

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: UM ESTUDO SOBRE A
ATUAÇÃO DO ESTADO-JUIZ FRENTE ÀS CONVENÇÕES
PROCESSUAIS**

Leony Lima do Nascimento

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: UM ESTUDO SOBRE A
ATUAÇÃO DO ESTADO-JUIZ FRENTE ÀS CONVENÇÕES
PROCESSUAIS**

Leony Lima do Nascimento

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Daniel Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP

2016

Prepara-se o cavalo para o dia batalha,
porém do Senhor vem a vitória.

Provérbios 21:13

Dedico este trabalho a meu pai,
a quem tenho por modelo de
sabedoria a ser seguido, e à
minha esposa, cujos sorrisos
são o ápice dos meus dias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida, por Sua graça e promessas que me acompanham.

Agradeço a meu pai, Antonio, pelo amor paternal imensurável e pelos inúmeros ensinamentos, cuja sabedoria, fé, motivação e incentivo no caminho dos estudos me iluminam e surpreendem a cada dia, também por não medir esforços a fim de proporcionar-me tudo de bom e de melhor.

Agradeço à minha linda esposa, Loraine, pessoa indescritivelmente amorosa, inteligente, responsável, compromissada, preocupada com o futuro e cuja tamanha gratidão me lembra a cada momento porque escolhi viver todos os dias da minha vida ao seu lado. Seu incentivo, sem sombra de dúvidas, foi a maior contribuição para este trabalho.

Agradeço a toda minha família, cujo suporte foi imprescindível para meu crescimento como pessoa.

Agradeço aos meus melhores amigos, cujos momentos me proporcionaram as melhores risadas e boas lembranças, por contribuírem direta e indiretamente para este trabalho. Evandro, Victor, Guilherme, Yuri, Rodrigo e Heverton, devo muito a vocês.

Agradeço ao meu orientador, Professor Daniel Colnago, pela brilhante orientação e suporte deste trabalho, também pelas extraordinárias, inspiradoras e surpreendentes lições sobre direito processual civil. Agradeço também aos professores Gilberto Ligerio e Pedro Brambilla por aceitarem avaliar a presente pesquisa.

Por fim, agradeço a todos os professores do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo pelo empenho e compromisso com a transmissão do conhecimento. Com toda a certeza, cada uma de suas lições representam um tijolo a mais na estrutura do meu futuro profissional.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar o novel instituto dos negócios jurídicos processuais trazido à baila da ciência do direito processual civil pelo novo Código de Processo Civil em 2015. Estuda os modelos de processo adversarial e inquisitorial, sua evolução e o surgimento modelo de cooperação processual advindo do desarraigamento do hiperpublicismo que havia tomado forma após a longa fase da instrumentalidade processual. A evolução teórica ao modelo de colaboração processual dá ensejo à possibilidade de adequação processual negocial, dando espaço à manifestação da autonomia da vontade no âmbito processual, como corolário do direito fundamental à liberdade. Neste diapasão é que nascem as discussões sobre a teoria do fato jurídico e o negócio jurídico processual, trazendo consigo várias dúvidas. As convenções sobre matéria processual se destinam a amoldar o procedimento, os deveres e prerrogativas processuais a fim proporcionar ao direito material discutido na demanda uma tutela justa e efetiva, obtida em tempo razoável. Dirimindo várias das dúvidas postas e colocando as coisas em seu devido lugar, entra em vigor o CPC-15, dispondo expressamente sobre os negócios jurídicos, prevendo a possibilidade de negócios jurídico típicos (previstos expressamente no diploma legal) e também uma clausula geral para a estipulação e celebração negócios processuais atípicos. Em seguida ao estudo de tais questões, adentra-se à análise da atuação do Estado-juiz frente aos negócios jurídicos processuais, a saber, questões atinentes à função de controle e incentivo a ser exercida pelo magistrado, à cognição judicial nos referidos negócios processuais, os casos em que é necessária a homologação judicial do acordo processual e os recursos cabíveis contra a decisão que nega efeitos a negócio jurídico processual válido.

Palavras-chave: Negócio Jurídico Processual. Novo Código de Processo Civil. Colaboração processual. Atuação do Estado-juiz. Autorregramento da Vontade.

ABSTRACT

This study has as main target to analyze the new institute of the procedural contracts that was brought to the forefront of the science of civil procedural law by the new Civil Procedure Code in 2015. It studies the models of adversarial and inquisitorial process, its evolution and the advent of cooperation model proceedings arising from the dereliction of hiperpublicism that had taken form after the long phase of procedural instrumentality. The theoretical evolution of the procedural collaboration model gives rise to the possibility of negotiating the procedural adaptation, making room for expression of the autonomy of will in the procedural structure as a corollary of the fundamental right to freedom. On this pitch born the discussions on the theory of legal fact and the procedural contract, bringing with it several questions. The conventions on procedural matters are intended to give shape the procedure, duties and procedural prerogatives to provide the substantial right discussed in demand a fair and effective protection, obtained in reasonable time. Dispelling several of the questions put and putting things in their own place, shall enter into effect CPC-15, expressly providing for the procedural contracts with the possibility of typical procedural contracts (specifically provided for in the law) and also a general clause for stipulation and celebration atypical procedural contracts. Following the study of such issues, enters the analysis the acting of court in the procedural contracts and the questions about the control function and encouragement to be exercised by the judge, the judicial cognition in the procedural contracts, the cases where the parties needs the procedural contracts ratification by the court and the applicable appeals against the decision that denies effects to a valid procedural contract.

Keywords: Procedural Contracts. New Civil Code of Civil Procedure. Procedural Collaboration. Court Action. Autonomy of the Will.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO E NEGOCIAÇÕES: ABANDONANDO O DOGMA DO PUBLICISMO PURO	11
2.1 O Publicismo e o Privatismo: O Advento do Hiperpublicismo	11
2.2 Princípio da Adequação Processual	14
2.3 Modelos de Processo e a Necessidade da Cooperação Processual	17
2.3.1 Modelos clássicos de processo: adversarial e inquisitorial	17
2.3.2 Modelo de colaboração processual e a consagração do princípio cooperacional	19
3 FATOS JURÍDICOS NO PROCESSO	26
3.1 Uma Breve Introdução: Teoria do Fato Jurídico	26
3.1.1 Distinções entre negócios jurídicos e atos jurídicos stricto sensu	28
3.2 Dos Fatos Jurídicos Processuais	29
3.3 Negócios Processuais e Visão do CPC-73	30
4 O NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL E AS NEGOCIAÇÕES PROCESSUAIS	34
4.1 Princípio do Autorregramento da Vontade	34
4.2 Negócios Processuais: Conceito	35
4.3 Negócios Processuais Típicos no NCPC	38
4.3.1 Calendarização processual	39
4.3.2 Outros exemplos de negócios processuais típicos	41
4.4 A Clausula Geral de Negócios Processuais no NCPC	42
4.4.1 Uma breve introdução sobre o conceito de clausula geral e sua aplicação no processo	42
4.4.2 A clausula geral de negociação sobre matéria processual	44
4.5 Paridade de Armas: Índícios de Vulnerabilidade e Necessidade da Presença do Advogado. Paridade de Ferramentas?	47
4.5.1 Presença de advogado e capacidade postulatória	49
4.5.2 Vulnerabilidade no negócio processual e seus indícios	51
4.6 Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Espécie	53
4.6.1 Legitimidade ad causam extraordinária negocial	54
4.6.2 <i>Pactum de non petendo</i> : renúncia mútua ao direito de ação.....	55
4.6.3 Outros negócios processuais atípicos possíveis	56
5 O ESTADO-JUIZ DIANTE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS	58
5.1 Partes no Acordo e Partes no Processo	58
5.2 O Juiz Figura Como Sujeito da Convenção?	60
5.3 Vinculação do Juiz à Convenção Processual	67
5.4 A Função Controladora e de Incentivo do Juiz na Convenções Processuais	69
5.5 Da Homologação Judicial os Negócios Processuais	72
5.5.1 Casos em que a lei prevê expressamente o controle judicial através da homologação judicial (condição específica de eficácia do negócio)	74
5.5.2 Homologação como condição do negócio processual elencada voluntariamente pelas partes	77
5.6 Da Cognição do Juiz Frente ao Descumprimento da Convenção Processual	78

5.7 <i>Error in Procedendo</i> e Recurso Cabível Contra Decisão que Nega Efeitos a Negócio Jurídico Válido	84
5.7.1 Regra geral sobre o cabimento de agravo de instrumento	85
5.7.2 Do cabimento de agravo de instrumento contra decisão que indefere negócio processual válido	89
6 CONCLUSÃO	92
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa teve por objetivo o estudo do impacto da inserção do negócio jurídico processual no novo Código de Processo Civil, analisando, de uma forma panorâmica, desde a evolução teórica pela qual passou a doutrina para que pudesse aceitar a teoria do fato jurídico no processo civil contemporâneo até as possibilidades de celebração dos negócios processuais bem como tendo sob os maiores holofotes a atuação do Estado-juiz perante tais negociações.

Fora utilizado o método dedutivo neste trabalho, partindo-se dos sentires da doutrina pré-CPC/15, das disposições do novo *códex* e da doutrina contemporânea sobre o negócios processuais, tanto nacional quanto internacional.

Ao longo do trabalho utilizou-se como sinônimo de “negócio jurídico processual” as palavras “convenção”, “avença”, “pacto”, “acordo”, uma vez que a aproximação de tais noções no direito contemporâneo fez com que suas diferenças fossem superadas.

Conforme se salientou durante a monografia, o tema dos negócios jurídicos processuais, tendo em vista que o novo Código de Processo Civil se posiciona como um verdadeiro divisor de águas na ciência processual, é um terreno sobre o qual ainda pairam várias dúvidas de teor pragmático e teórico em razão do momento de transição que a doutrina atravessa, motivo pelo qual algumas das visões serão expostas e interpretadas com certa parcimônia.

No capítulo dois procurou-se estudar os modelos de processo e sua influência na inserção bem como a autonomia e manifestação da vontade no processo. Se expôs as noções sobre privatismo e publicismo, demonstrando o exagero publicista que a fase da instrumentalidade trouxe à ciência processual a seu tempo, culminando em um ideário hiperpublicista bem como também se demonstrou as bases teóricas que a doutrina começa a repensar para quebrar uma parte da cogência das regras e adentrar em um modelo de colaboração processual, passando a admitir a autonomia da vontade no processo e também a adequação procedimental negocial.

No capítulo três tratou-se da exposição da teoria do fato jurídico, tratando do assunto a princípio de forma genérica, passando a analisar a incidência

dos fatos e negócios jurídicos no processo. Constrói-se um breve panorama sobre a posição dos doutrinadores sobre a admissibilidade dos negócios jurídicos sobre matéria processual na visão do CPC Buzaid.

O capítulo quatro teve por escopo o estudo dos negócios jurídicos processuais à luz novo Código de Processo Civil, enfrentando os princípios aplicáveis, a clausula geral de negociação sobre matéria processual, as variadas possibilidades de convenções processuais, bem como alguns limites impostos aos negócios processuais.

O capítulo cinco teve por objeto trazer à baila o estudo do magistrado perante as negociações processuais. Tratou-se das questões relativas a posição jurídica do magistrado em relação aos pactos processuais, suas funções estabelecidas pela lei processual, os casos em que se faz necessária ou não a homologação pelo juiz para que o negócio processual possa produzir efeitos, as regras sobre a cognição do juiz perante o descumprimento do avençado e, por último, dissertou-se sobre o recurso cabível contra decisão que nega efeitos à convenção processual.

Por fim, o último capítulo se destina a elencar as principais conclusões advindas desta pesquisa científica a fim de resolver toda a problemática proposta.

2 MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO E NEGOCIAÇÕES: ABANDONANDO O DOGMA DO PUBLICISMO PURO

O modelo de processo e a forma como o ordenamento jurídico distribui entre os sujeitos processuais os poderes para a condução do procedimento e da resolução da lide são pedra de toque no que tange às negociações processuais, uma vez que tanto mais poderes são concentrados unicamente no juiz, tanto menos haverá possibilidade de participação das partes no processo, se limitando a aguardar o pronunciamento judicial. Doutra maneira, o processo conduzido apenas pelas partes torna o juiz mero espectador do espetáculo forense só lhe restando espaço de atuação quando da prolação da decisão. Qualquer dos extremos, no estágio atual da ciência processual, é inviável para a prestação jurisdicional. Nos ocuparemos de tais discussões nas linhas que se seguem.

2.1 O Publicismo e o Privatismo: O Advento do Hiperpublicismo

As noções de privatismo e publicismo se construíram nas premissas acima. Em Roma chegou a se entender o processo como “coisa das partes”, com predominância de ação dessas para que o julgador pudesse julgar a demanda, o que traduz a noção privatista de processo, que via a ação como o próprio direito material em pé de guerra¹.

Em sua contraposição, nasce o publicismo processual, com Oskar Von Bulow, a partir da publicação de sua obra sobre as exceções e os pressupostos processuais, defendendo que a relação processual, por englobar o Estado-Juiz é relação de direito público, que não se confunde com sua respectiva relação de direito material subjacente. A partir daí a ciência processual torna-se autônoma e liberta-se das mãos do direito material.²

¹GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 - parte geral*. – São Paulo : Forense, 2015 – pg. 140 da versão e-book.

² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 99.

Ao passar do tempo, o publicismo, implicitamente, posiciona o juiz como ente central do processo, presidente único da relação processual, dando-lhe amplos poderes, fazendo com que baste que as partes venham a quebrar a inércia da jurisdição e então o processo corre diante de seus olhos à luz do princípio do impulso oficial, não tendo possibilidade alguma de conformar o procedimento conforme melhor entendessem ajustado ao caso *sub judice*.

Desta dicotomia privatismo-publicismo vê-se como a manifestação de vontade das partes para produzir efeitos processuais se torna um debate tenso dentro da doutrina instrumentalista. Ao se perceber os contornos públicos da relação jurídica processual, toda estrutura do direito processual civil, e não só a relevância da vontade das partes, passa a ser repensada nesse viés, o que foi um grande avanço para que o processo civil tomasse seu lugar como ciência jurídica autônoma.

Adentramos, com o passar do tempo, em um hiperpublicismo. Um publicismo exagerado, sufocante em relação à autonomia da vontade, de tal maneira que a doutrina processual começou a quebrar um pouco desta maré, procurando relativizar tais conceitos.

Sobre o hiperpublicismo, confira-se o magistério de Daniel Mitidiero:

Com a consolidação do Estado Nacional Moderno, denota-se novamente evidente assimetria na relação indivíduo-Estado. Com o coroamento do processo de centralização de vários poderes no Estado, forma-se uma autoridade que se contrapõe à totalidade de súditos (isto é, a sociedade). O direito assume uma forma específica, sendo reconhecido pela autoridade do qual é emanado e pelo procedimento que tem de ser observado para que se converta em algo pertencente ao mundo jurídico.

O Estado apropria-se do direito, reclamando o seu monopólio. Vale dizer: não reconhece qualquer manifestação jurídica que não tenha origem em si mesmo. O direito processual civil converte-se do mesmo modo em estatal.³

O ilustre professor Candido Rangel Dinamarco em estudo mui influente na doutrina pátria sobre a instrumentalidade do processo, levou em conta a ideia de que a processo civil tem escopos maiores do que somente aquele jurídico (aplicação do direito objetivo), que precedem a este em hierarquia, quais sejam, os escopos sociais e políticos. Dentre os sociais temos a pacificação dos conflitos, a promoção da igualdade e a educação do corpo social. Dentre os escopos políticos elenca a

³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. - 2 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 77.

proteção da liberdade individual, o fomento à participação dos cidadãos na vida política do país e a afirmação do poder do Estado.⁴

Somente após estes dois escopos é que se passa a vislumbrar o escopo jurídico, relativo à proteção do ordenamento jurídico objetivo, resolvendo as crises ocorridas no caso em concreto através dos comandos legais.

Explicativa é a doutrina de Antonio do Passo Cabral:

Observe-se que, além de essas formulações hierarquizarem os escopos do processo, fazendo com que os interesses públicos suplantem os interesses privados, mesmo ao chegar no “escopo jurídico”, o publicismo não se orienta aos jurisdicionados. Não se fala da tutela dos “direitos subjetivos”, mas da concretização da lei, i.e., a aplicação do ordenamento objetivo. O sujeito, portanto, surge apenas indiretamente, como titular beneficiado pela aplicação da norma. Parece-nos, *data vênia*, um excesso publicista. **A metáfora de Cipriani é interessante e deve ser lembrada: esta concepção exagerada equivaleria a pensar que, se o processo fosse um hospital, seria construído e organizado para os médicos, não para os doentes.** (grifo nosso)⁵

Em sua doutrina, o professor Cândido Rangel Dinamarco declara que o Estado não presta tutela jurisdicional a direitos, mas a pessoas.⁶ Nada obstante, Cabral, em nota de rodapé, diverge e entende exatamente o contrário, isto é, que a tutela é prestada a direitos. No entanto, assevera que em se levando em conta a posição de Dinamarco deveria haver uma concepção de privilégio aos interesses destas pessoas ou, pelo menos, trouxesse equilíbrio entre os escopos públicos.⁷

Partindo de tais premissas, começam a surgir na boa doutrina pensamentos relativos a uma flexibilização dos procedimentos. Tais linhas de raciocínio têm como viés a quebra da cogência total das regras de procedimento, demonstrando uma inexistência de prejuízo ao resultado processual, o que muito pelo contrário, demonstra a eficácia de tal medida para a celeridade e efetividade da jurisdição em conformar o procedimento para adequar-se à vontade das partes.

Neste sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni explana:

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1. Editora Malheiros, São Paulo: 2001. Pg. 61-63.

⁵ Op. cit., p. 108-109.

⁶ Op. cit., p. 105.

⁷ Op. cit, p. 109.

Não me parece que o extremismo de parte da doutrina pátria na manifestação pela cogência das regras procedimentais seja compatível com o ideário instrumentalista e com os escopos do processo, tampouco com o princípio da liberdade, que é base de nosso sistema constitucional.

Se por um lado, como regra, as normas processuais no todo (incluídas as procedimentais) são de ordem pública, e, como tal, de observância obrigatória por todos os atores processuais – com o que não discordamos em princípio -, por outro, inúmeras situações ligadas ao direito material, à realidade das partes, ou simplesmente à inexistência de prejuízo, devem permitir a eleição do procedimento, inclusive pelas próprias partes.⁸

O referido autor, em tese de doutorado discutindo a flexibilização dos procedimentos, defendida na USP, já vislumbrava, ao tempo da tese, que algo pudesse ser feito pelas próprias mãos das partes dentro do cenário processual. O que lhe incumbiu chamar de “flexibilização procedimental voluntária”, que tem por corolário os estudos do princípio da adequação processual, levado em conta em conjunto com o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo.

2.2 Princípio da Adequação Processual

Desta feita, cumpre-nos analisar o princípio da adequação e suas vertentes.

Princípio da adequação, em um conceito modesto, é o princípio pelo qual procedimento a ser seguido pelo órgão jurisdicional deve amoldar-se às peculiaridades do direito material *sub judice* para que se obtenha uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva.

Temos três dimensões do princípio da adequação elencadas pela doutrina. A saber: legislativa, jurisdicional e negocial.

Na adequação legislativa, o princípio se impõe como informador na produção das regras legais atinentes ao procedimento. Ainda na fase legislativa, antes de a norma adentrar ao ordenamento jurídico é necessário que o legislador anteveja as peculiaridades em relação à natureza e objeto dos casos *in concreto* que por eles passarão na hora de estipular as regras procedimentais *in abstracto*.

Neste sentido, Fredie Didier Junior nos esclarece:

⁸ GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização Procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 215.

Inicialmente, a própria construção legislativa do processo deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as peculiaridades do seu objeto; o legislador deve atentar para essas circunstâncias, pois um processo inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas à estruturação do procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar esse fenômeno.⁹

Passada a adequação legislativa, que se dá em abstrato, é necessário que o procedimento se adeque também de forma concreta quando da efetiva solução do litígio levado a julgamento pelo jurisdicionado dando continuidade à tarefa do legislador. É que a produção legiferante naturalmente se vê impossibilitada de esgotar, no texto legal, todas as peculiaridades passíveis de apresentação caso a caso.

Em assim sendo, a lei confere ao magistrado a possibilidade de conformar o procedimento em alguns casos para o melhor andamento da celeuma judicial e atendimento do direito material. É a chamada adequação jurisdicional do processo.

São vários os casos trazidos pelo novo caderno processual em que o juiz pode manejar, por si só, o procedimento, razão pela qual nos valeremos de compilação trazida pelo professor Didier em sua obra. Vejamos:

Há diversos exemplos: a) o inciso VI do art. 139 do CPC expressamente autoriza que o juiz dilate os prazos processuais e altere a ordem de produção de provas, tendo em vista as peculiaridades do conflito; b) possibilidade de redistribuição do ônus da prova (art. 373, §1º, CPC); c) o julgamento antecipado do mérito, em que se pode abreviar o rito processual, com a supressão de uma de suas fases (arts. 355-356, CPC); d) a não realização da audiência de tentativa de autocomposição, se o litígio não admitir autocomposição (art. 334, §4º, 11, CPC); e) as variantes procedimentais previstas na Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965, arts. 7º e segs.); f) a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de certos parâmetros (art. 970, CPC); 3) adequação do processo em jurisdição voluntária (art. 723, par. ún., CPC) etc.¹⁰

No mesmo sentido temos também o enunciado 107 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que apregoa: “O juiz pode, de ofício, dilatar o prazo para a parte se manifestar sobre a prova documental produzida”. Uma vez que a complexidade ou a extensão de tal prova pode tornar dificultoso ou impossível à

⁹ Curso... Op. cit. p. 115

¹⁰ Op. cit. p. 11.

produção do contraditório pela parte. O mesmo vale para contestação de exordiais que abarquem tais características.

