há justificativa para invalidá-la. Por conseguinte, a previsão limitadora de direito pode ser válida no mesmo sentido disposto no CDC. Ainda, se consideradas no mesmo plano interpretativo das cláusulas compromissórias de arbitragem, há possibilidade de convalidação posterior da vontade ou consentimento específico da situação convencionada (Lei 9.307, art. 4º, §2º⁹⁰).⁹¹

Portanto, a nulidade do negócio jurídico não é somente a processual, pois os negócios jurídicos devem obedecer aos elementos do Código Civil. Objetivamente, como já mencionado, as convenções processuais devem obedecer os seguintes requisitos:

- (i) agente capaz;
- (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- (iii) forma prescrita ou não proibida em lei;
- (iv) a inexistência de defeitos quanto à vontade (motivo determinante citado e ausência dos vícios de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude ou simulação);
- (v) respeito à ordem pública cogente e bons costumes;

⁹⁰ Artigo 4, §2º da Lei 9.307: Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. [...] § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

⁹¹ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 162

- (vi) capacidade processual;
- (vii) se atípicos, limitação às causas que versam sobre direitos que admitam autocomposição;
- (viii) ausência de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade;
- (ix) conformidade com o modelo constitucional de processo.

3.3. Requisitos subjetivos de validade do negócio jurídico segundo o direito civil e o direito processual civil

Os requisitos subjetivos do negócio jurídico processual, conseqüentemente, recaem sobre a disposição processual do objeto, e a vontade quanto não só o motivo determinante lícito mas também a possível situação de vulnerabilidade processual. Rodrigo Ramina de Lucca⁹² em sua tese quanto a disponibilidade processual analisa a problemática dividindo-a da seguinte maneira: (i) disponibilidade da ação e demanda; (ii) disponibilidade do resultado do processo; (iii) disponibilidade fática; (iv) indisponibilidade jurídica (*iura novit curia*); e (v) disponibilidade processual em sentido estrito.

Essencial mencionar que a declaração de invalidade ou reconhecimento de ineficácia de uma convenção deve ser posterior ao devido e prévio contraditório bem como o juiz deverá se desincumbir de ônus argumentativo adequado⁹³. Já o reconhecimento de eventual anulabilidade depende de arguição pelos interessados, não podendo ser conhecida de ofício pelo magistrado, nos termos do Artigo 177 do Código Civil: “A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.”

⁹² RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo/Rodrigo Ramina de Lucca; coordenadores Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁹³ MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 180

Destaca-se ainda que a anulação do negócio processual deve ser feita em processo autônomo e não pode ser conhecida por meio de incidente. Esclarece Flavio Yarshell⁹⁴, “a via autônoma é necessária porque o objeto do processo enseja cognição própria, que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia de direito material)”. Porém Júlio Guilherme Muller⁹⁵ indica que “a invalidação do que for pactuado quanto ao direito material não implica, necessariamente, a invalidação do que for convencionado sobre o processo.”

Conclusão

Se a jurisdição pode ser conceituada como garantia de acesso à justiça para a solução de conflitos, a qual abrange a justiça consensual, e ainda com objetivo de pacificação social, disponibilizar às partes a possibilidade de avançar limitadamente quanto ao procedimento é forma de equilibrar o processo sem descaracterizar sua natureza pública. O instituto da convenção processual, inclusive, cumpre exatamente os motivos pelo qual o Código de Processo Civil foi alterado, ou seja, traz o procedimento para rente às necessidades sociais, diminui a complexidade, permite que o juiz centre a atenção ao mérito da causa e cria condições para que possa proferir decisão mais próxima à realidade fática subjacente à causa.

Em visão abrangente, fica claro que qualquer convenção processual deve atender o previsto não só no Código de Processo Civil, como o Código Civil e, por certo, a Constituição Federal. Assim, encontra limites não só nos dispositivos legais, como nas interpretações destes e na própria vontade das partes.

Portanto, o contrato no qual consta negócio jurídico processual deve se atentar primeiramente à capacidade das partes não só civil como processual. Ainda, a parte que fizer parte da convenção não pode ser vulnerável e nem estar diante de negócio que por seus próprios termos levem a parte a ser vulnerável ao longo do

⁹⁴ MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 181

⁹⁵ MULLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 180

desenvolvimento do processo, não necessariamente no momento da formação. Cediço destacar que o contrato não pode conter vícios de vontade.

Quanto ao objeto, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, não pode ter objetivo de fraudar a lei, nem ofender a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes. Se o negócio jurídico processual for atípico só poderá ser quanto aos direitos que admitam autocomposição, não necessariamente meramente patrimoniais. Se a convenção envolver condição a evento futuro e incerto ou condições potestativas, não podem se subordinar a condições física ou juridicamente impossíveis quando suspensivas, ou ilícitas, incompreensíveis, e contraditórias.

No tocante a forma, como acima mencionado, são admitidas todas aquelas prescritas ou não defesas em lei. Porém, se for o caso de contrato de adesão, apesar da aparente condição de vulnerabilidade da parte, o negócio não seria considerado inválido se a convenção processual for benéfica ou não trazer prejuízos à parte.

Por último, o negócio jurídico processual não depende de homologação judicial, a não ser que expressamente prevista em lei, a avaliação do magistrado deve se restringir a um exame de validade. A limitação e complexidade de se avançar questões processuais em contratos são evidenciadas nos elementos da vontade e possível vulnerabilidade procedimental, bem como na interpretação da disponibilidade dos assuntos específicos da matéria processual, tendo em vista que o Código Civil se limita a transação de direitos patrimoniais e o Código de Processo Civil, de direitos que admitam autocomposição.

Referências

MULLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**: análise econômica e jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. **Negócio processual no processo do trabalho: apontamentos gerais**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 55, p. 44-70, out./nov. 2016.

Pg. 46. Fonte: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/100260>. Acesso em: 20/01/2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso DE Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I/ Humberto Theodoro Júnior. 57. Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual** - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**: a liberdade das partes no processo/Rodrigo Ramina de Lucca; coordenadores Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LIMA BOSQUÊ, Deborah Sant'Anna. **Negócio Jurídico Processual e Tutela Coletiva de Direitos Indisponíveis**. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 5 (2019), nº 4.

MEIRELES, Edilton. **Processo Judicial “Pré” e “Extrajudicial”**: cooperação, negócio processual e produção antecipada de provas. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 6 (2020), nº 3. Fls. 629.