Com efeito, é necessário que o julgador, quando utilizar-se da adequação jurisdicional, intime as partes informando a potencial mudança, em respeito ao princípio do contraditório e em consonância com a cooperação processual, modelo de processo que será analisado mais à frente. Isso previne a indesejada surpresa processual das partes e lhes dá oportunidade de se adaptarem à nova realidade procedimental, podendo, inclusive, rever suas estratégias processuais.

Finalmente, temos a adequação processual, cerne deste trabalho monográfico.

Trata-se de uma adequação que deriva dos chamados negócios jurídicos processuais celebrados entre autor e réu, por via de regra e, por via de exceção, o juiz¹¹, para conformar o procedimento conforme suas vontades. É a chamada “flexibilização procedimental voluntária” tratada supra. O assunto será explorado em tópicos específicos.

Afirma a doutrina que o princípio da adequação processual é corolário do devido processo legal. Ora, como se viu, um processo que não se adeque às peculiaridades do direito material, inviabilizando a tutela jurisdicional efetiva, configura uma verdade negação da tutela jurisdicional, sendo assim, não se proporcionou às partes o processo que lhe é devido constitucionalmente. Seria negar às partes tal direito fundamental.

Há, ainda, quem tenha uma linha de pensamento na qual o princípio da adequação é decorrente do direito fundamental à efetividade, esse, por sua vez, com seu nascedouro no devido processo legal.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, com brilhantismo que lhe é peculiar:

A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois

¹¹ Vide tópico 5.2 deste trabalho monográfico. Sem prejuízo de outra hipótese que a doutrina demonstrar.

conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial.¹²

A partir de tais premissas, o terreno processual fica mais tencionado à mudança de paradigmas atinentes ao modelo de processo, visto que a partir da adequação negocial os poderes de condução do processo passam também às mãos das partes, e não resta totalmente focado no magistrado, de forma que é necessária a entrada de um novo modelo processual, a saber, o cooperativo.

2.3 Modelos de Processo e a Necessidade da Cooperação Processual

Existem mundo a fora diversos modelos processuais passíveis de serem adotados, dada a conformidade que apresentam com o devido processo legal, haja vista que tal conceito terá conteúdo variado a depender-se do lugar e do estágio da ciência jurídica processual encontrado. É que o devido processo legal é uma clausula geral. Em sendo assim, a doutrina ocidental, influenciada pelo iluminismo, elenca dois modelos de processo: adversarial e inquisitivo.¹³

Da síntese entre esses dois modelos a doutrina identifica o modelo cooperativo de processo.

2.3.1 Modelos clássicos de processo: adversarial e inquisitorial

O modelo adversarial se constrói numa perspectiva de competição das partes. É uma verdadeira disputa travada entre autor e réu perante o órgão jurisdicional a fim de se resolver a causa posta em juízo. Aqui, há maior atividade por parte das partes. Já o modelo inquisitorial, a contraponto, se procede com o protagonismo do juiz em perscrutar o que quer que seja necessário para o deslinde da causa.

A doutrina nomina dois princípios que, respectivamente, serão afetos a um e a outro modelo processual. O princípio do dispositivo, relacionado à maior

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 1999.P. 214.

¹³ DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Artigo publicado na *Revista de Processo* – Vol. 198 – Ed. RT. Agosto de 2011. p. 208.

liberdade das partes no âmbito processual é ligado ao modelo adversarial, ao passo que ao se restringir a atuação dos sujeitos parciais, focando os poderes no magistrado tem-se como lume o princípio inquisitivo, o qual liga-se umbilicalmente ao modelo inquisitorial.

Em verdade, não se entende aqui “princípios” no viés mais técnico da teoria do direito, como “espécie normativa”, mas, sim, como uma espécie de vetor interpretativo, fundamento.

Seguindo esta linhagem, Fredie Didier:

Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de "espécie normativa", mas, sim, de "fundamento", "orientação preponderante" etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e à instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de "inquisitividade"; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a "dispositividade".¹⁴

Tais critérios de divisão de modelo processual já foram tentativa de fundamento no que tange à diferenciação do processo penal em relação ao processo civil, atribuindo a inquisitividade àquele. Bem como também da distinção entre o sistema *civil law* e o sistema *commom law*, neste último se assentando a dispositividade.¹⁵

No entanto, tais distinções não se entendem mais justificadas, restando infrutíferas com a evolução jurídica dos institutos que lhes abarcam. Ora, a dispositividade, bem como a inquisitoriedade, são passíveis de serem inseridas em variados momentos processuais desde a instauração do processo até a fase recursal. Em assim sendo, não se encontrará um ordenamento jurídico inteiramente dispositivo, como não se verá um ordenamento de todo inquisitivo. Ora haverá predominância de um, ora predominará outro. Tornando-se árdua a tarefa de trabalhar com extremos.

Neste sentido, com maestria, José Carlos Barbosa Moreira:

¹⁴ Op. cit. p. 208.

¹⁵ Op. cit., 208-209.

Tais denominações são bastante equívocas. Com efeito: em primeiro lugar, na faixa contínua que liga os extremos, tem sempre algo de arbitrário o traçado da fronteira entre os dois territórios. Ademais, a divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes não suscita um único problema, senão, muito ao contrário, uma série de problemas distintos, para os quais é possível adotar soluções também diferenciadas. Por exemplo: fala-se de “princípio dispositivo” a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração. Daí proclamar a generalidade dos estudiosos que não existe processo “puramente” inquisitivo, nem processo “puramente” dispositivo.¹⁶

Desta feita, sempre havendo exceções entre a adoção de um sistema e outro pelo ordenamento jurídico onde serão empregados, surge uma nova figura, a cooperação, instituto com nascedouro no viés interpretativo da constitucionalização dos ramos do direito, alcançando o processo civil moderno.

2.3.2 Modelo de colaboração processual e a consagração do princípio cooperacional

Para se perscrutar este novo modelo processual se faz necessário tecer breves considerações sobre as bases e fundamentos do instituto.

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o Texto Magno, é a dignidade da pessoa humana, de forma que, a seu favor, o constituinte escreve uma grande carta de direitos e garantias fundamentais. Deste rol, consta o direito ao devido processo legal, isto é, um processo hígido, com respeito às garantias legais e constitucionais no seu trâmite, concedendo ao jurisdicionado uma tutela justa e efetiva.

É o que faz a doutrina ponderar um Estado Constitucional Cooperativo, que não apenas se pauta na conduta de abstenção, assecuratória do direito de liberdade que é, mas também na realização de atos que se prestem a assegurar o fundamento republicano de dignidade humana.

Necessário se faz o magistério de Daniel Mitidiero:

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas processuais e poderes do juiz”. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, 2003. p. 58.

Não por acaso, considerada doutrina já alude mesmo à existência de um verdadeiro “Estado Constitucional Cooperativo”. Diferentemente do Estado Legislativo, Oitocentos, do qual se esperava apenas abstenção para realização dos direitos fundamentais de liberdade, entendido praticamente como uma espécie de inimigo-público número um, espera-se do Estado Constitucional não só abstenções, quando devidas, mas também prestações que viabilizem o alcance de todos os fins inerentes à pessoa humana – o que, em termos processuais, significa organizar um processo justo – de formalismo cooperativo – e muito especialmente idôneo para prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva de direitos.
17

Da conjugação destas considerações e daquelas referentes ao contraditório e aos novos estudos afetos à boa-fé processual e seus deveres anexos temos a eclosão de um novo modelo de processo pelo qual os sujeitos parciais e imparcial seguirão o fim de solução da lide, cooperando com a atividade jurisdicional de pacificação da sociedade.

Ora, segundo o artigo 5º do novo código de processo civil, “aquele que de qualquer forma participar do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

O que se vê aqui é um instituto importado do direito germânico. É o que se tem chamado de boa-fé objetiva processual. É uma norma de conduta exigida dos participantes do processo, no sentido mais amplo possível, isto é, exige-se um dever de confiabilidade e lealdade das partes, dos causídicos, do magistrado, do membro do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos tribunais e também daqueles que, episodicamente, atuam na tramitação processual.

É, basicamente, uma clausula geral processual imposta pela impossibilidade de o legislador prever e especificar um rol esgotante de todas as condutas desleais no processo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

Comporta-se com boa-fé aquele que não abusa de suas posições jurídicas. São manifestações da proteção à boa-fé no processo civil a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de nulidades formais, a *supressio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício do direito. Em todos esses casos há frustração à confiança ou descolamento da

¹⁷ Op. cit. p. 80.

realidade, o que implica violação ao dever de boa-fé como regra de conduta.¹⁸

A demonstração de ausência de boa-fé, caso a caso, pode culminar em ineficácia do ato processual viciado e responsabilização civil pelos danos decorrentes.

Seguindo, o modelo cooperativo demonstra o norte de estrutura pelo qual as normas processuais devem apontar. É o modelo mais adequado para um ambiente processual coadunado com a democracia¹⁹, de forma que, seguindo o norte constitucional democrático, o novo caderno de direito processual civil o encampa.

O novo código de processo civil consagra o modelo da cooperação processual no artigo 6º de seu texto: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”. Há que se dizer que, aqui, à luz da teoria do direito, promove-se a cooperação ao pódiu de princípio, uma vez que o código o elenca como um estado de coisas a ser concretizado, um estado de ideal a ser buscado pelos operadores da ciência jurídica quando da sua interpretação e aplicação.

É, como se vê, a adoção, pelo código de processo civil, dos estudos doutrinários acima elencados.

O protagonismo não mais fica nas mãos das partes, como é o caso do dispositivismo adversarial, em que o julgador se queda inerte para só então vir a pronunciar seu julgamento quando do momento oportuno, enquanto as partes travam uma guerra processual dialética e probatória. Muito menos as partes padecem do empoderamento exacerbado das atividades judiciais, onde o processo se torna um verdadeiro espetáculo onde se propõe a ação e assiste o trâmite processual de mãos atadas e sem oportunidade de exercer maior influência no julgamento.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 99.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Op. cit, p. 212.

No modelo em questão, os sujeitos processuais atuam numa esfera de colaboração. Não há, no trâmite processual, mormente da fase postulatória até a fase instrutória, assimetria entre as partes, de modo que o trabalho processual é dividido entre os que integram a relação jurídica processual de forma a privilegiar-se a resolução da lide de forma mais amigável, acelerando a entrega do direito material a quem lhe é devido. Na fase decisória, no entanto, não há ingerência das partes, uma vez que esta é a fase onde se exercerá jurisdição, atividade que incumbe única e exclusivamente ao Estado.²⁰

Neste sentido, aduz Fredie Didier:

Disso surgem deveres de conduta para as partes e para o órgão jurisdicional, que assume uma "dupla posição": "mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual", e "assimétrico" no momento da decisão; não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na "divisão do trabalho", mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio. A cooperação, corretamente compreendida, em vez de "determinar apenas que as partes - cada uma para si - discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que essas dele participem". No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e a do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder. Em um processo autoritário/inquisitorial, há essa assimetria também na condução do processo.²¹

A cooperação traz em si alguns deveres de conduta imputados aos sujeitos processuais que devem ser observados. A doutrina elenca deveres: a) de lealdade; b) de esclarecimento; c) de prevenção; d) de consulta.

Tais deveres merecem ensaio a parte, no entanto, teceremos algumas linhas sobre cada um.

O dever de lealdade se traduz na própria linha da boa-fé objetiva supra elencada. É a própria vedação de comportamentos contraditórios no ambiente

²⁰ Aqui se faz alusão às hipóteses em que existe, nas mãos do Poder Judiciário, processo instaurado e já em fase de julgamento, onde efetivamente a jurisdição é exercida somente pelo Estado. Nada obstante, doutrinadores há que entendem o pronunciamento final dado em processo arbitral como exercício de jurisdição.

²¹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I*, op. cit., p. 125-126.

processual (*venire contra factum proprium*) bem como a litigância de má-fé, diametralmente oposta ao dever leal, defesa pelo ordenamento jurídico.

O dever de esclarecimento é o dever de o órgão jurisdicional se esvair de suas eventuais dúvidas no que tange a posições jurídicas, fatos e questões, a fim de promover sua resolução e julgamento idôneos, prevenindo pronunciamentos descabidos e precipitados.

Interessante é o dever de diálogo exposto por Marinoni: “O dever de diálogo, o dever de o órgão judicial dialogar e consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa”.²²

No entanto, nada obstante, ousamos dizer que a classificação do dever de diálogo, em seu conteúdo, é idêntica ao conteúdo trazido pela doutrina no que tange ao dever de esclarecimento, razão pela qual, em termos pragmáticos, fala-se da mesma coisa tanto em relação a um, quanto em relação a outro.

Quanto ao dever de prevenção, ainda segundo o ilustre professor Luiz Guilherme Marinoni, é o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ser barrado pelo uso equivocado do processo.²³

Dever de consulta, por sua vez, é aquele pelo qual se faz necessário que as partes conheçam e se pronunciem sobre todas as questões do processo, prevenindo a situação embaraçosa de surpresa processual de onde não exerceu o contraditório. Sendo o próprio dever de se oportunizar às partes a voz no processo, para que não haja pronunciamento jurisdicional onde não houve contraditório.

Neste sentido, ensina Daniel Mitidiero:

Dentro de um processo organizado a partir da necessidade de colaboração é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de se pronunciar sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício. Vários ordenamentos, aliás, preveem expressamente esse dever de debate, de consulta do órgão jurisdicional às partes.

Observe-se o ponto: exigir-se que o pronunciamento jurisdicional tenha apoio tão somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar significa evitar a decisão-surpresa no processo. Nesse sentido, têm as partes de se pronunciar, previamente à tomada de decisão, tanto a respeito do que se convencionou chamar

²² Op. cit, p. 102.

²³ Idem.

questões de fato, questões de direito e questões mistas, como no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo. Fora daí há evidente violação à cooperação e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta, e ao contraditório.²⁴

Tais deveres, quando retamente seguidos, oportunizam o debate democrático e a pacificação por meio de uma solução justa, efetiva e em tempo hábil, concretizando o princípio trazido pelo artigo 6º do CPC. Princípios, por sua natureza, apontam a um estado de coisas ideal a ser buscado, e, como não poderia ser diferente aqui, incumbe às partes a ousadia de esforçarem-se na direção de mudar-se a cultura litigiosa adversarial que se construiu com o tempo, afinando-se e amoldando-se ao que vigora. É forçoso dizer que imediatamente ver-se-á tais resultados na prática forense, de partes unidas a todo o vapor para a resolução mais amigável possível do litígio, haja vista que há uma controvérsia de direito material em discussão. Isto seria uma mera ilusão ou utopia jurídica. Bem como seríamos levianos ao afirmar que não surtirão efeitos pragmáticos advindo da norma, culminando na morte do instituto.

Bem sabemos que a aplicação *in concreto* dos institutos demonstrará a evolução da cooperação processual e suas benesses.

Neste sentido, aduz Antonio do Passo Cabral:

No que se refere às “ilusões” do princípio da cooperação, é certo que não se pode cair na ingenuidade de um “fraternalismo excessivo”, pois é difícil concordar com uma *doxa* que quer ver no processo colaborativo e no entusiasmo contratual apenas um aporte democrático e participativo. É *naïf* pensar que as partes entrarão de mãos dadas no tribunal. E tampouco se pode forçar a colaboração processual em todos os sentidos. Colaboração em demasia pode ser também autoritária por tolher a ação estratégica legítima dos litigantes de pretender, em uma contenda judicial, fazer prevalecer seus interesses materiais.²⁵

É este modelo processual que oportuniza vislumbrarmos a possibilidade de instauração de negócios jurídicos processuais visto que a vontade das partes passa a ter relevância, inclusive, no âmbito processual havendo a possibilidade de, fundada na cooperação processual, fazer-se a adequação processual negocial, flexibilizando o procedimento por vontade das partes.

²⁴ Op. cit, p. 151-152.

²⁵ Op. cit, p.190-191.

Passemos então à análise das questões atinentes aos negócios jurídicos processual em específico.

3 FATOS JURÍDICOS NO PROCESSO

Enfrentadas as questões atinentes à possibilidade de as partes terem a possibilidade de influir no procedimento cumpre-nos agora analisar a teoria do fato jurídico dentro da esfera processual.

3.1 Uma Breve Introdução: Teoria do Fato Jurídico

É sensato, primeiramente, para desbravar o assunto ora em tela, trazermos os conceitos basilares sobre os quais se apoia a lógica dos negócios jurídicos para que se possa analisá-los no âmbito processual.

É, em verdade, uma necessária breve exposição sobre a teoria do fato jurídico que se faz pertinente para que após introduzidos aos conceitos iniciais adentremos ao estudo das negociações processuais propriamente ditas.

Fato jurídico, em sentido lato, é todo acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas.²⁶ É uma ocorrência do mundo fático pela qual o Direito se interessa e que, dada sua relevância, é assim assinalado pela norma jurídica. Da ocorrência do fato acontece a incidência dos efeitos descritos no enunciado normativo.

Doutrinadores civilistas mais clássicos, pontificaram um conceito singelo, e um tanto menos abrangente, mas que à sua época fazia sentido. É o caso de Savigny, lembrado por Maria Helena Diniz, que preleciona que fatos jurídicos são “os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem”.²⁷

Assim sendo, a própria Professora Maria Helena Diniz demonstra que é necessário ampliar o conceito a fim de dar a ele uma nova abrangência, vislumbrando sua melhor explicação.

Leciona Maria Helena Diniz, *in verbis*, utilizando-se também de conceito do Professor Washington de Barros Monteiro:

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1 : parte geral* — 14. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil* – 29 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.414 apud Savigny, *Traité de droit romain*, v. 3, §103.

Convém ampliar essa definição, pois nem sempre o fato faz nascer ou perecer o direito, atuando, às vezes, sobre a relação jurídica já existente para modificá-la e para protegê-la, possibilitando sua subsistência. Assim: “fatos jurídicos seriam os acontecimentos, previstos em norma de direito, em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extingue as relações jurídicas”.²⁸

No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa conclui que: “são considerados fatos jurídicos todos os acontecimentos que podem ocasionar efeitos jurídicos, todos os atos suscetíveis de produzir aquisição, modificação ou extinção de direitos”.²⁹

Os fatos jurídicos em sentido lato podem ser naturais (fato jurídico em sentido estrito) ou humanos (fato jurígeno, como ensina Tartuce³⁰). Estes últimos, ao se aperfeiçoarem, adquirem a roupagem de ato jurídico, negócio jurídico, ato ilícito ou ato-fato jurídico. Aqueles podem ser ordinários, como o é a prescrição, ou extraordinários, assim entendidos toda a sorte de catástrofes naturais (caso fortuito ou de força maior).

Os fatos humanos dividem-se em lícitos e ilícitos. Lícitos são aqueles atos praticados em consonância com o ordenamento jurídico, que concede os efeitos jurídicos queridos pelo agente. Ilícitos são os atos em desacordo com o ordenamento jurídico, que produzem, contra o agente, efeitos involuntários impostos pela ordem jurídica. Subdividem-se ainda, os atos lícitos em ato jurídico stricto sensu, negócio jurídico e ato-fato jurídico. Nos dois primeiros temos a relevância da manifestação de vontade, ao passo que no último o elemento volitivo é dispensável, ou mesmo desprezado para que alcance seus efeitos.

No que tange ao tema, conforme as lições do festejado Pontes de Miranda, os fatos jurídicos passam por três planos: de existência, validade e eficácia. O que cumpriu à doutrina chamar de escala ponteana, que merece detalhado ensaio à parte. Todo fato jurídico em sentido lato passa pelo plano de existência bastando

²⁸ Op. cit. p. 414; MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1966, p. 172.

²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral* – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2011. – (Coleção de direito civil; v.1). p. 330.

³⁰ TARTUCE, Flávio *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015 (item 2.5.1 da versão e-book).

que aconteça a composição do suporte fático previsto na norma para que o fato adentre ao mundo jurídico.

Utilizaremos a escala de existência, validade e eficácia como referencial teórico no presente trabalho.

Os atos-fatos e os fatos jurídicos *stricto sensu* apenas mantêm-se no primeiro plano da escala, restando ao segundo plano os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, nos quais é relevante a manifestação de vontade, uma vez que o plano de validade analisa os possíveis vícios volitivos.

O plano da eficácia diz respeito aos efeitos que de tais fatos poderão irradiar. Segundo Paulo Lôbo³¹, os atos-fatos são atos ou comportamentos humanos em que não houve vontade, ou, se houve, o direito não as considerou. Nos atos-fatos jurídicos a vontade não integra o suporte fático. Para o referido autor é a lei que os faz jurídicos e atribui consequências ou efeitos, independente dos tais terem sido queridos ou não. O ato ou a vontade é esvaziada e é apenas levada para juridicização como fato. A ideia é a de que o ato dissolve-se no fato. Sendo assim, pela própria desconsideração da vontade pela norma jurídica, os atos-fatos não passam pelo plano da validade, contudo, passam pelo degrau da eficácia da escala ponteana.

3.1.1 Distinções entre negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*

A distinção gera bastante discussão na doutrina e sofreu mudanças conforme a evolução social. Contudo, seremos objetivos em sua explanação.

Sendo a autonomia da vontade a pedra de toque dos negócios jurídicos, leva-se em conta o elemento volitivo, tanto no ato jurídico em sentido estrito quanto no negócio jurídico. Porém, sendo o conceito de vontade mais afeto às noções psicológicas, cabe ao jurista a análise tão somente da vontade declarada.

Neste diapasão, o negócio jurídico é manifestação de vontade voltada a produzir efeitos jurídicos queridos pelos ocupantes dos polos negociais ao passo que o ato jurídico seria a manifestação de vontade que produz, por sua

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004.

exteriorização, efeitos já previamente constantes da lei, não se escolhendo a categoria jurídica. Em não havendo escolha da categoria jurídica e pela simples conduta se perfazer o ato jurídico, nele não há possibilidade de se estabelecer termo, encargo ou condição.

3.2 Dos Fatos Jurídicos Processuais

Aos fatos jurídicos (sentido lato) que acontecem no ambiente processual denomina-se fatos jurídicos processuais, atos jurídicos processuais e negócios jurídicos. No entanto, a doutrina se divide no que tange à existência de suas subdivisões, ora aceitando uma modalidade, ora desdenhando de sua possível ocorrência no processo.

Para José Joaquim de Passos, para quem só existem atos jurídicos no processo, não há fatos jurídicos em sentido estrito.

Segundo o processualista:

No processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei pré-qualifica. 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, atos processuais.³²

Para Leonardo Carneiro da Cunha, ocorrendo tais fatos, dentro ou fora do processo, desde que tais fatos sejam interessantes ao Direito Processual, previstos em hipótese normativa, nele incidirão efeitos, sendo exemplos a morte de uma parte ou de seu procurador, uma inundação que venha a suspender um ato processual, a existência de uma relação de parentesco entre o juiz e a parte, a implementação de idade que confira a condição de idoso, passando a ter direito de prioridade na tramitação do processo, a perda dos autos, entre outros.³³

³² PASSOS, José Joaquim Calmon de passos. “*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.*” Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65.

³³CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais.* Salvador: JusPodivm, 2016. p. 32-33.

Em relação ao ato-fato, que, como se sabe, é ato humano onde a vontade é irrelevante, temos a revelia. Quando esta vem a se protagonizar pelo réu, não há que apurar se o fez por ato de vontade, se quis ou não deixar de apresentar resposta. De mesma maneira, a ausência de recurso.

Em linhas gerais, a contumácia, a omissão ou a inércia configuram ato-fato processual. Porém, nem toda omissão o é, em razão de existirem omissões negociais, como, por exemplo, no caso em que o réu deixa de opor exceção de incompetência relativa ou a renúncia tácita à convenção de arbitragem.³⁴

Desta feita, são negócios tácitos ou implícitos no comportamento processual das partes. Ainda neste prisma, cumpre saber, então, quando se trata de (a) omissão contumacial e quando de (b) omissão negocial, por exemplo, quando se fala em assistência. O assistente não pode agir em desconformidade com a vontade do assistido, logo, apenas poderá agir de forma comissiva quando a omissão deste último for contumacial visto que não há consideração da vontade pela norma jurídica nos atos-fatos. Se o assistido não apresenta resposta ou não recorre, pode o assistente o fazer.

Em contraponto, quando a omissão for negocial, por exemplo, deixando o assistido de opor exceção de incompetência relativa ou de alegar existência de cláusula de compromisso arbitral o assistente não poderá fazê-lo, pois assim sobreporia os interesses do assistido, o que não se admite.

Aos atos processuais, como é da natureza dos atos jurídicos, não se tem margem de escolha da categoria jurídica ou da estruturação eficaz do respectivo fato jurídico, como é o caso do da citação, da intimação, da confissão ou da penhora.

Por trás da aceitação ou não por parte dos autores da tese dos negócios jurídicos acerca do processo, como pano de fundo, temos as lições sobre publicismo e privatismo, bem como sobre o modelo estrutural do processo, objeto de análise dos próximos tópicos.

3.3 Negócios Processuais e Visão do CPC-73

³⁴ Idem.

Alguns autores não admitiram a existência de negócios processuais ou, mesmo, não trataram do tema. Os que desta forma procedem, o fazem considerando que a vontade não tem sequer relevância para que a atuação processual produza efeitos no processo, bastando a mera manifestação ou declaração de vontades. Como vimos anteriormente, é posição mais clássica, advinda do publicismo chamado por alguns de dogma do hiperpublicismo. Tal posicionamento tende fortemente a mudar, dada previsão expressa no Novo Código de Processo Civil do negócio jurídico processual e sua adoção no sistema.

Também em razão de o modelo processual inquisitorial, banhado pelo publicismo exacerbado, ter sido por muito tempo o adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, no qual há forte protagonismo por parte do juiz e que as partes se limitam a cumprir os atos processuais previstos em lei, a doutrina não admitia tais convenções firmadas pelas partes. Inclusive, a nomenclatura “negócio jurídico” sempre soou como algo inato ao direito privado, e, por conseguinte, dissonante com a estatalidade da jurisdição, os poderes conferidos ao julgador e a cogência das normas – isso também em razão do estigma que há sobre a autonomia da ciência processual em relação ao direito material.

Assim, fundamentam-se no argumento de que as situações processuais já estão previstas em lei, e que a única disponibilidade das partes é fazer ou não fazer o ato, já que este que já tem seu efeito tabelado pela legislação processual.

Por outro lado, vários autores admitem que existam negócios jurídicos processuais em nosso ordenamento jurídico. Veja-se o que diz o art. 158 do CPC de 1973: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais de vontade, produzem, imediatamente a constituição, a modificação ou extinção de direitos processuais”. Para Rogério Lauria Tucci, em razão da redação deste dispositivo, constrói-se o espaço para os negócios jurídicos os efeitos queridos imediatamente, apenas ressalvando a hipótese de desistência da ação, cuja eficácia depende da homologação do juiz.

Ainda, o mesmo autor afirma que poderão ser unilaterais ou bilaterais e conclui que a inércia de um litigante pode fazer nascer um negócio jurídico processual, como é o caso da anuência implícita do réu frente à desistência da ação

após a contestação³⁵. Com base neste dispositivo é que se legitima o princípio da atipicidade do negócio jurídico podendo-se, no espaço delimitado pelo ordenamento, as partes negociar sobre o processo. Contudo, no CPC-73 as hipóteses ficam mui limitadas.

Para Pontes de Miranda, a priori, os atos processuais não constituem negócios jurídicos, porém reconhecendo a existência deles no que tange à desistência da demanda, à desistência de recurso, a não empregar procedimento executivo, a não utilizar rito especial, a só se utilizar um tipo de prova no processo ou de abster-se de utilizar determinado tipo de prova.³⁶

Ainda, para o mesmo autor, a própria petição inicial carrega em si elementos negociais de declaração da vontade de se estabelecer uma relação jurídica para compor a lide, utilizando-se dos procedimentos adequados, logo, escolhendo a categoria jurídica que melhor atende a pretensão que há de ser postulada em juízo.

Neste sentido, aduz Fredie Didier:

Bem pensadas as coisas, na própria petição inicial há pelo menos o negócio jurídico processual de escolha do procedimento a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos, como entre o mandado de segurança e o procedimento comum.³⁷

O Professor José Carlos Barbosa Moreira, também favorável à teoria do negócio jurídico processual, chama o tema de *convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual* sendo este objeto de uma de suas obras, fazendo menção à clausula de eleição convencional de foro, à convenção de distribuição do ônus da prova, à convenção das partes para a suspensão do processo (o qual também Luiz Guilherme Marinoni interpreta ser negócio jurídico processual)³⁸ e reforça o entendimento de que tais negócios só cabem no âmbito de dispositividade

³⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Negócio jurídico processual*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo, 1997, v. 54, p 190-194.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. 1, p.101.

³⁷ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I* - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 377.

³⁸ MARINONI, Luis Guilherme. *“Convenções das partes sobre matéria processual”*. *Temas de direito processual – terceira série*. São Paulo; Saraiva, 1984, p. 87-98.

da normas processuais, não sendo juridicamente possíveis (portanto, inválidos, conforme os elementos do plano da eficácia na escala pontiana) quando houver norma cogente incidente sobre o fato.

4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS NEGOCIAÇÕES PROCESSUAIS.

Enfrentadas as divergências travadas na doutrina no que tange às negociações processuais na visão do Código Buzaid cumpre agora analisarmos as inovações trazidas pelo novo *códex*, que traz um verdadeiro microssistema negocial em sede de processo, dirimindo dúvidas sobre a possibilidade de tais pactos processuais com expressas disposições legais para tanto, com princípios próprios que os fundamentam e hipóteses típicas para a formalização dos tais negócios, bem como a presença de uma clausula geral que tem o condão de ensejar negócios jurídicos atípicos, isto é, não previstos expressamente pelo texto legal, mas passíveis de se entabular.

4.1 Princípio do Autorregramento da Vontade

O novo CPC brasileiro, agora vigente, tem vistas a trazer mais celeridade e efetividade ao Poder Judiciário na resolução dos conflitos sociais. Aduz o art. 6º do *códex* que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, consagrando o modelo cooperativo de processo, valorizando a vontade das partes e o consenso de seus interesses, tornando o ambiente processual mais democrático na medida em que se prioriza ao máximo o contraditório e a justiça das decisões ali emanadas. Proporciona-se, no prisma da cooperação, uma mudança ideológica no processo civil brasileiro.

O prestígio da vontade das partes e da autorregulamentação demonstra-se como desdobramento de um dos principais e mais antigos direitos fundamentais da humanidade: a liberdade, prevista no art. 5º, *caput*, da Magna Carta de 1988.

Nesta linha, o magistério de Didier:

O direito fundamental à liberdade possui conteúdo complexo. Há a liberdade de pensamento, de crença, de locomoção, de associação etc. No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os

seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.³⁹

O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada de acordo com o ordenamento jurídico⁴⁰. Tal espécie jurídica afigura-se como subprincípio decorrente do direito constitucional à liberdade.

É bem certo de que a autonomia da vontade exercida no âmbito processual é mui restrita em comparação com as relações negociais de direito privado, uma vez que envolve o exercício da *iurisdictio*, no entanto, a liberdade figura como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. Em assim sendo, insta salientar que prega o autor supracitado que, nos termos constitucionais, um processo jurisdicional hostil não faz jus ao devido processo legal, assim sendo, não se alinha com a visão processual constitucional, afeta aos direitos e garantias fundamentais.

Há que constar que a autonomia da vontade encontra limitações no âmbito processual da mesma forma que não é ilimitada nos outros ramos do direito onde se vê necessária. Ver-se-á adiante que a capacidade, a vulnerabilidade e as matérias processuais devem ser levadas em conta para que o negócio jurídico processual espraie, ou não, seus efeitos, ou sequer venha a existir ou seja válido.

A principal concretização do princípio do autorregramento da vontade está disposta no art 190 do NCPC, objeto do item 4.3 deste trabalho.

4.2 Negócios Processuais: Conceito

Negócio jurídico processual, segundo Fredie Didier, “é o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a

³⁹ DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, 01 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>

⁴⁰ Idem.

categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites do próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”.⁴¹

Os limites do ordenamento jurídico de que tratou o autor são os espaços de dispositividade que existem para que as partes possam negociar.

Para Luiz Fux, os negócios são a exceção do sistema processual que traz algumas hipóteses de que conferem poder dispositivo aos litigantes, sendo regra as normas processuais cogentes, das quais as partes não podem negociar, ficando adstritas apenas à prática dos atos.⁴²

No entanto, muito embora os negócios jurídicos processuais não passem a ser regra no direito processual civil pátrio atual, configurando faculdade das partes em sua utilização, com a devida vênia, parece-nos que a afirmação do doutrinador fica mais afeta aos ditames do Código Buzaid, haja vista que o Novo Código de Processo Civil aumenta de sobremaneira a possibilidade de incidência sobre matérias que antes nem se imaginava ou admitia – ora, o próprio procedimento era considerado cogente de tal forma que não se falava, como visto no capítulo 2, em manifestação da autonomia da vontade no processo e nem em mudança do procedimento dela advinda -, mesmo que as normas processuais cogentes ainda sejam uma barreira que proteja alguns institutos de serem dispostos de outra forma, impossibilitando o negócio processual, como é o caso da impossibilidade de criar um novo recurso por convenção processual em razão do princípio da taxatividade recursal.

A seu turno, Antonio do Passo Cabral, ao adentrar às questões conceituais no que tange ao negócio processual prefere a terminologia “convenção processual”, muito embora venha a explicar que doutrina passa a utilizar indistintamente as terminologias “contrato”, “acordo”, “pacto”, “avença” ou ainda outras similares haja vista que no direito contemporâneo todas estas noções se aproximaram de tal forma que suas diferenças foram superadas.⁴³

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ªed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 59-60.

⁴² FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 433.

⁴³ Op. cit., p. 51-52.

Segundo o autor, a doutrina nacional e estrangeira utiliza certos critérios para conceituar as convenções processuais, os quais analisa para montar um conceito a rigor da boa técnica.

Um primeiro critério para conceituação do negócio processual seria o do *locus* onde celebrado, isto é, o local onde se celebra a convenção processual, a saber, o processo. Assim, seria negócio processual aquele praticado dentro do processo. Os que não fossem avençados endoprocessualmente, ainda que disciplinem situações processuais, seriam negócios jurídicos de direito material e, portanto, regidos pelo direito substancial, e não pelo direito processual.⁴⁴

Tal critério não merece prosperar, pois há possibilidade, como se verá adiante, de se estabelecer negócios jurídicos fora do ambiente processual, conforme explica Cabral:

O argumento não convence. A tese de que o acordo processual seria sempre um ato do processo há tempos vem sendo rechaçada na doutrina, até porque não é compatível com o compromisso arbitral, que compreende uma renúncia à jurisdição (e portanto tem efeitos processuais) mas é firmado fora do processo. Também seria incompatível com a eleição de foro ou a convenção sobre o ônus da prova, que o CPC/2015 afirma poder ser firmada extrajudicialmente (art. 373 §4º).⁴⁵

No mesmo sentir, Flávio Luiz Yarshell:

Por fim, o negócio processual não deve ser (quando menos não convém que seja) qualificado como ato processual, se adotada a premissa de que o aspecto diferencial desse último reside em ser praticado no contexto de um processo, para nele produzir efeitos; exceto se fosse possível estender o conceito de processo para o contexto dos contratos privados. Então, o conceito de ato processual apenas indiretamente interfere com o de negócio processual, na medida em que esse tenha por objeto a regulação daquele.⁴⁶

Outro critério já pensado pela doutrina e aludido por Cabral é o subjetivo, isto é, com base nos sujeitos. Seria, assim, o negócio praticado pelos sujeitos processuais. Contudo, tal critério também é falho, haja vista que é possível

⁴⁴ Op. cit., p. 59.

⁴⁵ Op. cit., p. 59-60.

⁴⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 78-79.

que se pactue convenções pré-processuais, ou seja, antes mesmo que exista processo e as partes possam se revestir da posição jurídica de sujeito processual.⁴⁷

Pode ser, inclusive, que as partes do negócio processual nunca venham a se tornar sujeitos processuais, quer seja porque não ocorre conflito de interesses a ser resolvido através de um processo, quer seja porque houve efetivamente um conflito, mas aquela parte em específico do negócio não figura como parte no processo, sendo apenas terceiro interessado. Mais se esclarece sobre partes no negócio processual e partes no processo de forma mais específica no tópico 5.1 deste trabalho.

Ainda, Cabral analisa o critério de norma aplicada e disciplinada no acordo, pela qual seria convenção processual aquela que tiver por objeto matéria de direito processual, no entanto, tal critério ainda não se faz suficientemente satisfatório.⁴⁸

Por fim, ao analisar e coadunar tais critérios, conceitua Cabral as convenções processuais da seguinte forma:

Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.⁴⁹

Vê-se que, mesmo o tema sendo grande novidade na processualística civil pátria, a própria doutrina, a seu passo, esforça-se para extrair o conceito mais técnico e acertado possível, ainda que seja um terreno eivado de várias dúvidas e incertezas.

4.3 Negócios Processuais Típicos no NCPC

O referido prestígio à autonomia da vontade ainda vai mais longe, traz várias possibilidades de se fazer negócios dentro do processo de forma muito mais ampla do que Código Buzaid. Embora o foco deste trabalho seja os negócios

⁴⁷ Op. cit., p. 60.

⁴⁸ Op. cit., p. 62.

⁴⁹ Op. cit., p. 68.

processuais atípicos, algumas inovações da mudança legislativa são interessantes e merecem ao menos uma brevíssima análise.

4.3.1 Calendarização processual

Caminhando pelas convenções negociais típicas trazidas pelo *new códex* é interessante traçar algumas considerações sobre o instituto do calendário processual.

Confira-se o conteúdo do art. 191 do novo código que trata do calendário processual, que dispõe:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

É uma hipótese de negócio jurídico plurilateral onde além das partes, de forma excepcional, também o juiz figura como parte da avença.

Trata-se de instituto inspirado nas experimentações francesa e italiana, agora disposto em nossa legislação com vistas a impactar a atuação jurisdicional no tempo, fixando datas às partes em relação aos atos processuais ou audiências a serem praticados por cada sujeito dos polos da relação jurídica e celeridade, uma vez que haverá desnecessidade de novas intimações, acelerando o sistema judiciário.

Veja-se que também traz segurança jurídica assegurando ao jurisdicionado uma visão panorâmica no tempo do princípio da duração razoável do processo e dando-lhe uma previsibilidade de desfecho, ao menos em primeira instância, dirimindo atos protelatórios das partes, haja vista que segue a *clausula rebus sic stantibus*, de forma que as datas só serão alteradas por eventos excepcionalíssimos, justificados devidamente.

Dispõe o enunciado 299 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que: “O juiz pode designar audiência também (ou só) com o objetivo de ajustar

com as partes a fixação do calendário para fase de instrução e decisão”. No entanto, fica no âmbito da liberdade negocial das partes a opção por tal convenção. Dada a natureza plurilateral de tal negócio, é sensato dizer que, querendo as partes a calendarização do processo, mas optando o juiz por não a convencionar, não haverá calendarização, conforme se extrai do artigo 191 do NCPC.

Interessante é a questão de compatibilizar tal calendário com o mandamento do artigo 12 do novo caderno processual civil, pelo qual os juízes devem observar a ordem cronológica de conclusão para proferir sentenças. Processos de maior complexidade demandam mais tempo de tramitação, bem como a recíproca é verdadeira. Assim sendo, calendarizar a data da prolação da sentença pode vir a confrontar o dispositivo supra, problema que, contudo, pode ser resolvido. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha⁵⁰, ou abstém-se de inserir tal ato no calendário, para que se respeite, com efeito, a ordem cronológica de julgamento dos processos, ao passo que existe também a possibilidade de se inserir no cronograma convencional uma audiência específica para a prolação da sentença. Este último caso é hipótese que se exclui do mandamento de julgamento cronológico (NCPC, art. 12, § 2º, I).

Há que se dizer que tal dispositivo, na ótica da administração judicial é um imenso avanço que tem o potencial de diminuir em certa porcentagem a morosidade das varas judiciais, beneficiando o judiciário como um todo. Neste liame, em termos pragmáticos, o grande número de processos que tem desaguado no judiciário impõe ao magistrado um verdadeiro poder de performance e gerenciamento da vara, dos processos e do pessoal que dispõe para que consiga manter o ritmo de trabalho sem grandes perdas de aproveitamento. São verdadeiras atribuições implícitas para as quais o magistrado passa a ser surpreendido na prática forense, que o compele a atuar como um “CEO judiciário”.

Neste sentido, Eduardo José da Fonseca Costa:

Para que esse desempenho seja levado a efeito, é indispensável que o juiz esteja adestrado e capacitado para misteres com os quais não está tradicionalmente acostumado. Judicando sob o pálio da eficiência, ele tem

⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 65.

de iniciar-se em saberes práticos arcanos como produção em escala, planejamento estratégico, liderança motivacional, capacidade mobilizadora, estatísticas, fixação e monitorização do alcance de metas, gestão computacional e controladoria. Ou seja, o juiz tem de embrenhar-se em uma “administração científica” da vara em que atua [*court management*] e dos autos que nela tramitam [*case management*]. Por esse motivo, auxiliado por *staff* assessorial, o juiz se aproxima da figura do gerente. Tudo se passa como se ele fosse um “CEO judiciário”, que – de forma plástica, pragmática e informal – planeja, organiza, dirige e controla as atividades pelas quais é responsável. Nesse sentido o processo passa a ser tratado como uma “microempresa gerenciável pela macroempresa judiciária” e os processualistas passam a seduzir-se pelo fetiche *business*.⁵¹

Com a calendarização processual, ainda segundo as lições do autor acima, os prazos passam ser contados automaticamente, isto é, terminando o prazo do autor inicia-se desde logo o prazo para o réu, o que evita os buracos negros (*black holes*), quais sejam, aqueles lapsos inúteis de tempo que são perdidos com juntadas de petição, conclusão de autos ao juiz para despacho em gabinete, lavratura e assinatura do despacho pelo juiz, devolução dos autos ao gabinete à serventia judicial e todos os atos que se seguem para que então se possa dar real andamento à demanda processada. Vê-se que há uma real otimização do tempo de tramitação do processo.

4.3.2 Outros exemplos de negócios processuais típicos

Temos, ainda, outros exemplos de negócios processuais que foram expressamente insertos pelo legislador no próprio texto legal do Novo Código de Processo Civil que merecem citação.

São exemplos: a) o acordo para suspensão do processo; b) o acordo de eleição de foro (artigo 63); c) a renúncia ao prazo estabelecido exclusivamente em favor da parte (artigo 225); d) a convenção sobre a distribuição do ônus da prova (artigo 373 §§3º e 4º); e) a desistência do recurso também conhecido como pacto de instância única, popularizado no direito português e francês (artigo 999); f) a escolha consensual do perito (artigo 471); entre outros espalhados pelo *códex*.

⁵¹ COSTA, Eduardo José Fonseca da. Calendarização Processual. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 478-480.

4.4 A Clausula Geral de Negócios Processuais no NCPC

O processo judicial deve ser adequado à natureza do direito material que nele será discutido, amoldando-se sobre suas peculiaridades para que se possa atingir a finalidade dos princípios processuais e trazer ao jurisdicionado, em tempo razoável, uma tutela mais efetiva.

Desde o CPC-73 já se discutia na doutrina a hipótese de pactuar-se sobre procedimento, o que causou grande divergência dados os variados pontos de vista defendidos pelos autores como ficou demonstrado no item 3.1, supra. No entanto, restavam infrutíferas tais discussões em razão do estágio em que se encontrava a doutrina brasileira, arraigada ao publicismo exagerado, vindo a doutrina a perceber as benesses da cooperação, da relevância do autorregramento da vontade e da flexibilização procedimental para o tratamento mais adequado ao direito material subjacente à relação jurídica processual.

4.4.1 Uma breve introdução sobre o conceito de clausula de geral e sua aplicação no processo

O conceito de clausula geral, afeto à teoria geral do direito, é um tanto quanto tormentoso para se delinear, uma vez que pode se tornar muito amplo, ou mesmo não descrever o instituto com propriedade, no entanto, em um breve esforço teórico, passaremos a discorrer algumas linhas sem a pretensão de analisar a fundo o tema, haja vista que é assunto que merece análise autônoma.

A professora Judith Martins-Costa aduz que tal dificuldade e inviabilidade do conceito de clausula geral advém do fato de que tal instituto é “proteiforme”, isto é, toma diferentes significações a depender do ponto de vista que o estudioso se encontra, o que impede que se faça uma conceituação reducionista e ou simplificada de sua análise.⁵²

Ainda, ensina a referida autora:

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica do processo obrigacional* – 1. Ed. 2. tir. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 273-274.

Entre estes problemas estão as conexões que ligam as cláusulas gerais à teoria das fontes de produção jurídica e à metodologia da ciência do direito. É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretrizes econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.⁵³

Basicamente, as cláusulas gerais são uma espécie de técnica legislativa composta por concepções e características dotadas de uma certa vagueza semântica, aplicáveis a uma ampla gama de situações, desde que estas reúnam as características elencadas para a aplicação de determinado efeito ou instituto jurídico.

Conforme as lições do jurista alemão Karl Engisch, lembrado por Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais se contrapõem a outra técnica legislativa denominada “casuística”, pela qual o legislador circunscreve um rol de casos específicos onde haverá aplicação de um efeito ou de um instituto jurídico.⁵⁴ É o caso, por exemplo, do rol taxativo do artigo 1.015 do CPC-15, que traz hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

As duas técnicas legislativas são constantemente utilizadas na atividade legiferante pátria. Temos como exemplo a mais nova codificação nacional, qual seja, o NCPC, que traz, além de situações onde monta um rol taxativo, também cláusulas gerais, como a que trata sobre negociação processual.

É que, em alguns casos, dada a natural impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses passíveis de incidência da norma a ser criada conforme a *mens legis*, a técnica da cláusula geral cumpre bem o seu papel, alcançando situações das mais variadas.

Nada obsta que se utilize, ao mesmo tempo, as duas técnicas legislativas para reger uma mesma situação, elencando várias hipóteses em específico de aplicação de um certo efeito ou instituto jurídico (casuística), oferecendo também elementos e características que, noutros casos não previstos no rol, quando alcançados também atrairão a incidência do instituto ou efeito jurídico (cláusula geral).

⁵³ Op. cit., p. 274.

⁵⁴ Op. cit., p. 296.

Após estudo mui detalhado sobre o tema, Judith Martins-Costa traz um conceito sobre clausula geral:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a clausula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema;⁵⁵

A seu turno, Fredie Didier também conceitua o instituto:

Clausula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. Há várias concepções sobre as clausulas gerais, mas não se ignora a existência de outras.⁵⁶

Como bem lembra o autor, em razão de ser conceito afeto à teoria geral do direito, várias concepções podem surgir. É própria característica de conceitos proteiformes, como exposto, haja vista que mudanças históricas, culturais, doutrinárias e jurisprudências podem influenciar tais conceitos ao longo do tempo.

Após esta breve introdução sobre as clausulas gerais propriamente ditas, cumpre agora analisar a inserção de tal técnica legislativa pelo legislador processual civil a fim instituir negociações processuais atípicas, mediante o princípio do autorregramento da vontade e as noções de adequação procedimental negocial.

4.4.2 A clausula geral de negociação sobre matéria processual

O caput do art. 190 do NCPC constitui a clausula geral para os tais negócios, dele extraímos, como ensina Didier, o subprincípio da atipicidade da negociação processual, pelo qual se poderá pactuar sobre procedimento, ônus, deveres e faculdades processuais, tão somente autorizado por essa disposição normativa. Reza o art. 190 do novo *códex*:

⁵⁵ Op. cit., p. 302-303.

⁵⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso...* Op. cit., p. 51.

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.

Interpreta-se como subprincípio uma vez que sua existência tem o fim de concretizar o princípio da autorregramento da vontade, tratado no item 4.1, supra. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, já seria possível extrair este subprincípio do art. 200 do mesmo diploma, que é reprodução do art. 158 do CPC-73, mas com a redação do artigo supratranscrito o legislador atende às necessidades da adequação do procedimento às particularidades do caso concreto, desta forma, atendendo à satisfação do interesse material ou do direito subjetivo que se visa proteger.⁵⁷

A adequação dos procedimentos passa, então, só da atividade legiferante do legislador, indo também até às mãos do juiz e das partes. O legislador utiliza de boa técnica legislativa, pois não seria viável ou, quiçá, possível prever todas as situações em que se modelará o procedimento, em virtude da imensidão de peculiaridades que podem advir do caso concreto e da complexidade jurídica que poderia emergir desta tentativa.

O novo *códex* cria a possibilidade de se vislumbrar negócios jurídicos que tem por objeto os ônus, faculdades e deveres das partes e negócios que dizem respeito ao procedimento, podendo flexibilizá-lo. É o que alguns, como Fernando Gajardoni, denominam de flexibilização procedimental voluntária⁵⁸, estudado no item 2.1 supra. E ainda, o âmbito da liberdade de negociação é tão amplo que se pode pactuar nestas hipóteses mesmo quando não houver a finalidade de ajuste à causa discutida em juízo.

Nesta toada, aduz Bruno Garcia Redondo:

O art. 190 do CPC/15 consagrou verdadeira *clausula geral* de atipicidade de negócios processuais. Afinal, inexistente prévia estipulação das partes para celebração de convenções processuais. Afinal, inexistente prévia estipulação das adequações que podem ser efetuadas no procedimento, como também não há específica identificação do objeto das convenções das partes em matéria processual (quais direitos, quais ônus, quais faculdades e quais

⁵⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 68.

⁵⁸ Op. cit. p. 215.

deveres poderiam ser convencionados), nem do alcance e dos limites desses negócios processuais (isto é, qual o espectro dessas disposições).⁵⁹

Assim, no mesmo sentido, dispõem os enunciados 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

257. "O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais".

258. "As partes podem convençionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa"

Há de se dizer que, via de regra, não é necessário que o juiz homologue o que foi avençado⁶⁰, uma vez que os negócios têm efeito imediato. Isto porque o novo Código de Processo Civil repete a regra que havia no artigo 158 do CPC Buzaid, pela qual as declarações de vontade não precisam necessariamente passar pela chancela do poder judiciário, valendo desde logo.

Interessante se faz colacionar o art. 200 do CPC/2015 que prega:

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

Desta feita, aperfeiçoando-se os negócios processuais o juiz fica, desde logo, vinculado ao pacto feito pelas partes, ressalvadas as hipóteses em que as partes não podem tratar, como, *verbi gratia*, restrições em prerrogativas e poderes do juiz.

Contudo, o julgador figura como fiscal da situação analisando todos os degraus da escada ponteneana visualizando se há algum vício de existência, validade e eficácia na convenção processual.

Tais considerações sobre como negócio processual afeta as relações do magistrado e sua atuação frente às convenções processuais são objeto de estudo análise no capítulo 5 deste trabalho monográfico.

⁵⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 361.

⁶⁰ No entanto, o tema é enfrentado em tópico específico no item 5.5 deste trabalho.

4.5 Paridade de Armas: Indícios de Vulnerabilidade e Necessidade da Presença de Advogado. Paridade de Ferramentas?

Os negócios processuais são corolários da evolução teórica pela qual passa-se admitir novamente a possibilidade de manifestação da autonomia da vontade dentro do processo, desarraigando-se do publicismo inchado pela doutrina instrumentalista.

Desta feita, a doutrina começa se levantar para garantir o direito fundamental da liberdade, disposto no artigo 5º, “*caput*” da Carta Política, no âmbito do processo, a fim de se conseguir a adequação processual negocial. Se dá, então, o advento da possibilidade de pactuar o procedimento, mas também de pactuar sobre prerrogativas, deveres, faculdades e ônus processuais, levando o direito fundamental à liberdade, incidente no processo sob a roupagem de autorregramento da vontade, às suas últimas consequências.

No entanto, ao se privilegiar o direito fundamental à liberdade mister se faz levar a efeito também o direito fundamental à isonomia, também constante no “*caput*” da CF, haja vista que a total liberdade sem a garantia de igualdade promove um certo caos social, na medida em que a liberdade na mão dos mais favorecidos escraviza os menos favorecidos.⁶¹

No campo processual a isonomia se traduz pelo princípio da paridade de armas e do tratamento igualitário no processo, vedando-se o tratamento privilegiado.

Tal princípio vem expresso no CPC-15, no artigo 7º, que dispõe:

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

O legislador processual também espelha o artigo 125, I, do CPC/73, no artigo 139, I, do novo caderno processual civil, que reza que: “O juiz dirigirá o

⁶¹ Pertinente é a famigerada frase, atribuída a Lacordaire, que aduz que: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”.

processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento”.

É o que a doutrina convencionou chamar de princípio da paridade de armas, deixando as partes em pé de igualdade no que tange à disputa pelo bem jurídico material que perfaz o objeto litigioso do processo.

Seguindo esta linha de raciocínio, mais especificamente, aplicando-se as disposições no negócio jurídico, mister se faz garantir que as partes sejam páreas entre si para que possam celebrar negócio processual em pé de igualdade, sem que uma das partes fique sujeita à vontade de outra parte que disponha de mais recursos para obter uma posição privilegiada aproveitando-se da fragilidade da parte juridicamente hipossuficiente.

Portanto, o equilíbrio entre os negociantes sobre matéria processual se torna essencial para se entabular negócio processual válido, tomando formas de limite à autonomia da vontade de uma das partes, para que a outra parte não se veja prejudicada. Busca-se uma igualdade *in concreto*, de incidência pragmática, exigindo-se do magistrado uma postura de vigilância e análise do equilíbrio entre as partes, e não uma igualdade de cunho apenas formal, constante tão somente dos códigos e obras doutrinárias.

Neste sentido é o magistério de Leonardo Greco:

O equilíbrio contratual e a paridade de armas também limitam a liberdade de disposição das partes. Exemplo recente nesse sentido encontra-se na Lei 11.280/2006, que facultou ao juiz reconhecer de ofício a nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, dando nova redação ao parágrafo único do art. 112 e ao art. 114 do Código de Processo Civil. Como já acentuei em outro estudo, a igualdade das partes deve ser concreta, e não apenas formal, o que exige um juiz vigilante para suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas do mais fraco em relação ao mais forte. A posição de dependência de uma parte em relação à outra, a inferioridade econômica em decorrência da pobreza ou da proeminência do Estado, são circunstâncias que criam uma desigualdade concreta a exigir permanente intervenção equalizadora do juiz e a limitar o seu poder de disposição.⁶²

No entanto, em razão da evolução teórica pela qual passou o modelo de processo ao longo dos estágios doutrinários brasileiros, adentrando ao modelo de

⁶² GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1ª Edição – Outubro/Dezembro de 2007. p. 11.

colaboração processual, nos parece inócua a nomenclatura “paridade de armas”, que promove a impressão de que as partes entram em guerra através do processo judicial, como se dá no modelo adversarial de processo.

Soa mais afinado e harmônico aos ouvidos a expressão “princípio da paridade de ferramentas”, uma vez que o processo se traduz como um instrumento para a efetivação e tutela do direito substancial e o modelo de colaboração ou cooperação processual não coloca as partes como adversárias em guerra, mas impõe uma cooperação entre os sujeitos processuais a fim de resolver a lide e conferir uma tutela justa, efetiva e em tempo razoável, de forma que é muito mais consoante com tais conceitos a noção de “ferramentas processuais” para se atingir tais objetivos, do que a noção de “armas”.

4.5.1 Presença do advogado e capacidade postulatória

Capacidade postulatória, em um conceito singelo, é a aptidão genérica, dada privativamente ao bacharel em direito regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 103, CPC-15), para que possa manifestar-se e pleitear em juízo.

Tal capacidade se faz necessária para a feitura de atos processuais, que são a própria expressão da atividade postulatória. Assim, sempre que for necessário o empreendimento de um ato processual será necessário a assistência de um advogado. A *contrario sensu*, em não sendo ato processual, não há necessidade de representação por advogado.

Há também casos em que, muito embora se trate de ato processual, no qual naturalmente haverá exercício de manifestação ou pleito pela parte, a lei dispensa o requisito da capacidade postulatória de forma que a parte poderá pessoalmente, sem a necessidade de advogado, exercer o ato. É o caso da Justiça do Trabalho, dos Juizados Especiais, dos legitimados universais para a proposições de ações relativas ao controle abstrato de constitucionalidade, do *habeas corpus* e etc.

Quantos aos negócios processuais, como visto, suas noções são desvincilhadas da noção de ato processual, bem como não há mandamento legal

que indique a capacidade postulatória como requisito da convenção processual. Por conseguinte, não há necessidade da atuação de um profissional da advocacia para que o ato seja válido, mesmo que tal atuação seja desejável, a problemática da falta de conhecimento técnico da matéria pelo leigo.

Neste sentido, Flávio Luiz Yarshell explica:

A validade do negócio processual não está condicionada à presença de advogado – embora evidentemente ela seja desejável por e tratar de matéria técnica, que presumivelmente escapa ao conhecimento do leigo. Assim ocorre porque, como não se trata da prática de ato processual, não vigora a exigência de capacidade postulatória. Essa mais restritamente diz respeito à aptidão de apresentar manifestações e pleitos em juízo. O fato de o negócio ter por objeto atos que integram o procedimento e posições jurídicas que compõem a relação processual não é suficiente para tornar obrigatória a presença de advogado no ato de celebração do negócio. Para que isso ocorresse seria indispensável previsão legal expressa, tal como ocorre no caso de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, conforme previsão do §2º do art. 1º da Lei 8906/94 (Estatuto da Advocacia), que, além de expresse, comina taxativamente a sanção de invalidade.⁶³

Cabral aduz que, via de regra, não há postulação exercida no negócio jurídico, mas que haverá quando a lei ou as partes elencarem a homologação judicial como condição de eficácia do negócio jurídico, bem como no caso de forçar o cumprimento da convenção processual através de um processo judicial.⁶⁴

O mesmo autor elenca como exceção à desnecessidade de capacidade postulatória no que tange aos negócios processuais firmados de maneira incidental, isto é, no bojo do processo, haja vista que há manifesta atuação postulatória em juízo, que deve ser empenhada por advogado legalmente constituído. Lembra, ainda, que haverá exceção desta exceção nos casos em que a própria lei dispensa a assistência de causídico, podendo, nesses casos as partes entabular negócio jurídico processual incidental sem acompanhamento de procurador. É o caso, *v.g.*, da Justiça do Trabalho e dos Juizados Especiais.

Nas palavras de Antonio do Passo Cabral:

[A] exceção diz respeito às convenções processuais firmadas *incidentalmente* em um processo judicial já instaurado. Nestas, como regra,

⁶³ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 88.

⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais...* Op. cit., p. 279.

deve ser exigida a assistência por advogado. Todavia, mesmo para os acordos processuais incidentais, se estes forem celebrados no curso de procedimentos em que a lei dispensa a assistência de advogado para a atuação processual das partes, serão válidas as convenções celebradas mesmo sem qualquer acompanhamento por advogado. Assim, nos Juizados Especiais e na Justiça do Trabalho, aos litigantes é admitido celebrar acordos processuais sem necessidade de advogado.

Veja-se, então, que nestes casos não há óbice técnico-jurídico à atuação da parte sem advogado.

4.5.2 Vulnerabilidade no negócio processual e seus indícios

Nada obstante as partes não necessitarem de procurador que as acompanhem como condição de validade do negócio na grande gama dos casos mui desejada e recomendável é que as partes, por prevenção, sempre pactuem negócios jurídicos assistidos por advogados, haja vista que os conhecimentos sobre as matérias processuais fogem à cognição e raciocínio do leigo, que pode, em razão de manifestação de vontade viciada, aceitar disposições que lhe deixem em condição desfavorável, vindo a culminar ulteriormente em anulabilidade do negócio jurídico em razão de erro ou dolo.

Tal preocupação se dá também porque nestas situações pode haver um manifesto desequilíbrio entre os contratantes, em que um disponha de todos os conhecimentos que lhe interessam ao passo que o outro não, ou que um deles tenha sido devidamente instruído ou acompanhado por advogado. Esta crise de equilíbrio dá ensejo à vulnerabilidade.

Sobre vulnerabilidade no processo, Fernanda Tartuce ensina:

Vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório.⁶⁵

Em razão da limitação pessoal involuntária que a parte sofre, que a impede de estar igualdade negocial com a outra parte, é que a vulnerabilidade

⁶⁵ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2012, p. 184.

funciona com um dos limites do negócio jurídico processual, devendo o juiz, ao aferi-la, negar validade e aplicação ao negócio processual levando à efeito o princípio da paridade processual.

No entanto, em razão do permissivo legal para que as partes pactuem sobre matéria processual sem a assistência de advogado, não é possível dizer que sempre que as partes convencionarem determinado negócio processual haverá vulnerabilidade e, portanto, invalidade do negócio. Se assim fosse, correríamos o risco de instituir uma capacidade postulatória velada, proibindo sua ausência por via oblíqua.

Por esta razão, cabe dizer que a ausência de advogado assistindo as partes no negócio jurídico processual dá ensejo à indícios de vulnerabilidade, isto é, uma demonstração ao magistrado de que naquele caso é possível que uma das partes esteja vulnerável, o que exerce uma força gravitacional à invalidade do negócio.

Neste sentido, o enunciado de número 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica".

Veja-se que o enunciado diz "acordo de procedimento", os negócios jurídicos dispositivos, como se verá mais à frente. Nos parece que isto não exclui a vulnerabilidade que pode ocorrer nos negócios jurídicos processuais obrigacionais, que versam sobre prerrogativas, obrigações, deveres e ônus processuais, muito embora seja a vulnerabilidade seja muito mais candente nos acordos sobre o procedimento.

Por assim dizer, é possível celebrar convenções processuais nas relações trabalhistas e consumeristas caso as partes estejam devidamente gozando de assistência técnico-jurídica de advogados ou órgãos de proteção de tais grupos como o Procon ou os sindicatos. A ausência de tal assistência faz com que a vulnerabilidade deva ser analisada com muito mais pesar pelo magistrado, haja vista que tais grupos são especialmente hipossuficientes e vulneráveis por natureza.

Há que se dizer, contudo, que os negócios, nos dizeres de Thereza Arruda Alvim Wambier, não poderão configurar um "vale-tudo" processual, ou seja, devem permear (como já o são os negócios jurídicos por natureza) os limites da

moralidade e dos princípios e sistemática do direito processual, não se podendo admitir, por exemplo, a desconsideração da coisa julgada em determinado sentido, a admissão de objeto ilícito na convenção, que não se siga o entendimento consolidado em súmula de caráter vinculante, ou que uma sentença possa ser prolatada sem fundamentação⁶⁶, bem como também que não seja necessária capacidade postulatória para algum ou qualquer ato do processo, situações que fraudariam a própria finalidade do instituto e os princípios basilares do Direito Processual Civil.

Segundo Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, os acordos de procedimento valorizam diálogo entre as partes e o juiz, tratando-se de instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático.⁶⁷

Assim sendo, é interessante que os negócios processuais sejam utilizados como ferramenta de integração e colaboração entre os sujeitos processuais e não como o aludido “vale-tudo” processual que visa deixar a outra parte tanto mais vulnerável, ferindo o princípio da paridade de armas e da ampla defesa.

Nestes casos, caberá ao juiz, no uso de suas funções de incentivo e controle, respectivamente, direcionar as partes à celebração de negócios processuais interessantes a todos os sujeitos do processo bem como declarar a nulidade ou anulabilidade dos negócios ultrapassarem os limites autorizados pelo ordenamento jurídico.⁶⁸

4.6 Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Espécie

Insta salientar que as partes negociam não sobre o objeto litigioso, pois a este instituto se denomina autocomposição, mas sobre o próprio processo, portanto, no que tange ao procedimento e aos ônus, deveres e faculdades das partes. Não se pretende aqui esgotar o rol de negócios processuais que podem vir a

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 356-357

⁶⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.103.

⁶⁸ Sobre tais funções do Estado-juiz remete-se o leitor ao tópico 5.4, deste trabalho monográfico.

ser firmados, mas apenas alguns, com base no direito comparado e nos primeiros sentimentos da doutrina pátria.

4.6.1 Legitimidade ad causam extraordinária negocial

A Constituição Federal pátria garante a todo e qualquer cidadão a possibilidade de bater às portas do judiciário que possa compor eventual lide. No entanto, não se pode levar à corte toda e qualquer pretensão, sob pena ser declarado parte ilegítima para o processo em relação ao objeto da discussão.

Trata-se da legitimidade ad causam, a pertinência subjetiva da ação. O art. 18 do NCP, com efeito, prega: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Via de regra, a legitimidade ad causam é ditada pela relação jurídica de direito material em que houve pretensão resistida. Contudo, via de exceção, a legitimidade pode passar a terceiro em algumas hipóteses. É o que se chama de legitimidade extraordinária, em que outra pessoa, diversa da participante da relação jurídica de direito material pode exercer o direito constitucional de provocar a jurisdição e postular em juízo os direitos do substituído.

Veja-se que a parte final se distingue da parte final do artigo relativo do CPC/73 trocando-se o vocábulo “lei” por “ordenamento jurídico”. Sempre foi pacífico na doutrina instrumental de que não se poderia fazer interpretação do vocábulo lei de forma tão ampliativa que englobasse também a possibilidade de legitimar substitutos processuais por convenção das partes.

No entanto, com a nova redação não existem maiores dúvidas sobre o assunto. Comportam-se agora, além da lei, outras fontes do ordenamento jurídico aptas a legitimar terceiros para a litigância em nome de outrem. Ora, negócio jurídico é fonte geradora de norma jurídica, componente do ordenamento, uma vez que autorizada pela clausula geral de negociação tipificada no artigo 190 do NCP.

Neste sentido, Daniela Santos Bomfim:

O art. 190 contém, justamente, a autorização específica para a celebração atípica dos negócios jurídicos processuais. A clausula geral prevista, em sua abertura semântica, apreende a legitimidade extraordinária negocial, que

não é vedada em nenhuma norma do sistema. Ora, se o art. 18 possibilita a irradiação da legitimidade extraordinária, desde que autorizada pelo sistema jurídico, se o art. 190 é justamente a autorização do sistema, o espaço deixado ao autorregramento, e se não há qualquer norma do sistema que proíba o exercício do autorregramento autorizado, a conclusão é lógica: o sistema jurídico autoriza o exercício do autorregramento para a escolha da categoria eficaz no que concerne à legitimidade ad causam.⁶⁹

Logo, nasce a hipótese de legitimação extraordinária negocial caso as partes assim estipulem entre si.

4.6.2 *Pactum de non petendo*: renúncia negocial mútua ao direito de ação

Conforme as clássicas lições sobre o direito de ação, violado um direito subjetivo substancial, nasce para a parte a pretensão de discutir em juízo a questão a fim de obter do Estado-juiz a tutela de seu direito garantido pelo ordenamento jurídico.

O *pactum de non petendo* é construído justamente pensando nesta perspectiva. É a vontade das partes dirigida à renúncia do direito do próprio direito de ação, isto é, a renúncia ao direito de exigir judicialmente o cumprimento, a tutela do direito.

Interessante é a alusão que faz Paulo Costa e Silva:

(...) parece evidente que este tipo de negócios jurídicos não incide sobre o próprio direito de crédito, aqui residindo sua principal distinção em face da remissão, bem como a sua utilidade e autonomia dogmática. Poder-se-ia dizer, porém, que é afectado o direito a exigir judicialmente o cumprimento, enquanto faculdade compreendida na situação jurídica de direito material.⁷⁰

Há que se dizer que, em se tendo em mente uma relação de direito obrigacional, caso as partes pactuem o *non petendo*, a partir do descumprimento da obrigação, o débito (*schuld*) continua a existir, no entanto, deixando de existir a responsabilidade (*haftung*).

⁶⁹ BOMFIM, Daniela Santos. A Legitimidade Extraordinária de Origem Negocial. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 456-460.

⁷⁰ SILVA, Paulo Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão da pretensão material. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 417.

Isto quer dizer, conforme Paulo Costa e Silva, que: “perante um *pactum de non petendo*, a dívida não é exigível (*fällig*), embora continue a ser pagável (*erfüllbar*). Cumprindo voluntariamente a sua prestação, o devedor extingue o dever de prestar”.⁷¹ Extinto o dever de prestar há a extinção da obrigação com a exoneração do devedor.

Depreende-se, portanto, que o pacto de *non petendo* não necessariamente faz com que as obrigações e relações jurídicas de cunho material não sejam cumpridas, mas veda a exigibilidade da prestação através do processo judicial uma vez que exclui a pretensão.

Caso o referido negócio processual não seja observado e uma das partes ajuíza ação, basta à outra parte, quando da contestação, suscitar preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

4.6.3 Outros negócios processuais atípicos possíveis

Podemos anotar vários exemplos de negócio processual atípico, como o acordo para dispensa de caução para execução provisória, acordo para limitar o número de testemunhas, para autorizar intervenção de terceiros fora das hipóteses legais ou para admitir prova ilícita no processo, os quais merecem análise específica.

Também constitui interessante exemplo o acordo para que a decisão seja prolatada como base nos princípios de equidade, no direito consuetudinário ou no direito internacional, aplicando-se por analogia o art. 2º da Lei de Arbitragem (n. 9.307/1996)⁷², que dispõe:

Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. §2º. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Outros exemplos, que dispensam maiores explicações, estão dispostos no seguinte verbete:

⁷¹ Op. cit., p. 418.

⁷² Neste sentido, GRECO, Leonardo. "Os atos de disposição processual - primeiras reflexões", p. 21.

Enunciado n. 19 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: "São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória".

São inúmeras as possibilidades de celebração de negócios processuais autorizados pela cláusula do artigo 190 do novo *códex*.

5 O ESTADO-JUIZ DIANTE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

De proêmio, trataremos de tecer algumas breves linhas no que tange aos sujeitos das relações processuais, no entanto, sem a pretensão de esgotar o tema, mas situando sua análise dentro do instituto das convenções processuais bem assim afunilando às questões relativas ao juiz e sua atuação defronte às avenças sobre o processo.

Mister se faz estudar como os interesses particulares e públicos serão sopesados e tratados em relação às questões pragmáticas haja vista que as negociações processuais infligem certo impacto na atuação do magistrado na condução do processo frente ao pacto efetuado. É preciso que exista um equilíbrio entre os interesses públicos envolvidos e os interesses privados postulados no acordo, entendendo as regras em relação a vinculação, homologação e cognoscibilidade do julgador bem como outras regras que se fizerem necessárias.

5.1 Partes no Acordo e Partes no Processo

Tratar sobre os sujeitos do processo é tratar sobre quem pode figurar nos polos processuais, bem como tratar sobre os sujeitos das convenções processuais é tratar sobre quem pode legitimamente integrar a relação jurídica que dele decorre. Pouco mais se tratou sobre os sujeitos do acordo instrumental no capítulo supra em que tratamos sobre os limites do negócio jurídico processual.

Aqueles que, observados os limites que o ordenamento jurídico impõe, por ato voluntário, se vinculam a uma relação jurídica que pactua sobre o procedimento ou sobre os direitos, deveres, ônus e faculdades processuais perfazem os polos da convenção processual, isto é, figuram como partes do pacto processual.

Ora, no entanto, é necessário salientar que não necessariamente há equivalência entre as partes do negócio jurídico processual com as partes do processo. Em outras palavras, os sujeitos negociais nem sempre figurarão como partes do processo ao qual o acordo processual visa produzir seus efeitos, bem

como a recíproca também é verdadeira, os sujeitos processuais podem não figurar na relação negocial.

É que, em sendo possível a celebração de negócios pré processuais, é totalmente possível a ocorrência de determinado litígio onde, havendo litisconsórcio, v. g., uns tenham feito parte do negócio processual e outros não. De forma que haverá sujeitos negociais que também cumulam o *status* de sujeitos processuais e também sujeitos processuais alheios à convenção processual. De outro lado também pode acontecer, nos casos onde há pluralidade de sujeitos negociais onde apenas alguns deles figuram como sujeitos do processo relativo à avença, de existirem sujeitos negociais que são terceiros em relação ao processo.⁷³

De se ressaltar também, que a atuação das partes depende do modelo processual adotado, conforme já exposto supra. Desta feita, no modelo processual cooperativo, para o qual a doutrina caminhou, as partes deixam de ser plateia inerte como acontece no sistema inquisitivo, bem como também não figuram mais como inimigos, como é o caso do sistema adversarial, mas se alçam ao patamar de parceiros para a melhor resolução da demanda, conforme os holofotes do modelo da cooperação processual.

Necessário também se faz dizer que a atuação judicial em relação ao negócio jurídico se dará sempre que surgir uma lide em que a avença fora instituída para produzir efeitos. Nesse caso, mister se faz a análise do julgador, nos moldes em que se abordará *infra*, para que os efeitos advindos das convenções processuais não sejam obstados em razão de alguma nulidade ou anulabilidade que o atinja, uma vez que segundo o que proclama o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil:

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.

Outrossim, não havendo quaisquer litígios que envolvam a cláusula negocial instrumental, a menos que as partes estipulem que a homologação pelo

⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 219

magistrado é condição de eficácia, não haverá sequer atuação judicial perante ao negócio jurídico e as partes do negócio não serão partes também no processo.

5.2 O Juiz Figura Como Sujeito da Convenção?

Primeiramente, é necessário fixar a premissa de que, ao nos referirmos ao “jugador”, ao “magistrado” e terminologias afins, estamos, em verdade, nos referindo ao Estado-juiz, isto é, à personificação estatal incumbida do julgamento da demanda para promover a paz social dizendo o direito no caso concreto, de forma que não estamos nos referindo apenas àquele sujeito que exerce o cargo de juiz naquele caso em específico. Não é referente à pessoa do magistrado em si, de forma que a convenção instrumental celebrada idoneamente, que leva em si todos os requisitos elencados pelo ordenamento jurídico e que irradia sua eficácia perante um julgador, é oponível a todos os magistrados, isto é, ao Estado que acolheu a avença como idônea para produzir todos os seus devidos efeitos.

Em sentido diametralmente oposto, Luiz Guilherme Marinoni, quando trata da vinculação do juiz ao calendário processual:

Ora, o processo não pertence a um juiz determinado, nem é possível conceber que o acordo feito por um magistrado seja oponível a outro (ou outros) que dele não participaram. Imagine-se um acordo, estabelecendo o calendário para a prática de atos processuais, celebrado nos termos do art. 191. O que deve suceder na hipótese de o juiz, que celebrou esse pacto, vir a aposentar-se, a remover-se, a licenciar-se ou a ser promovido? Poderá o acordo ser obrigatório também ao seu sucessor, que jamais firmou qualquer convenção, ou anuiu a ela?⁷⁴

Assim aduz o autor levando em conta as dificuldades em relação aos acordos que afetam a esfera jurídica do magistrado no processo. No entanto, com a devida vênia, ousaremos discordar, seguindo o posicionamento de Antonio do Passo Cabral, que chama a atenção aos atos processuais empunhados por juízes, desembargadores, membros do *parquet*, entre outros, e também aos negócios jurídicos praticados pela Fazenda Pública ou pelo Ministério Público, que, sendo

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 531.

promovidos ou aposentados, continuam os atos e negócios praticados a proclamar sua eficácia ordinariamente no ordenamento jurídico. De outra maneira não poderia ser, de forma que estaríamos defronte a uma imensa insegurança jurídica caso os negócios jurídico firmados perante um magistrado não pudessem ser oponíveis a outros.

Segue abaixo o entendimento de Cabral:

Ora, se assim fosse, todo juiz ou desembargador, ao ser promovido e removido, poderia desconsiderar, revogar ou modificar os atos praticados pelo seu antecessor; ou ainda os atos jurídicos celebrados pela Fazenda Pública ou pelo Ministério Público poderiam ser desfeitos pela mudança do membro que atua no processo. Com todas as vênias, o argumento não pode ser utilizado.⁷⁵

Desta feita, como se vê, adotamos entendimento que privilegia a segurança jurídica, princípio geral do direito que deve ser perseguido e levado em conta.

Fixada esta premissa, passemos ao estudo da posição jurídica na qual o magistrado se aloca. É certo que o magistrado atua como perito da legalidade do negócio jurídico, mas efetivamente integra algum polo do negócio processual?

Na verdade, o tema é controverso na boa doutrina.

Posicionamentos há no sentido de que, via de regra, o juiz não figura como parte do negócio jurídico processual, mas que, porém, excepcionalmente poder-se-ia admitir o juiz como sujeito negocial em alguns casos onde sua vontade é manifesta. De outra banda há quem defenda que o juiz, em que pese manifeste-se em alguns negócios processuais nos quais é da essência da convenção, não figura nos polos do negócio jurídico.

Assim sendo, temos uma primeira corrente doutrinária, a qual advoga que pode o magistrado participar das avenças negociais sobre processo, uma vez que, logo após a disposição sobre a cláusula de geral negociação atípica disposta no artigo 190 o *Códex*, já no artigo 191 passa-se a tratar sobre o calendário processual, tratado supra, que traz em frente a nova possibilidade de as partes

⁷⁵ *Convenções Processuais*. Op. cit. p. 222, em nota de rodapé.

convencionarem com o julgador um calendário para a celebração dos atos processuais.

Ora, nesse limiar, os autores partem do pressuposto de que o próprio Código de Processo Civil dispõe que as partes e o juiz hão de convencionar um negócio jurídico processual plurilateral típico, onde o magistrado externa sua vontade para adequar o processo e que, sem a participação do julgador, não há que se falar em negócio jurídico processual válido. Assim sendo, nada impediria que noutros negócios jurídicos, através da clausula geral, de forma intuitiva, o juiz também figurasse como parte.

Neste sentido, aduz Humberto Theodoro Júnior:

Quando se acham em jogo faculdades e interesses exclusivos das partes, o juiz não interfere no mérito do negócio processual, a não ser para verificar sua legalidade extrínseca. Se, porém, de alguma forma a convenção importar restrição ou condicionamento à situação jurídica do juiz, como se passa no saneamento consensual das clausulas complexas (art. 357, §3º) e no estabelecimento do calendário processual (art. 191), é intuitivo que o negócio só se aperfeiçoará validamente se a ele aquiescer o próprio juiz. Nessas e noutras hipóteses, tipificadas em lei, o juiz atua como sujeito negociante ao lado das partes, e não como simples homologador de acordo.⁷⁶

Além de tal motivo, também se fez defensável para essa doutrina clamar pela inexistência de prejuízo processual oriundo da manifestação de vontade e participação do juiz como parte da convenção processual.

Interessante é o magistério de Fredie Didier:

Embora o *caput* do art.190 do CPC mencione apenas os negócios processuais atípicos celebrados pelas partes, não há razão alguma para não se permitir negociação processual atípica que inclua o órgão jurisdicional. Seja porque há exemplos de negócios processuais plurilaterais típicos envolvendo o juiz, como já examinado, o que significa que não é estranha ao sistema essa figura. Seja porque não há qualquer prejuízo (ao contrário, a participação do juiz significa fiscalização imediata da validade do negócio), seja porque poder negociar *sem* a interferência do juiz é mais do que poder negociar com a participação do juiz.⁷⁷

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – vol. I. 57 edição revista, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro, 2016. p. 485.

⁷⁷ Curso... Op. cit., p. 383.

O mesmo autor traz a execução negociada da sentença que determina a implantação de política pública como exemplo de negócio jurídico processual atípico no qual o juiz figura como parte.

No entanto, o fundamento de o magistrado poder figurar como parte em um negócio não reside no artigo 190 do novo Código de Processo Civil, uma vez que aqui o *códex* se refere que “às partes” é permitido fazer negócios atípicos amoldando o procedimento, isto é, poderão fazê-lo os sujeitos parciais da relação jurídica processual, ficando, assim, excluído o juiz do conceito de parte do negócio jurídico processual, segundo o artigo 190 do CPC. Além disso, o mesmo artigo prega que as partes poderão convencionar sobre direitos disponíveis. O magistrado, no processo, não titulariza os direitos subjetivos advindos das normas de cunho material, como é o caso das partes, mas é titular de situações jurídicas relacionadas ao processo, para o desenlace do imbróglio material.⁷⁸

O fundamento da atuação do *judge* no negócio processual, impossibilitado de ser retirado do artigo 190 do CPC, se encontra no princípio da adequação processual⁷⁹, uma vez que só há processo devido e efetivo se adequado for para promover a realização do direito material.

Neste sentido, Murilo Teixeira Avelino aduz:

Para nós, a fonte da capacidade negocial do magistrado está no princípio da adequação.

(...) Tanto o legislador quanto o magistrado são destinatários do princípio da adequação. O legislador deve editar regras de processo tendo em vista o direito material a qual o processo servirá, sempre tendo em conta a necessidade de prestar a tutela processual com efetividade. Da mesma forma, cabe ao juiz adequar o procedimento às nuances do caso concreto quando necessário à prestação da tutela jurisdicional, levando em consideração, sempre, os demais princípios processuais que regem sua atividade, mormente o contraditório. Trata-se de adequação *ope iudicis*.

(...) O juiz é destinatário direto do princípio da adequação, admitindo-se que, junto às partes, seja sujeito de negócios processuais atípicos, propondo-os inclusive, caso observe a necessidade de superação do procedimento regular, em prol da prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, eficiente e adequada. Está aí, no princípio da adequação, a base de fundamentação da capacidade negocial ampla do magistrado.⁸⁰

⁷⁸ AVELINO, Murilo Teixeira. A Posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – Já uma releitura. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 385.

⁷⁹ Vide item 3.2 deste trabalho monográfico, tópico dedicado especialmente ao princípio da adequação.

⁸⁰ Op. cit., p. 383-385.

O referido autor reescreve parte de seu artigo sobre a posição jurídica do magistrado frente às convenções processuais a fim de adotar o posicionamento citado *supra*, haja vista que antes apenas admitia que o juiz pudesse participar de negócio processual típico, como no caso do calendário processual e do saneamento consensual do processo.

Interessante é sua justificativa:

Reformulamos, aqui, a opinião originalmente apresentada, de que o magistrado somente poderia ser sujeito de negócios processuais típicos. A mudança em nosso posicionamento decorre de razões de ordem prática e teórica. De ordem prática, já sob a vigência do CPC/73 era possível notar diversos casos em que o magistrado negociava com as partes para alterar o procedimento. Utilizo-me, aqui, de um exemplo da lavra do professor Leonardo Cunha, dado em uma conversa informal sobre o tema: imagine que um advogado prepare-se para fazer uma sustentação oral em sessão em determinado tribunal. O presidente da turma, observando a inscrição do advogado para a sustentação, dirige-lhe a palavra para questionar a respeito da real necessidade da sustentação oral, afirmando que o julgamento do recurso era pelo provimento. O magistrado antecipou o resultado para propor ao advogado desistir da sustentação, ganhando, com isso, tempo naquela tarde de julgamentos. Isto é um exemplo de negócio processual atípico proposto pelo juiz. Ele participa como sujeito negociante. Há, no caso, antecipação do resultado (com inversão do procedimento) para eliminar uma etapa desse mesmo procedimento (com a dispensa da sustentação oral). Trata-se, mais uma vez, de negócio processual atípico tendo por sujeito negociante o magistrado. Além deste aspecto prático, encontramos fundamento para este posicionamento no princípio da adequação processual, corolário do devido processo legal.⁸¹

Ainda, digno de citação é o magistério do alemão Christoph A. Kern, professor da Harvard Law School, quando cita o novel Código de Processo Civil brasileiro a fim de estudar uma relação contratual processual triangular, isto é, na qual também figura o juiz, que, por conseguinte, vincula-se ao negócio jurídico, tomando como exemplo o calendário processual.

Nas palavras do referido doutrinador alemão:

Taking into account the triangular procedural relationship between the parties and the court, it could also be possible to conclude a procedural contract among all three players or to have a contract between two of them – in particular, the parties - ratified by the third one – then, the court. It seems to be logical that, absent further express qualification, in such case, the contract would immediately bind not only the parties, but also the court. An example for such a contract is provided by the new Brazilian Code of Civil

⁸¹ Op. cit., p. 383, em nota de rodapé.

Procedure: A timetable for the proceedings agreed upon by the parties and approved of by the court.⁸²

Por outro lado, há um segundo entendimento doutrinário, pelo qual o juiz não pode figurar como parte do negócio, mesmo no que tange ao calendário processual. É o entendimento, como se verá a frente, encabeçado por Antonio do Passo Cabral.

Conforme esta segunda corrente, deve-se analisar as bases do negócio jurídico e da capacidade para fazê-lo, levando em conta os ensinamentos de Kelsen, quando, ao tratar da teoria pura do direito, dispõe sobre a capacidade negocial. Segundo o autor, a capacidade negocial é aquela que a ordem jurídica confere aos sujeitos de direito para criar novas normas jurídicas de inferior calão através das normas gerais criadas pela atividade legislativa e consuetudinária.⁸³ Destaca-se que seus ensinamentos são no sentido de que a entabulação de negócios jurídicos não constitui função do Estado.

Nas palavras de Hans Kelsen⁸⁴:

Pela mesma razão, a criação jurídico-negocial de normas jurídicas gerais ou individuais não é apontada como função do Estado, na medida em que não é realizada por órgãos para tal designados, funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho e qualificados como funcionários estaduais, se bem que a realização de negócios jurídicos pelas “pessoas privadas” seja, precisamente como a legiferação e a jurisdição, função jurídica em sentido estrito, determinada pela ordem jurídica.

Em assim sendo, não se poderia considerar o Estado-juiz como parte do negócio processual, haja vista que este não poderia expressar sua vontade haja vista que não é atividade própria da função jurisdicional. É dizer que os celebrantes

⁸² KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 202. Em tradução livre: Levando-se em conta a relação processual triangular entre as partes e o tribunal, também poderia ser possível pactuar um contrato processual entre os três sujeitos processuais ou ter um contrato entre dois deles - em particular, as partes - ratificado por um terceiro - o tribunal. Parece ser lógico que, ausente disposição em contrário, em tal caso, o contrato vincularia imediatamente não só as partes, mas também o tribunal. Um exemplo de deste tipo de contrato é fornecido pelo novo Código de Processo Civil brasileiro: Um calendário para o processo acordado pelas partes e aprovado pelo tribunal.

⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. P. 104.

⁸⁴ Op. cit., p. 206.

do negócio processual o fazem em razão de um interesse próprio, de forma que os interesses das partes se situam mui distantes do interesse públicos veiculados no processo e tais interesses que se traduzem nos escopos da jurisdição o Estado não é titular.

Neste sentido, ensina Antonio do Passo Cabral:

Como lembra Carnelutti, no negócio jurídico, o poder de praticá-lo é exercitado no interesse de quem o desempenha. O Estado-juiz, pelo seu distanciamento dos interesses dos litigantes (tanto materiais, quanto processuais), não poderia praticar atos em favor de nenhum interesse próprio. Ainda que haja escopos estatais no exercício da jurisdição, os interesses públicos presentes no processo não pertencem nem são titularizados pelo Estado-juiz. Deve ser rememorado ainda que o juiz, como se verá na sequência, exerce função de controle sobre a validade das convenções, função que seria incompatível com a tomada de posição a favor de interesses, fossem esses interesses das partes ou do próprio Estado.⁸⁵

Conforme expõe o autor, o juiz atua como perito da legalidade do negócio jurídico, exercendo função controladora sobre a validade da convenção de forma que, seguindo esta corrente doutrinária, forçoso é defender que o juiz cumule tanto a atribuição de controle da validade quanto o *status* de parte do negócio.

Neste sentido, esclarece Flávio Luiz Yarshell:

A participação do juízo não vai substancialmente além do que já ocorre em relação ao controle do negócio processual; e nem poderia. Ainda que ele esteja autorizado a incentivar as partes e até sugerir a composição do calendário, rigorosamente ele não é parte do negócio; do contrário, a presença do juiz como “parte” impediria que fizesse o já mencionado controle do negócio processual.⁸⁶

A negociação processual parte das noções construídas em cima do princípio do autorregramento da vontade, corolário do direito fundamental de liberdade. O autorregramento da vontade refere-se aos particulares, aos súditos do Estado. Desta feita, nada obstante exista um poder do magistrado de disposição, lhe sendo garantido tratar alguns assuntos de forma discricionária, não havendo,

⁸⁵ Op. cit, p. 224.

⁸⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.91.

portanto, liberdade negocial por parte do Estado-juiz dadas limitações negociais impostas ao estado.

Neste liame, afirma Cabral:

Admitimos que as vezes, o poder de disposição é discricionário, baseado na conveniência de praticar ou não o ato, bem assim de definir-lhe o conteúdo. Não obstante, mesmo quando há discricionariedade, não significa que exista autonomia ou liberdade negocial. Por esse motivo, como não há liberdade para o juiz nos termos em que se observa para as partes, pensamos que o magistrado não pode ser considerado parte nas convenções processuais.⁸⁷

Nada obstante, os dois entendimentos não carecem de fundamentação e têm bons defensores, de forma que é um tanto difícil estipular qual é a doutrina majoritária, haja vista que o instituto ora em tela constitui grande novidade, sendo um terreno no qual ainda pairam várias dúvidas e divergências a serem resolvidas e pacificadas pela doutrina e pela jurisprudência.

5.3 Vinculação do Juiz à Convenção Processual

Interessante é a discussão levantada pela doutrina no que tange à possibilidade de o juiz fazer parte do negócio processual ou não, haja vista que, conforme a regra clássica dos contratos referente a *pacta sunt servanda*, a vinculação das partes se dá pela própria relação jurídica contratual, em razão da força obrigatória do pacto e o do princípio da relatividade dos contratos. É dizer que vinculam-se as partes pelo exercício da autonomia da vontade, o que, no âmbito processual é o próprio princípio do autorregramento da vontade. Pode-se dizer que as partes se autovinculam.

Ao pensarmos no prisma de que nada obsta a participação do juiz como parte em algumas avenças processuais poder-se-ia conceber que o magistrado, ao menos nestas, se autovincula ao cumprimento por sua externalização de vontade.

No entanto, é necessário averiguar como se dá a vinculação do julgador quando este não faça parte do negócio processual. Se entendermos que

⁸⁷ Op. cit., p. 225.

não é admissível a afirmação do magistrado como parte, fica a dúvida sobre a vinculação do Estado-juiz em todas as convenções sobre matéria processual.

O magistrado tem o dever de aplicação das normas insertas no ordenamento jurídico ao caso *in concreto* para a resolução da lide em si, dando – conforme já estudado – uma aplicação justa e efetiva, amoldando o procedimento ao direito material subjacente, de forma que não só a legislação é fonte de normas passíveis de aplicação jurídica, mas também outras, sendo as obrigações veiculadas em negócios jurídicos um dos exemplos de norma necessária à aplicação. Assim sendo, dos efeitos que os negócios avençados validamente espalham pelo ordenamento jurídico nasce a vinculação do magistrado à aplicação.

Ainda, conforme dispõe o artigo 200 do novo Código de Processo Civil, os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. O que faz com que, no mais das vezes, não haja necessidade de homologação pelo juiz para que o negócio processual tenha validade, salvo quando a lei impor ou as partes elencarem a homologação como condição suspensiva do pacto processual, conforme será estudado em tópico separado. Havendo, então, desde logo, a imposição de aplicabilidade pelo órgão jurisdicional.

Neste sentido, mister se faz o magistério de Cabral:

Enquanto as partes vinculam-se por sua autonomia e liberdade, voluntariamente assumindo obrigações ou dispondo sobre as formalidades processuais (autovinculação), o vínculo jurídico, para o juiz, não decorre de uma declaração de vontade estatal que se agregaria àquelas das partes. Trata-se de heterolimitação da atuação judicial, incidente sobre os atos e formalidades do processo, operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia que o ordenamento processual lhes assegura. O juiz se vincula porque tem o dever de aplicar a norma convencional, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento, seja para dar cumprimento à avença nos casos em que outros sujeitos tiverem que adimplir. Afinal, no Estado de Direito (rule of law), não é só a norma legislada que deve ser aplicada pelo juiz, mas também a norma convencional definida no limite da autonomia privada.⁸⁸

De se ressaltar que a vinculação ora tratada é uma vinculação de aplicação do conteúdo válido do negócio jurídico, isto é, o negócio jurídico deve lograr os degraus de existência, validade e eficácia da escala ponteana para que se

⁸⁸ Op. cit., p. 226.

torne apta para vincular o magistrado à sua aplicação. Carecendo de algum requisito o juiz, aplicando a inteligência do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil, exercerá sua função fiscalizadora do negócio jurídico para declarar sua nulidade absoluta ou relativa.

Em assim sendo, não se poderia, *ipso facto*, permitir que as partes isoladamente pactuem sobre as prerrogativas do juiz, vinculando-o a tal negócio jurídico uma vez que, conforme Cabral, o exercício da autonomia poderia, por meio dos acordos, reduzir ou tolher a atuação judicial,⁸⁹ o que torna a negociação sobre as prerrogativas e poderes do juiz incompatível com a sistemática negocial trazida pelo novo caderno processual civil.

5.4 A Função Controladora e de Incentivo do Juiz nas Convenções Processuais

O magistrado, quando da análise do negócio processual e do momento de conferir seu referido cumprimento para fazê-lo valer, dando efetividade à adequação processual e ao autorregramento da vontade para melhor atender ao direito material discutido na demanda, tem o dever de exercer uma função de controle dos negócios processuais.

Ora, os negócios, como é próprio da teoria dos fatos jurídicos sob a ótica ponteneana, devem galgar idoneamente os degraus da existência, validade e eficácia para produção de seus devidos efeitos, sob pena de anulabilidade ou nulidade, esta última um tanto mais grave. O controle e análise de tais requisitos deve ser feito pelo magistrado. Esta é a função controladora ou fiscalizadora do julgador.

Neste sentido, alude Diogo Assumpção Rezende de Almeida, em tese de doutorado defendida perante a UERJ:

O papel do juiz, portanto, não é o de homologador, mas o de fiscalizador da capacidade dos agentes, se a forma é adequada e se o objeto é lícito. Caso encontre algum desses defeitos, que não possa ser sanado ou conservado o ato, pela aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, compete ao juiz invalidar a convenção processual. Se, porém, não contiver vícios, o negócio jurídico processual é considerado eficaz desde sua formação, e não

⁸⁹ Idem.

somente após a atividade fiscalizadora do juiz, salvo hipóteses em que a lei expressamente exigir a homologação.⁹⁰

A atuação do juiz, então, se dará no que tange aos degraus da escala idealizada por Pontes de Miranda, levando-se em conta as disposições aplicáveis e compatíveis sobre o negócio jurídico em geral, elencadas no Código Civil e as disposições específicas no novo Código de Processo. É dizer que o juiz controla os requisitos, e não a conveniência de um acordo processual. Não poderia o juiz deixar de aplicar o negócio válido avençado entre as partes sob o fundamento de que naquele caso em concreto o acordo não é interessante ou conveniente. Estas são prerrogativas das partes no exercício de sua autonomia negocial alumiada pelo autorregramento da vontade no processo. Assim não fosse, toda a estrutura criada sobre o negócio processual baseada no direito fundamental à liberdade, à adequação negocial e ao princípio cooperação seria colocada em xeque.

A doutrina passa a entender que o equilíbrio é chave fundamental do controle judicial sobre as convenções processuais, haja vista que o interesse não é atuar arbitrariamente tolhendo a possibilidade de conformação do procedimento pelas partes, mas garantir que possam exercer seu direito de liberdade, limitado que é pelos requisitos tratados pela lei.

Neste sentido, explana Antonio do Passo Cabral:

No equilíbrio entre os interesses públicos e privados, pelo princípio *in dubio pro libertate*, as convenções são amplamente permitidas, e por isso a atividade de controle do juiz restringe-se a verificar, *a posteriori*, se as partes extrapolaram o espaço que o ordenamento jurídico lhes atribui para atuar. Assim, a tarefa de controle não deve ser compreendida como um freio ou negação à liberdade das partes, mas sim como um respeito à sua autonomia (que compreende intrinsecamente limitações).⁹¹

No mesmo sentido, Trícia Navarro Xavier Cabral:

De todo modo, não há dúvidas de que o juiz deverá controlar o grau de disposição dos atos postulados pelas partes, para que seja resguardado o interesse público inerente ao direito processual.

⁹⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese (doutorado). 2014. 239 f. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014. P. 138-139.

⁹¹ Op. cit., p. 228.

Por isso é que as partes devem convencionar com o devido equilíbrio e respeito às normas constitucionais, sob pena de sofrer o necessário e adequado controle judicial em torno da validade, executoriedade e consequente eficácia processual. Além disso, se uma das partes não cumprir o pactuado, deverá se submeter às sanções estabelecidas na convenção, sem prejuízo de que outras de natureza processual sejam aplicadas, evitando-se e punindo-se qualquer ato de má-fé ou atentatório à dignidade da justiça.⁹²

Há que se dizer que o juiz, no uso de suas atribuições de controle, deverá levar em conta os deveres anexos ao princípio da cooperação, a saber, os deveres: a) de lealdade; b) de esclarecimento; c) de prevenção; d) de consulta. Os quais, para evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor para o tópico 3.3.2 em que tratamos especificamente de tais deveres.

O juiz também titulariza a função de incentivo, que não é exclusiva apenas às convenções processuais, mas aplicável a todos os atos processuais alumiados pelo contraditório e pelo princípio da cooperação.

A função de incentivo nada mais é do que aquela pela qual o Estado-juiz deve incentivar, a todo o momento, a solução consensual dos conflitos, a fim de que as próprias partes possam chegar à composição da lide de maneira mais amigável haja vista que, superado o modelo adversarial de processo, o processo civil pátrio se encontra no estágio da cooperação processual.

Deve, então, o magistrado fomentar a resolução harmoniosa da lide, também se aplicando, em relação à função incentivadora, os deveres do princípio da cooperação acima aludidos. As convenções processuais, mormente as incidentais, são um forte fator para a resolução harmoniosa do conflito, estreitando as relações entre as partes, de forma que as deixa passos mais perto do deslinde pacífico do imbróglio material.

Insta salientar que, havendo ou não previsão legal ou negocial de necessidade de homologação ocorrerá vinculação do julgador, isto é, seja a homologação necessária ou não, em razão da lei expressamente impor ou das partes terem convencionado no negócio jurídico, o juiz será vinculado ao negócio

⁹² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 327.

jurídico. É que a homologação, como se verá a frente, é condição de eficácia do negócio jurídico, de forma que, valendo idoneamente o negócio, o juiz fica vinculado.

5.5 Da Homologação Judicial dos Negócios Processuais

Há que se dizer que o magistrado não atua precipuamente como homologador de acordos processuais, mas sim, como visto, como controlador da validade do negócio, uma vez que o artigo 200 do novo caderno de processo civil dispõe que os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

No entanto, há algumas hipóteses em que a homologação judicial é necessária, seja porque a lei a dispôs como condição de eficácia do negócio jurídico, seja porque as partes convencionaram que a homologação será da essência do acordo, sem a qual não este não se aperfeiçoará, ou ainda, quando as partes vierem a requerer a homologação a fim de constituir um título executivo judicial.

A regra preza pela desnecessidade de homologação, haja vista que, como se viu no item supra, uma vez adotado o modelo da cooperação processual, a chave do controle e da atuação do magistrado sobre as avenças das partes é o equilíbrio, não podendo haver uma ingerência que tolha a autonomia das partes, o que desestrutura todo o sistema e princípios construídos pelo novo Código de Processo e os pensamentos da doutrina contemporânea.

Pelo próprio respeito ao autorregramento da vontade é que não se vê necessária a homologação judicial, respeitando o direito fundamental, constitucionalmente previsto, de liberdade das partes, no que tange à negociação sobre o processo. A permissão de que as partes amoldem e negociem sobre o procedimento para o mais efetivo atendimento do direito material subjacente é essencial para o sistema processual adotado. Esse é o espírito do artigo 200 do novo Código de Processo Civil.

Além disso, a cláusula de negociação atípica sobre processo disposta no artigo 190 do caderno processual civil possibilita que as partes entabulem

negócios jurídicos processuais antes mesmo de haver um processo propriamente dito. São as chamadas convenções pré-processuais.

Tais convenções já valerão desde sua gênese, salvo se houver mandamento legal de homologação, sendo inviável que toda vez que se fizesse um negócio processual extrajudicialmente fosse necessária a chancela do Poder Judiciário, uma vez que das duas situações seguintes, uma aconteceria. Ou o instituto dos negócios processuais passaria a ser utilizado apenas incidentalmente no processo, defronte o juiz, caindo em desuso o negócio pré-processual, o que não é interessante e põe por água abaixo a potencial utilidade do instituto. Ou teríamos inúmeras ações judiciais para homologação desaguando no Poder Judiciário abarrotando-o ainda mais, justamente o contrário do objetivo do novo Código de Processo Civil, que é a celeridade e economia processual com uma tutela justa e efetiva obtida através de um tempo razoável de processo.

A propósito, neste sentido, interessante é o voto da Ministra Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1184151-MS:

O Poder Judiciário não pode ser utilizado como um mero cartório que incluirá, em documentos submetidos à sua sumária avaliação, um mero selo, que sequer pode ser chamado selo de qualidade, porque não é submetido, do ponto de vista substancial, a seu controle efetivo. (...)

Todos sabemos que, ao receber um acordo extrajudicial assinado por ambas as partes e por seus advogados para homologação, o juízo promove meramente um juízo de deliberação a seu respeito. Equiparar tal juízo, do ponto de vista substancial, a uma sentença judicial, seria, para dizer pouco, algo totalmente utópico e pouco conveniente. Atribuir a essa homologação eficácia de coisa julgada seria atribuir, ainda, um efeito definitivo e real a um juízo meramente sumário, quando não, muitas vezes, ficto. Admitir que o judiciário seja utilizado para esse fim é diminuir-lhe a importância, é equipará-lo a um mero entreposto, função para a qual ele não foi concebido. Além disso, implicaria também tomar, de seus juizes, nessa atividade meramente cartorária, tempo precioso que deveria ser dedicado à solução das verdadeiras lides que lhes são submetidas. (...)

Os acordos extrajudiciais devem ser negociados fora do processo, mediante a discussão das partes e de seus advogados, cuja atuação, nos termos do art. 133, é figura indispensável à administração da justiça. Não se deve envolver, em tais acordos, o Poder Judiciário. A eficácia que lhes é conferida, de título executivo extrajudicial, corresponde à eficácia que tais acordos realmente devem ter, é uma eficácia conforme a atividade, um efeito conforme a causa, uma força proporcional ao impulso. É dar, ao ato, a importância exata do que há substancial nele: uma mera negociação extrajudicial.⁹³ (Grifo nosso)

⁹³ REsp nº 1184151-MS, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrichi, j.15.12.2011. Superior Tribunal de Justiça.

Atente-se que a julgadora aduz que as negociações feitas extra judiciário não necessitam, por via de regra, de homologação, o que, de outra forma, faria com o Poder Judiciário se tornasse uma espécie de cartório judicial validador de convenções, diminuindo a importância de tal poder da República, que fora concebido para pacificação social através do desvencilhamento das lides.

Tal entendimento cai como uma luva sobre as convenções pré-processuais, ou mesmo incidentais, a despeito do que diz o artigo 515, II, do *códex*, devendo os pactos processuais firmados pelas partes irradiar seus efeitos desde logo, nos limites legais que lhe são impostos sendo desnecessária a homologação para que se aperfeiçoem.

Neste sentido é que foi aprovado o enunciado nº 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação”.

Em suma, por via de regra, não há necessidade de prévia homologação do negócio processual.

Não obstante, como se verá a frente, há entendimento mui bem fundamentado no sentido de admitir que as partes insiram a homologação como condição de eficácia do negócio jurídico a fim de que a análise judicial já dirima as dúvidas sobre eventual nulidade absoluta ou relativa.

5.5.1 Casos em que a lei prevê expressamente o controle judicial através da homologação judicial (condição específica de eficácia do negócio)

Mesmo que a regra seja a da independência da homologação do acordo processual, casos há em que será necessária a chancela do poder judiciário para que a avença possa produzir seus efeitos no ordenamento jurídico. É requisito do plano eficaz da escala ponteneana. São casos em que a própria lei disporá mandamento neste sentido.

Nesta toada, colaciono as palavras de Cabral:

Essa homologação, quando prevista na lei, é condição de eficácia do negócio jurídico celebrado pelas partes. Analiticamente, pode-se dizer que o ato de homologação funciona como elemento integrativo do suporte fático

do acordo, fazendo com que ele gere alguma eficácia específica. Trata-se de uma condição legal (*conditio iuris*) que não infirma a validade do negócio porque se coloca no plano da eficácia: os efeitos pretendidos pelas partes só se produzem após a homologação.⁹⁴

São casos que, dado um maior interesse público envolvido, o legislador optou por trazer o julgador mais perto das partes para fazer uma análise previa do negócio processual, para que só então este possa cumprir com que se espera de seus efeitos. É uma restrição para trazer o Estado para próximo das partes quando da conclusão da negociação, mas que, no entanto, não torna prejudicada a autonomia negocial das partes, apenas confere previamente se o negócio cumpre os requisitos legais.

Veja-se o enunciado 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que, neste sentido, dispõe que: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

A doutrina elenca alguns exemplos em que há necessidade de que se homologue judicialmente: I) A convenção que indica o administrador e disciplina a forma de administração de empresa ou semoventes penhorados, no caso de penhora de empresa, de outros estabelecimentos ou de semoventes, disposta no artigo 862, “*caput*” e § 2º do CPC/15; II) A autocomposição alcançada no curso do processo, a fim de interromper a litispendência, quando as partes, através de comum acordo, transacionam sobre o objeto do processo e a quem será entregue o quê de direito substancial (artigo 515, II, do novo CPC); III) a desistência da ação, a qual vem acompanhada da necessidade de homologação desde o Código Buzaid (artigo 158, parágrafo único do CPC/73) sendo espelhada pelo novo Código de Processo Civil (artigo 200, parágrafo único do NCPC).⁹⁵

Insta salientar que aqui haverá a aplicação da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos a fim de evitar e combater condutas que com ela não se coadunem. Também se faz mister a aplicação do princípio da não-surpresa entre os litigantes. Veja-se que após a homologação de determinado negócio jurídico no qual seja necessário, caso o magistrado venha a empenhar comportamento contraditório,

⁹⁴ Op. cit., p. 233.

⁹⁵ Op. cit., p. 234.

incompatível com o firmado pelo negócio homologado, estaremos diante de uma situação de *venire contra factum proprium*, situação proibida pelo ordenamento jurídico, haja vista que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Suponha-se que um juiz homologue a desistência da ação e venha, depois, a intimar as partes da sentença. Claramente há ofensa à boa-fé objetiva, fazendo a decisão padecer de vício grave.

O Superior Tribunal de Justiça tem, no REsp nº 1306463-RS, precedente semelhante, onde o juiz homologa acordo das partes pelo qual o processo ficaria suspenso por noventa dias, mas que, no entanto, menos de trinta dias depois o juiz proferiu sentença, antes, portanto, do termo final do prazo da suspensão convencionada, de forma que, ao fim do prazo convencionado, as partes interpuseram recurso de apelação, que foi declarado intempestivo pelo juízo *a quo*, e, portanto, inadmitido, conforme a sistemática do CPC/73 de duplo juízo de admissibilidade. O STJ declarou que a postura do juiz feriu gravemente confiança do jurisdicionado, impossibilitando o contraditório efetivo e trazendo prejuízo às partes em flagrante desrespeito à boa-fé objetiva e seus deveres anexos ao entregar em suas mãos decisão-surpresa.

Veja-se um pouco do que esclareceu o Superior Tribunal de Justiça na ementa do acórdão:

A lei processual não permite, desse modo, que seja publicada decisão durante a suspensão do feito, não se podendo cogitar, por conseguinte, do início da contagem do prazo recursal enquanto paralisada a marca do processo. 8. É imperiosa a proteção da boa-fé objetiva das partes da relação jurídico-processual, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e seus corolários - princípios da confiança e da não surpresa - valores muito caros ao nosso ordenamento jurídico. 9. Ao homologar a convenção pela suspensão do processo, o Poder Judiciário criou nos jurisdicionados a legítima expectativa de que o processo só voltaria a tramitar após o termo final do prazo convencionado. Por óbvio, não se pode admitir que, logo em seguida, seja praticado ato processual de ofício - publicação de decisão - e, ademais, considerá-lo como termo inicial do prazo recursal. 10. Está caracterizada a prática de atos contraditórios justamente pelo sujeito da relação processual responsável por conduzir o procedimento com vistas à concretização do princípio do devido processo legal. Assim agindo, o Poder Judiciário feriu a máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, reconhecidamente aplicável no âmbito processual.⁹⁶

⁹⁶ STJ – Resp nº 1306463-RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.04.09.2012.

Tais acontecimentos aconteceram durante a vigência do CPC/73, o que cabe-nos atestar que, muito mais agora, sob a vigência do CPC/15, os cuidados com os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, do devido processo legal e do contraditório não de ser ainda muito mais candentes.

5.5.2 Homologação como condição do negócio processual elencada voluntariamente pelas partes

Conforme ensina Cabral, a homologação, além de decorrer da lei nas situações em que entendeu o legislador ser necessária, pode ser inserida voluntariamente no negócio jurídico como elemento do próprio negócio, para que só produza efeitos após a homologação pelo magistrado.⁹⁷ Mesmo a despeito do entendimento do STJ supracitado, veiculado no REsp nº 1184151-MS.

É que a parte geral referente aos negócios jurídicos disposta no Código Civil possibilita que se subordine a eficácia do negócio jurídico a termos, condições ou encargos. Sendo o termo um evento futuro e certo, a condição um evento futuro e incerto e o encargo um ônus a ser exercido. Podem ser utilizados para suspender a eficácia do negócio até que seja exercido o ônus ou os eventos futuro e certo ou futuro e incerto venham a se materializar e então a convenção comece a produzir efeitos, bem como podem ser utilizados para resolver os efeitos do negócio, cessando-os. São os chamados elementos acidentais do negócio jurídico.

Neste diapasão, explana Carlos Roberto Gonçalves:

São três os elementos acidentais do negócio jurídico no direito brasileiro: a condição, o termo e o encargo ou modo. Essas convenções acessórias constituem autolimitações da vontade e são admitidas nos atos de natureza patrimonial em geral (com algumas exceções, como na aceitação e renúncia da herança), mas não podem integrar os de caráter eminentemente pessoal, como os direitos de família puros e os direitos personalíssimos. Elementos acidentais são, assim, os que se acrescentam à figura típica do ato para mudar-lhe os respectivos efeitos. São cláusulas que, apostas a negócios jurídicos por declaração unilateral ou pela vontade das partes, acarretam modificações em sua eficácia ou em sua abrangência.⁹⁸

⁹⁷ Op. cit., 235-237.

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral* — 10. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012, p. 361.

Em assim sendo, sendo os elementos acidentais parte integrante da disciplina geral dos negócios jurídicos, não há óbice algum no que tange à aplicação de termo ou condição no negócio processual visto que este é regido pelas bases ditadas pela teoria geral do fato jurídico, de forma que se faz lícito e possível às partes que assim subordinem a eficácia do negócio à homologação judicial, que se afigura como uma autolimitação voluntária.

Nas palavras de Cabral:

Dentre as condições possíveis, as partes podem estabelecer que a eficácia do negócio jurídico fique subordinada à homologação judicial. Embora inconveniente em muitos casos, pode haver hipóteses, no tráfego das relações jurídicas, nas quais se afigure importante a homologação judicial, a fim de que as partes obtenham maior segurança na pactuação.⁹⁹

Nestes casos, a aproximação do Estado que a lei impõe em alguns casos, advém, não por impositivo legal, mas da própria autonomia das partes, a fim de que a análise do negócio já seja feita desde logo para que produza os efeitos advindos da condição de homologação. Também porque nenhum outro vício fora encontrado pelo juiz, haja vista que ao cancelar o acordo dando-o a eficácia que dele se espera, o faz após a análise de todos os requisitos de existência, validade e eficácia da convenção processual.

5.6 Da Cognição do Juiz Frente ao Descumprimento da Convenção Processual

Avençados os negócios processuais, passando por todos os requisitos dispostos na legislação para que possa validamente produzir seus efeitos esperados os negócios, conforme o artigo 200 do caderno processual civil, valerão desde logo, como já exposto.

No entanto, o problema reside quando uma das partes, muito embora tenha acordado em certa direção, atua na direção oposta, descumprindo o pactuado, desrespeitando os termos do negócio jurídico. Em assim sendo, no seio do processo, cumpre analisar como se dará a cognição do negócio processual, se o

⁹⁹ Op. cit., p. 236-237.

magistrado atuará para fazer valer o pactuado *ex officio* ou se fará mister que o juiz seja provocado para resolver a demanda.

Em sendo instituto novel no direito processual brasileiro o tema é controverso na doutrina pátria. O que veremos resolvido pela jurisprudência e pelo amadurecimento do raciocínio da doutrina perante o tema haja vista que ainda, especificamente sobre a cognição do juiz frente aos negócios processuais, há poucos autores que se manifestam sobre o assunto. Assim sendo passaremos a tecer considerações a fim de compatibilizar os entendimentos.

Valendo, então, o negócio jurídico quando de sua celebração ou quando da homologação do negócio jurídico incide a regra do *pact sunt servanda*, impondo o cumprimento pelas partes. Havendo inadimplemento da obrigação ali avençada, a princípio, caberá à parte prejudicada o ônus da alegação, ficando o juiz impossibilitado de conhecer *ex officio* da convenção processual para fazê-la valer, salvo em caso de expressa autorização legal.

No entanto, em devido respeito ao microssistema dos negócios jurídicos processuais e ao princípio do autorregramento da vontade, as partes podem dispor no negócio processual a possibilidade reconhecimento de ofício do negócio jurídico processual. É um negócio jurídico que dispõe sobre os poderes do juiz no âmbito da cognição, que, contudo, não traz prejuízo, uma vez que não reduz ou tolhe a atuação do magistrado, muito pelo contrário, amplia os poderes do juiz para a análise da prova. Em nosso entender, é um negócio jurídico acessório ao negócio principal, conformando-se em um negócio sobre o negócio. Assim sendo, deve cumprir os requisitos de existência, validade e eficácia, sendo possível a averiguação de nulidade ou anulabilidade apenas deste negócio acessório.

Desta feita, é possível que se ataque apenas o negócio jurídico acessório, trazendo em frente alguma causa culmine em sua nulidade ou anulabilidade, subsistindo, no entanto, o negócio jurídico principal. A *contrario sensu*, caso seja declarado nulo o negócio jurídico principal, também é fulminado o negócio acessório de conhecimento de ofício pelo julgador.

Mister se faz o magistério de Didier:

O inadimplemento da prestação de um negócio processual celebrado pelas partes é fato que tem de ser alegado pela parte adversária; caso não o faça

no primeiro momento que lhe couber falar, considera-se que houve novação tácita e, assim, preclusão do direito de alegar o inadimplemento. Não pode o juiz, de ofício, conhecer do inadimplemento do negócio processual, salvo se houver expressa autorização negocial (no próprio negócio as partes aceitam o conhecimento de ofício do inadimplemento) ou legislativa nesse sentido.¹⁰⁰

A título de exemplo, veja-se o caso do pacto de instância única, onde as partes convencionam que se conformam com a decisão do juiz de primeira instância, rejeitando-se, naquele caso em concreto, ao duplo grau de jurisdição. As partes ainda acordam que o juiz pode conhecer de ofício do recurso contra ação proposta indevidamente, antes de remeter para o Tribunal de Justiça a questão. Note-se que as partes criam, com esse pacto acessório de conhecimento de ofício, um novo requisito de admissibilidade recursal analisado pelo juízo *a quo*, hipótese que, ao contrário do código Buzaid, o procedimento disposto no novel *códex* não mais prevê. Em assim sendo, é possível que uma das partes venha a requerer a anulação apenas de tal convenção acessória fundamentando que, muito embora tenha pactuado validamente o acordo de instância única, fora coagida a convencionar que o juiz conhecerá de ofício do acordo. Desta feita, o acordo principal subsiste, anulando-se apenas o negócio processual acessório.

Usando o mesmo exemplo, caso não se faça um acordo acessório de conhecimento *ex officio* pelo magistrado, este não poderá inadmitir o recurso interposto, cabendo à parte contrária, nas contrarrazões proceder à alegação e prova do inadimplemento, que será objeto de cognição pelo juízo *ad quem*, haja vista que o novo Código de Processo Civil aboliu o juízo de admissibilidade feito pelo juízo de primeira instância.

Insta salientar que, no sentido em que estamos caminhando, temos o enunciando de número 252 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que prega que: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento”.

Conforme dispõe o autor supracitado, caso as partes não pactuem a cognição de ofício pelo magistrado, o inadimplemento do negócio processual deve ser alegado no primeiro momento processual em que seja possível à parte falar no processo sob pena de preclusão. Aplicando regramento neste sentido, no artigo 337

¹⁰⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso...* Op. cit., p. 391.

§6º, o CPC-15 reza que a não alegação de convenção de arbitragem em momento oportuno implica na renúncia à jurisdição arbitral com a consequente aceitação da jurisdição estatal para o deslinde do caso posto em juízo.¹⁰¹ Assim sendo, o próprio código já traça certas diretrizes a serem aplicadas em negócios *in specie* que poderão ser utilizadas na interpretação geral do gênero.

A alegação de inadimplemento há de ser feita no mesmo processo através de simples petição nos autos perquirindo ao magistrado que dê efetividade ao cumprimento do negócio jurídico ou que exija da outra parte o adimplemento do pactuado.

Neste sentido, Diogo Assumpção aduz:

Assim, o cumprimento pode ser exigido quase automaticamente, nos mesmos autos, no mesmo processo. Diferente de uma obrigação contida em um contrato de prestação de serviço, por exemplo, cujo descumprimento exigirá do credor o ajuizamento de ação própria para provocar o exercício do poder coercitivo pelo Estado-juiz, nas obrigações estabelecidas em convenções processuais, a parte descontente, em virtude da natureza da obrigação assumida, requer no mesmo processo no qual se discute direito material, que o julgador exija da parte contrária o respeito ao pactuado ou simplesmente ponha em prática a nova sistemática processual firmada na convenção. Destarte, no decorrer da relação jurídica processual, o juiz deve fazer valer o negócio processual.¹⁰²

É necessária a alegação das partes dada a ampla liberdade conferida a estas engloba tanto a entabulação do negócio jurídico quanto a renúncia de sua aplicação por elas mesmas, não indicando ao julgador a aplicabilidade. A não alegação em tempo oportuno terá por consequência, então, a preclusão.

Esta é a regra geral na qual alguns autores não elencam nenhum tipo de ressalva.

No entanto, pautado no direito comparado, levando em conta os estudos da doutrina alemã sobre o tema, Antonio do Passo Cabral, faz uma distinção no que tange à cognição do magistrado defronte aos negócios jurídicos.¹⁰³ Para o autor, a correta interpretação da cognição do juiz em relação às convenções

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese (doutorado). 2014. 239 f. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014. P. 183-184.

¹⁰³ Op. cit., p. 242-246.

processual depende da distinção entre os negócios processuais de cunho obrigacional e os negócios jurídicos processuais dispositivos.

Negócio processual obrigacional é aquele pelo qual as partes do negócio dispõem sobre suas próprias prerrogativas, direitos, ônus e obrigações no processo ao passo que o negócio processual dispositivo se consubstancia em pactuar sobre o procedimento e sua configuração para o andamento da demanda.

No que tange aos negócios processuais obrigacionais segue-se a regra geral disposta *supra*, pela qual as partes devem alegar e provar o inadimplemento para o que juiz possa dar ou exigir o devido cumprido do avençado. No entanto, no que toca aos negócios dispositivos o regramento sobre a cognição do juiz processo deve ser diverso.

Para o autor, a cognição judicial nos negócios processuais dispositivos deve dar-se *ex officio*, haja vista que tal negócio pactua sobre o procedimento e, quando entabulado nos devidos conformes, passando idoneamente pelos degraus ponteanos da existência, validade e eficácia do negócio, conforme a sistemática do novo CPC, passa a ter efeitos desde logo. Tendo efeitos, modifica, para aquele caso em concreto, o procedimento. É como um próprio remendo à lei, conformando o procedimento às necessidades do direito material por vontade das partes. E há que se dizer que as regras procedimentais são parte integrante do direito objetivo, no qual a observância e atuação conforme são vinculantes ao magistrado sob pena de sacrifício do devido processo legal, devendo o julgador vigiar por sua correta aplicação.

Parte-se do raciocínio dedutivo silogístico pelo qual passamos pelas premissas de que, se as normas relativas ao procedimento são imperativas ao juiz, devendo este observá-las e agir conforme, sob pena de ferir o direito fundamental e princípio do devido processo legal, e as partes utilizando-se da autonomia da vontade, com base no princípio do autorregramento da vontade, pactuam validamente mudanças no procedimento, logo, tal pacto se torna imperioso ao juiz, tomando contornos de norma de ordem pública, havendo, por conseguinte, a necessidade de cognição *ex officio*.

Nas palavras de Cabral:

Já em relação aos acordos dispositivos (sobre a configuração do procedimento), estes devem ser conhecidos de ofício. Com efeito, trata-se de decorrência da vinculação do juiz ao direito objetivo: ele deve analisar a modificação das regras de procedimento pelas partes para conhecer o “como” proceder. Como os acordos dispositivos alteram as regras procedimentais, é mandatório para o juiz, na condução do procedimento, aplicar o ordenamento jurídico, nele compreendida a norma convencional. Deve ser lembrada a advertência de Bülow de que a relação jurídica processual, por ser pública, “vigia a si mesma”, exigindo a cognição *ex officio*.¹⁰⁴

O referido autor faz apenas duas ressalvas. Uma primeira em relação à inserção voluntária pelas partes de cláusula de homologação judicial como condição de eficácia do negócio jurídico dispositivo, onde o julgador só aplicará as regras procedimentais convencionadas caso houver exposto requerimento de homologação do negócio jurídico.¹⁰⁵ No entanto, *data máxima vênia*, entendemos não ser uma exceção à regra defendida pelo autor, mas uma mera aplicação do regramento do instituto, haja vista que enquanto não houver homologação de tal negócio, este não produzirá seus efeitos. Em não produzindo efeitos, não haverá mudanças nas normas de procedimento, logo, o juiz não se vincula às normas procedimentais convencionadas por corolário lógico, não havendo, portanto, possibilidade de conhecer *ex officio* do negócio processual, enquanto este não começar a produzir efeitos.

A segunda ressalva elencada pelo autor se dá nos casos em que a própria lei venha a dispor expressamente que a cognição do juiz se dará apenas através de alegação das partes, vedando a cognição *ex officio* pelo juiz. É o caso do negócio que convencionou a eleição de foro, onde, muito embora seja negócio jurídico processual dispositivo, o réu deve alegar na contestação a existência de cláusula de eleição de foro, sob pena de preclusão.¹⁰⁶

Pactuamos com a posição do referido doutrinador.

Assim sendo, quanto aos negócios processuais obrigacionais há, naturalmente, a necessidade de alegação do inadimplemento. Há que se dizer que não há óbice, nos casos de negócio processual dispositivo, que as partes venham a

¹⁰⁴ Op. cit., p. 243-244.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 244.

¹⁰⁶ Idem.

alegar o descumprimento do pactuado, a fim de, conforme os ditames da cooperação processual, alertar o juiz no que tange à cognição que deve exercer.

Há que se dizer que, quando da cognição sobre o negócio processual em geral, o juiz fará uso de sua função controladora analisando todos requisitos do negócio jurídico, sendo imperioso que o juiz leve em conta os deveres que lhe são imputados pelo princípio da cooperação. Sobre tais deveres impostos pela cooperação e o dever de controle judicial, remetemos o leitor aos tópicos 2.3.2 e 5.4 deste trabalho onde tratamos especificamente sobre tais temas.

Nada obstante, interessantes são as palavras de Cabral:

Por fim, queremos lembrar que, em conformidade com os princípios do contraditório e da cooperação, o juiz tem deveres de esclarecimento e prevenção, sendo-lhes obrigatório que, ao vislumbrar possível invalidade, adiante-se em advertir os litigantes, clarificando as alternativas de retificação, ratificação ou repetição de atos processuais viciados, evitando assim uma eventual decretação de nulidade. Esses deveres aplicam-se aos acordos processuais, mesmo em casos que o magistrado não possa conhecer de ofício do defeito.¹⁰⁷

Assim sendo, a *mens legis* do novo Código de Processo Civil, na qual os negócios processuais devem servir à efetivação e justiça da composição de interesses amoldando o procedimento ou pactuando sobre prerrogativas, ônus, obrigações e direitos processuais a fim de tutelar da melhor forma possível o direito material subjacente, será efetivada pelas mãos do magistrado assim que cabível sua cognição sobre a convenção processual, quando fará o controle e efetivação ou eventual homologação do pacto processual.

5.7 Error in Procedendo e Recurso Cabível Contra Decisão que Nega Efeitos a Negócio Jurídico Válido.

Valendo o negócio, é mister que o mesmo seja colocado a efeito, sendo cumprido, como demonstrado *supra*, de ofício ou por provocação. No entanto, é possível que o juiz venha a negar efeito aos pactos processuais, quer seja porque acredita que algum requisito, em seu entender, não foi preenchido ou quer por qualquer outro motivo que tolhe o direito das partes ao seu autorregramento da

¹⁰⁷ Ibidem.

vontade e o pacto avençado, que, na ótica das partes, está completamente idôneo devendo produzir seus devidos e respectivos efeitos, de forma que nasce, assim, a inconformidade das partes com a decisão, sendo necessário que ataque o referido pronunciamento judicial.

Em assim sendo, cumpre saber qual é o recurso cabível contra tal decisão que nega efeitos ao negócio processual para se recorrer corretamente a fim de conseguir que o pacto processual seja levado a efeito.

5.7.1 Regra geral sobre o cabimento de agravo de instrumento

Conforme a clássica distinção adotada pelo processo civil pátrio, são pronunciamentos judiciais passíveis de recurso a decisão interlocutória e a sentença, ao passo que contra o despacho não cabe recurso por vontade legal, em razão do artigo 1001 do NCPC, haja vista que o despacho é pronunciamento que não traz prejuízo algum às partes, se prestando apenas ao andamento do expediente forense.

O novo Código de Processo Civil, no artigo 203, §1º conceitua sentença como o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução, ressalvadas as disposições dos procedimentos especiais.

Neste sentido Humberto Theodoro Junior aduz:

Para o novo Código, *sentença* é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487 do NCPC, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue o processo sem resolução do mérito como o que o faz resolvendo o mérito da causa.¹⁰⁸

Decisão interlocutória, a seu passo, conforme o §2º do artigo 203 do NCPC, é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito de sentença. Basicamente, a decisão interlocutória não coloca fim a alguma fase do procedimento comum, decide alguma questão processual de forma que o processo continua a tramitar para a resolução das demais questões.

¹⁰⁸ Op. cit., p. 1028.

Faz-se necessário saber a natureza jurídica dos pronunciamentos judiciais justamente para saber qual o recurso cabível para que se faça a devida impugnação da decisão judicial.

Na vigência do CPC Buzaid as disposições sobre os recursos contra decisões interlocutórias e sentenças eram um tanto mais fáceis, haja vista que em sua sistemática, basicamente, contra decisão interlocutória cabia agravo de instrumento, ou agravo retido em alguns casos, e contra a sentença cabia apelação.

No entanto, o novo *códex* trouxe uma nova sistemática recursal, principalmente em relação ao recurso cabível contra a decisão interlocutória.

O novo CPC extirpa de seus recursos o agravo retido, mantém a apelação como recurso cabível contra a sentença e constrói um rol taxativo para o cabimento do agravo de instrumento.

Dispõe o artigo 1009 do CPC-15 que contra a sentença cabe apelação. Por sua vez, o §1º do mesmo artigo tem a seguinte redação:

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Assim sendo, a apelação não cabe apenas contra a sentença, mas também, em alguns casos, caberá contra decisões interlocutórias quando dessas não for possível recorrer através de agravo de instrumento.

Ao menos imediatamente as questões contra as quais não cabe agravo de instrumento ficam protegidas contra a preclusão, haja vista que sua impugnação se dará em momento posterior, a saber, quando da apelação, momento no qual, se não alegadas no referido recurso ou nas contrarrazões deste, será coberto pela preclusão, não mais sendo possível juridicamente sua alegação.

É que o novo CPC, no artigo 1.015, traz um rol taxativo de hipóteses em que cabe agravo de instrumento, de forma que, não constando a decisão a ser impugnada na listagem elencada, não há que se falar em agravo de instrumento, mas na apelação ou em suas contrarrazões, quando se impugna a sentença, será o

momento para também impugnar a referida decisão interlocutória de forma preliminar.

Tal dispositivo fora inserido com o intuito de trazer mais celeridade processual e diminuir o número de recursos nos Tribunais, otimizando o judiciário e combatendo a morosidade. No entanto, a reforma no instituto foi alvo de inúmeras críticas pela doutrina haja vista que algumas das decisões passem a se tornar irrecorríveis, em flagrante violação ao devido processo legal.

Neste sentido, explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

E mesmo partindo-se da premissa de que a limitação de recorribilidade das decisões interlocutórias por agravo de instrumento se justifica, o legislador deveria ter criado um rol legal exauriente de não cabimento do recurso. Pela técnica legislativa empregada, há um rol legal de cabimento do agravo de instrumento, o que faz com que decisões interlocutórias fiquem fora dessa recorribilidade sem se ter certeza se era mesmo esse o objetivo do legislador. Teria sido muito mais adequado se tivesse discriminado de forma pontual o não cabimento do agravo de instrumento em vez de prever seu cabimento.¹⁰⁹

Tal conclusão se dá uma vez que há uma dificuldade natural de previsão de todas as decisões passíveis de necessidade de agravo de instrumento para que não exista prejuízo para uma das partes e inobservância do devido processo legal, mas o estudo de tais possibilidades deveria ser um tanto mais requintado a fim de conseguir abranger os casos da forma mais ampla possível.

O mesmo autor explana que o indeferimento de uma perícia na fase de conhecimento, hipótese não constante do rol do artigo 1.015 do NCPC, vá ser impugnado em preliminar da apelação de forma que um grande estrago processual pode ocorrer caso tal preliminar seja acolhida. Ora, já teremos um processo no qual já houve prolação de sentença que está também sendo impugnada pelo mesmo recurso e, caso a preliminar seja acolhida, o processo será anulado desde o indeferimento da perícia. O que mandaria por água abaixo a própria finalidade de celeridade e economia processual da limitação dos recursos de agravo por instrumento.¹¹⁰

¹⁰⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 2763.

¹¹⁰ Idem.

Por outro lado, pode ocorrer de os tribunais se apegarem ao hábito de sempre indeferir tal preliminar, o que também violará o devido processo legal, haja vista que perde o sentido as partes se valerem de um recurso natimorto.

Daniel Amorim Assumpção Neves elenca, ainda, alguns exemplos de decisão interlocutória irrecorrível por agravo de instrumento:

Há decisões interlocutórias de suma importância no procedimento que não serão recorríveis por agravo de instrumento: decisão que determina a emenda da petição inicial; decisão sobre a competência absoluta ou relativa; decisões sobre prova, salvo na hipótese de exibição de coisa ou documento (art. 1.015, VI, do Novo CPC) e na redistribuição do ônus probatório (art. 1.015, XI, do Novo CPC); decisão que indefere o negócio jurídico processual proposto pelas partes; decisão que quebra o sigilo bancário da parte, etc.¹¹¹

Veja-se que o autor cita a decisão que indefere o negócio processual convencionado entre as partes, cerne deste trabalho. Desta feita, contra a decisão que indefere o negócio jurídico processual válido cabe impugnar em sede preliminar quando da apelação.

Especificamente no caso da negação de efeitos a um negócio jurídico processual, coloca-se em cheque simultaneamente a viabilidade e a finalidade do sistema recursal e do microsistema de negociação processual trazida pelo novo Código de Processo. A uma porque torna irrecorrível ou demasiadamente cerceado o recurso da parte, a outra, porque torna sem efeito toda a sistemática dos negócios processuais tendo em vista a espera até a sentença para a impugnação de algo que já deveria produzir efeitos, ferindo o princípio fundamental da liberdade em sua aceção de autorregramento da vontade, aplicado no processo, vez que nega a aplicação daquilo que foi validamente pactuado entre as partes.

Por estas razões a questão da irrecorribilidade da decisão interlocutória, nestes casos, deve ser analisada com mais calma.

Neste sentido, Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr explanam:

É preciso, porém, examinar o assunto com calma. Se realmente não for cabível o agravo de instrumento nessa hipótese, será inútil toda a discussão

¹¹¹ Op. cit., 2763-2764.

sobre o foro de eleição. É que, sendo caso de incompetência relativa, o reconhecimento futuro da incompetência do juízo em razão do foro de eleição, por ocasião do julgamento da apelação (CPC/2015, art. 1.009, § 1.º), seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente competente e, ademais, a decisão não poderia ser invalidada.¹¹²

Assim sendo, a princípio, o recurso cabível contra a decisão que nega eficácia a negócio jurídico válido é a apelação, o que traz os problemas e crises de efetividade e finalidade *supra* elencados, de forma que a doutrina passa a teorizar para resolver o problema.

5.7.2 Do cabimento de agravo de instrumento contra decisão que indefere negócio processual válido

A regra, então, a princípio é de que contra a decisão que indefere o negócio jurídico processual válido não há que se falar em agravo de instrumento, mas sim em apelação, haja vista que o rol taxativo do artigo 1.015 do CPC não vislumbra tal hipótese.

Alguns passam a pensar no cabimento do Mandado de Segurança como forma de impugnação de tal decisão.

No entanto, passa a surgir na doutrina uma ascendente corrente doutrinária, encabeçada pelos Professores Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, que olha o rol taxativo de cabimento de agravo de instrumento com outros olhos.

Os referidos doutrinadores entendem que é possível esticar as hipóteses legais do rol do artigo 1.015, a fim de trazer a possibilidade de agravar por instrumento decisões que, muito embora ali não constem expressamente, podem ser alcançadas pelo dispositivo através do uso da interpretação extensiva. Parte-se do pressuposto de que a taxatividade não é incompatível com a interpretação

¹¹² CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. Uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 242, p. 275-284, abr/2015.

extensiva, mas justamente uma forma de resolver problemas cujos sintomas advêm de quando o legislador deixa de dizer tudo que deveria.¹¹³

Tal entendimento se coadunaria com o sistema recursal querido pela *mens legis* e preveniria o uso de inúmeros mandados de segurança nos tribunais.

É mister colacionar as palavras de Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr, que aduzem:

A interpretação extensiva opera por comparações e isonomizações, não por encaixes e subsunções. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária.

É verdade que interpretar o texto normativo com a finalidade de evitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança pode consistir num consequencialismo. Como se sabe, o consequencialismo constitui método de interpretação em que, diante de várias interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados e menos problemáticos. Busca-se, assim, uma melhor integração entre a norma e a realidade. É um método de interpretação que pode servir para confirmar a interpretação extensiva ora proposta. Adotada a interpretação literal, não se admitindo agravo de instrumento contra decisão que trate de competência, haverá o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança, cujo prazo é bem mais elástico que o do agravo de instrumento. Se, diversamente, adota-se a interpretação extensiva para permitir o agravo de instrumento, haverá menos problemas no âmbito dos tribunais, não os congestionando com mandados de segurança contra atos judiciais.¹¹⁴

Uma questão enfrentada por esta corrente doutrinária é justamente no que tange à competência. A discussão de competência só em sede de apelação pode culminar em impossibilidade de debate sobre tais questões se a impugnação se der somente na sentença.

O entendimento demonstra que a possibilidade de discussão das questões relativas à competência reside no inciso III do artigo 1.015 do caderno processual civil, quando o código prevê o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem.

Ora, a convenção de arbitragem é a declinação por negócio jurídico processual da competência do juízo estatal, entregando o poder para a composição

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem.

da lide a um árbitro. Tal convenção é uma espécie das várias que advém do gênero competência.

Em assim sendo, pautados nas questões isonômicas e comparativas, através da interpretação extensiva, há que se conceber que há possibilidade de agravo de instrumento quando a decisão a ser impugnada tratar sobre competência, tendo como paradigma a possibilidade de agravo de instrumento contra a rejeição de alegação de convenção de arbitragem.

Nas palavras de Cunha e Didier:

A decisão relativa à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência. Se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que trata de uma competência, relativa ou absoluta. O foro de eleição é um exemplo de negócio jurídico processual; a convenção de arbitragem, também. Ambos, à sua maneira, são negócios que dizem respeito à competência do órgão jurisdicional. Embora taxativas as hipóteses de agravo de instrumento, aquela indicada no inc. III do art. 1.015 do CPC/2015 comporta interpretação extensiva para incluir a decisão que versa sobre competência.

Comparando-se as hipóteses, chega-se à conclusão que elas se equiparam.

Não há razão para que a alegação de incompetência tenha um tratamento não isonômico.¹¹⁵

Seguindo no mesmo raciocínio, ao utilizar-se a interpretação extensiva podemos fazer com que o rol do artigo 1.015 consiga alcançar outros negócios jurídicos processuais a fim de que sejam passíveis de agravo de instrumento partindo-se do pressuposto de que, sendo a convenção de arbitragem uma espécie de negócio jurídico processual, por questões isonômicas, também é possível agravar por instrumento contra decisões que neguem efeitos a outros negócios jurídicos em geral, principalmente no que tange aos negócios processuais dispositivos, que dizem respeito ao procedimento.

Portanto, muito embora a princípio o recurso cabível contra a decisão que denega efeitos a negócio válido seja a apelação, a utilizar-se da interpretação extensiva é possível que desde logo, no prazo legal, se agrave por instrumento com base no art. 1.015, III do novo Código de Processo Civil.

¹¹⁵ Idem.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi construído com o escopo de estudar o novel instituto dos negócios jurídicos processuais trazido pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, sua origem, bem como a atuação das partes e do Estado-juiz perante tais convenções de forma que várias conclusões vieram à tona.

Ex positis foi possível concluir e demonstrar que:

- a) Conforme a grau da incidência do publicismo ou privatismo nas concepções sobre o processo se dá a adoção de um ou outro modelo de processo, de forma que quanto mais fortes forem as influências do publicismo, tanto menos espaço haverá para a manifestação da vontade das partes no processo. Esta hipertrofia do publicismo no direito processual civil culmina na atrofia da manifestação de vontade, que não a do próprio Estado, no campo processual, fazendo surgir com o hiperpublicismo o dogma da irrelevância da vontade no processo.
- b) Ao perceber os excessos publicistas a doutrina passa a entender que, em razão do direito fundamental à liberdade, se faz necessária a quebra da cogência total de regras, remando na corrente da adequação processual a fim de conseguir uma melhor tutela ao direito material discutido. Desta construção começam a nascer as primeiras linhas sobre adequação processual por meio de negócios jurídicos entre as partes ficando o direito processual civil mais tendente à mudança de paradigmas.
- c) A evolução teórica advinda dos estudos da adequação processual, do Estado Constitucional Cooperativo, da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, dos direitos fundamentais processuais e da constatação da falibilidade dos modelos processuais inquisitorial e adversarial surge, em bom tempo, o modelo de cooperação processual, que tira o magistrado da posição de presidente da relação jurídica processual e o coloca ao lado das partes para que, juntos, busquem obter, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.
- d) No Código de Processo Civil de 1973, a questão dos negócios processuais era mui nebulosa dividindo a doutrina entre os que admitiam ou não as

convenções processuais em razão do publicismo exacerbado que ainda assolava o processo.

- e) O novo Código de Processo Civil posiciona de forma a valorizar a vontade das partes e adota o modelo cooperativo de processo e, alumiado pelo direito fundamental à liberdade no âmbito processual – aí denominado de princípio do autorregramento da vontade –, consagra expressamente a possibilidade de celebrar negócios jurídicos que versem sobre os ônus, direitos, deveres, prerrogativas e obrigações processuais bem como também sobre o procedimento, limitados pelos ditames do ordenamento jurídico.
- f) As convenções processuais podem versar sobre os ônus, direitos, deveres, prerrogativas e obrigações processuais (negócios processuais obrigacionais) bem como também sobre o procedimento, e serão limitados pelos ditames do ordenamento jurídico (negócios processuais dispositivos). Se prestam a dar maior efetividade ao direito material discutido na demanda, a fim de conseguir uma tutela justa e efetiva, utilizando-se também da economia processual.
- g) O negócio jurídico processual tem seu conceito totalmente desvincilhado do conceito de ato processual, podendo ser celebrado tanto de forma incidental quanto de forma pré-processual.
- h) É possível pactuar negócios processuais típicos bem como também atípicos, em razão da clausula geral de negociação processual disposta no artigo 190 do novo Código de Processo Civil.
- i) Constatou-se que após a luta para a inserção do direito fundamental à liberdade no âmbito processual para se pactuar negócios processuais, também se faz necessário garantir o direito fundamental à isonomia entre as partes, buscando-se alcançar uma isonomia concreta. Assim, deve o juiz, quando da análise dos requisitos de existência, validade e eficácia das convenções processuais, caso encontre a situação de vulnerabilidade de uma parte em relação a outra, invalidar o negócio processual.
- j) É inócua, após a adoção do modelo de colaboração processual, a nomenclatura “princípio da paridade de armas”, uma vez que impõe a impressão de que as partes entram em guerra através do processo, noção afeta ao abandonado modelo adversarial de processo. Após a adoção do

modelo de cooperação processual a sistemática do processo civil estrutura a conduta dos sujeitos processuais para a conjunta busca pela efetivação da tutela justa e efetiva do direito material, levando-se em consideração também que o processo é um instrumento para a efetivação do direito material, razão pela qual percebeu-se que a expressão “paridade de ferramentas” soa mais harmônica com o processo civil contemporâneo.

- k) Os negócios processuais são limitados pelo ordenamento jurídico, não devendo figurar como um “vale-tudo” processual, de forma que devem ser respeitados os princípios e regras basilares do direito processual civil quando da celebração de convenções processuais. É necessária, portanto, a vedação de acordos que, *verbi gratia*, coloquem em xeque a fundamentação das decisões, criem um novo recurso, desconsiderem a coisa julgada ou venham tirar a necessidade de capacidade postulatória para os atos processuais. Porém, dentro dos limites do ordenamento jurídico há uma amplitude mui variada de negócios jurídicos atípicos passíveis de serem entabulados, podendo, inclusive, retirar do judiciário a possibilidade de julgar pretensões em razão de acordo entre as partes, afigurando-se um negócio processual para que não haja processo. Sendo possível, também, o julgamento através da equidade em razão de acordo processual.
- l) Constatou-se que não há necessária equivalência entre as partes no negócio e as partes no processo, podendo o negociante figurar como terceiro interessado.
- m) Privilegiando-se a segurança jurídica entendeu-se que os negócios processuais válidos são oponíveis ao Estado-juíz, ou seja, produz efeito defronte a todo magistrado que venha a julgar a demanda, não apenas em relação ao magistrado que primeiramente tenha contato com demanda.
- n) Sobre o juiz fazer parte do negócio processual, a doutrina divide-se entre defensores da tese de o juiz nunca fazer parte dos polos da convenção processual e os que admitem tal possibilidade ao menos em alguns casos. No entanto, ainda não é possível elencar qual é a doutrina majoritária em razão de muitos autores ainda não terem enfrentado o tema para se posicionar.

- o) O juiz vincula-se ao pacto processual validamente celebrado entre as partes. Contudo, é vedado às partes convencionar sobre as prerrogativas e poderes do juiz, daí não advindo vinculação, caso contrário abrir-se-ia espaço para autonomia das partes reduzir ou tolher a atuação judicial através dos negócios processuais, finalidade para a qual eles não foram inseridos no ordenamento processual.
- p) O negócio processual pelo qual as partes renunciaram aos recursos e ao duplo grau de jurisdição – o chamado pacto de instância única – cria um requisito de admissibilidade recursal a ser analisado pelo juízo *a quo*, mesmo que as regras relativas aos recursos no NCPC não vislumbrem juízo de admissibilidade pelo juízo de primeira instância.
- q) Os negócios processuais, em razão da disposição legal constante do artigo 200 do Novo Código de Processo Civil, já produzem efeitos desde sua celebração, não dependendo de homologação, salvo nos casos em que a lei exigir. Também é possível admitir a homologação como condição inserida voluntariamente pelas partes na convenção processual a fim de fazer com que o juiz analise desde logo o negócio a fim de dirimir dúvidas sobre eventual nulidade absoluta ou relativa.
- r) As noções relativas à boa-fé objetiva e seus deveres anexos são oponíveis também ao juiz na condução do processo. Também recaem sobre o magistrado os diversos deveres advindos da colaboração processual. Mormente no cumprimento das convenções processuais deve o juiz estar atento a tais deveres, haja vista as peculiaridades do caso, sob pena de nulidade processual.
- s) Percebeu-se que o descumprimento de um negócio processual obrigacional, diferentemente dos negócios jurídicos materiais, deve ser alegado pelas partes no mesmo processo em que produz efeitos, sob pena de preclusão. A cognição judicial sobre os negócios processuais dispositivos, por sua vez, deve se dar *ex officio* pelo magistrado, uma vez que as regras atinentes ao procedimento são imperiosas ao julgador, que delas deve zelar.
- t) Constatou-se que, *a priori*, da decisão interlocutória que nega efeitos a negócio jurídico processual válido cabe apelação, impugnando-se tal decisão

nas preliminares do recurso, haja vista que tal pronunciamento judicial não consta no rol do art. 1.015 do CPC-15. Entretanto, aferiu-se que, caso se entenda que a noção de taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva, é possível interpor agravo de instrumento contra a decisão que nega efeitos à convenção processual, com fundamento no artigo 1.015, III, do novo caderno processual civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese (doutorado). 2014. 239 f. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014.

AVELINO, Murilo Teixeira. A Posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – Já uma releitura. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BOMFIM, Daniela Santos. A Legitimidade Extraordinária de Origem Negocial. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. *Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso*. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

COSTA, Eduardo José Fonseca da. Calendarização Processual. In: Didier Jr., Fredie; Cabral, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. Uma interpretação sobre o agravo de

instrumento previsto no CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 242, p. 275-284, abr/2015.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I* - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, 01 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Artigo publicado na *Revista de Processo* – Vol. 198 – Ed. RT. Agosto de 2011.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ªed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel; *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1. Editora Malheiros, São Paulo: 2001

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil* – 29 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1 : parte geral* — 14. ed. rev., atual e ampl. — São Paulo.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 : parte geral*. – São Paulo: Forense, 2015.

_____. *Flexibilização Procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1 : parte geral* — 10. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1ª Edição – Outubro/Dezembro de 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

KERN, Christoph A. *Procedural contracts in Germany*. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

_____; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica do processo obrigacional* – 1. Ed. 2. tir. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. 1.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*.- 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil, v. 1*, São Paulo, Saraiva, 1966

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Convenções das partes sobre matéria processual*”. Temas de direito processual – terceira série. São Paulo; Saraiva, 1984.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, 2003. Texto de palestra proferida em 27.11.2002.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.*

NOGUEIRA, Pedro Henrique Barbosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 57 edição revista, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro, 2016.

SILVA, Paulo Costa e. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão da pretensão material*. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. *Negócio jurídico processual*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo, 1997, v. 54.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2011. – (Coleção de direito civil; v.1).*

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros*

comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

YARSHELL, Flávio Luíz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.