

2017 - 03 - 02

Revista de Processo

2016

REPRO VOL. 254 (ABRIL 2016)

TEORIA GERAL DO PROCESSO

2. DA ADMISSIBILIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

2. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos

The admissibility of contract procedure: theoretical and practical aspects

(Autor)

JOÃO PAULO LORDELO GUIMARÃES TAVARES

*Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC) e do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Procurador da República.
joaolordelo@gmail.com*

Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Antecedentes teóricos e as fontes do processo na atual metodologia jurídica
 - 2.1 Do privatismo ao publicismo: o processo na doutrina clássica
 - 2.2 O problema das fontes do processo e o autorregramento das partes
- 3 Negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil
 - 3.1 Conceito e utilidade dos negócios jurídicos processuais
 - 3.2 A cláusula geral de negociação sobre o procedimento (art. 190 do NCPC)
 - 3.2.1 Aspectos gerais
 - 3.2.2 Momento e validade
 - 3.2.3 O controle judicial da validade dos negócios processuais
 - 3.2.4 Inadimplemento
- 4 Conclusão
- 5 Referências

Área do Direito: Processual

Resumo:

O presente artigo situa-se no estudo dos aspectos teóricos e práticos relativos à admissibilidade dos

negócios jurídicos processuais judiciais, ou seja, atos negociais que se preocupam em regular o comportamento das partes no processo ou até mesmo o conteúdo das normas processuais, intensificando a cooperação entre os litigantes. De início, objetiva-se reunir um conjunto de elementos teóricos próprios da teoria geral do processo, necessários à compreensão do fenômeno processual na contemporaneidade, sobretudo no que diz respeito às suas fontes. Em seguida, buscar-se-á realizar uma investigação sobre a permissibilidade de tais declarações de vontade, de uma forma geral, à luz das disposições estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil, delineando-se a sua razão de ser, pressupostos, requisitos e limitações.

Abstract:

This article lies in the study of theoretical and practical aspects relating to the admissibility of contract procedure, negotiation acts that intend to regulate the behavior of the parties or even the content of procedural rules, intensifying cooperation between the litigants. Initially, the objective is to gather a own set of theoretical elements of the general theory of the process, necessary to understand the procedural phenomenon in contemporary times, especially with regard to their sources. Then it will be sought to conduct an investigation of the permissibility of such statements, in general, under the provisions established by the new Civil Procedure Code, outlining its principles, assumptions, and requirements limitations.

Palavra Chave: Teoria geral do processo - Teoria dos fatos jurídicos processuais - Direito processual civil - Negócios jurídicos processuais - Novo Código de Processo Civil.

Keywords: General theory of the process - Theory of procedural legal facts - Civil Procedural Law - Procedural contracts - New Civil Procedure Code.

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto o estudo da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais judiciais após o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), ou seja, atos negociais que se preocupam em regular o comportamento das partes no processo ou até mesmo o conteúdo das normas processuais - e não o conteúdo do direito material discutido no bojo de um processo judicial -, intensificando a cooperação entre os litigantes.

O estudo dos negócios jurídicos processuais judiciais, ressalvadas algumas poucas exceções, ainda é novo na literatura brasileira, sobretudo em razão da força da rigidez procedimental na legislação e na jurisprudência pátria, ainda sob o marco do Código de Processo Civil de 1973 e seus antecedentes teóricos.

Cuida-se de tema que certamente atrairá a atenção de muitos nos próximos anos, por se tratar de uma das maiores revoluções do novo Código de Processo Civil, a colocar o Brasil, indubitavelmente, como uma referência mundial.

De início, objetiva-se reunir um conjunto de elementos teóricos próprios da teoria geral do processo, necessários à compreensão do fenômeno processual na contemporaneidade, sobretudo no que diz respeito às suas fontes.

Em seguida, buscar-se-á realizar uma investigação sobre a permissibilidade de tais declarações de vontade, de uma forma geral, à luz das disposições estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil, em especial o seu art. 190, delineando-se a sua razão de ser, pressupostos, requisitos e, sobretudo, limitações.

Em tal momento, serão enfrentados alguns dos possíveis obstáculos à validade das convenções processuais, em razão da amplitude de seu objetivo.

2. Antecedentes teóricos e as fontes do processo na atual metodologia jurídica

A ideia de realização de negócios tendo por objeto normas processuais - ou o comportamento das partes no

processo - causa forte estranheza ao jurista brasileiro. Nunca antes a legislação processual civil concebera a possibilidade tão ampla de celebração, até mesmo de negócios atípicos, que desafiam a criatividade humana. Apenas a título de exemplo, é possível imaginar a negociação sobre a escolha de peritos, atos de comunicação por meios atípicos (*SMS, WhatsApp, Telegram etc.*), limitação a número de testemunhas e possibilidade de depoimento colhido por escrito, renúncia a recursos, supressão de instâncias por convenção, repartição atípica de custas, supressão da execução provisória, condicionamentos à execução etc.

Essa mesma estranheza não ocorre na literatura estrangeira, destacando-se as contribuições de Josef Kohler, na Alemanha, ainda no século XIX. Também na França e na Itália, o tema já é debatido há algum tempo. Nos Estados Unidos, a produção acadêmica dos últimos anos é gigantesca a respeito da prática do *contract procedure*, que, paralelamente aos meios privados de resolução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution* - ADR), tem invadido as Cortes estatais, como evidenciam autores como Kevin E. Devis, Helen Hershkoff, David Horton, Michael E. Solimine, Michael L. Moffitt, Jaime Dodge, dentre muitos outros. No ano de 2002, há mais de uma década, em artigo intitulado *Civil Procedure by Contract: A Convoluted Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control*, David H. Taylor e Sara M. Cliffe já abordavam, à luz do direito americano, a validade de cláusulas contratuais *ex ante* limitando determinados meios de prova (" *what evidence may or may not be presented as proof*"). Nos tempos atuais, "*private resolution*" e "*public adjudication*" deixaram de ser concebidas como expressões contrapostas. ¹

Percebe-se, portanto, o nascer de uma verdadeira revolução no direito processual brasileiro, a desafiar não apenas antigas construções teóricas, mas também aspectos marcantes da nossa cultura, em especial o paternalismo estatal. ²

Rememore-se, oportunamente, que, até mesmo no âmbito do processo penal, são concebidas negociações processuais, como pode ocorrer no seio dos acordos de colaborações premiadas.

2.1

Levada em consideração a história do Direito em sua inteireza, desde a Idade Antiga, é possível afirmar que a autonomia do direito processual é um fenômeno relativamente recente e diretamente associado à "descoberta do caráter público do processo", no século XIX. ³ Autonomia e caráter público são duas ideias que acabaram por caminhar juntas.

Fato é que, até o século XIX, o direito processual não existia como ciência. Até então, a ação era concebida como algo inerente ao direito material. ⁴ Antes disso, no período privatista, a natureza jurídica do processo era algo compreendido à luz do direito privado, numa feição nitidamente contratual. Confundiam-se processo e procedimento, como um mero rito sequencial de atos destinados à aplicação do direito material.

Como se verá adiante, a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais judiciais consiste num resgate responsável de alguns dos elementos esquecidos da era processual privatista, sem que isso signifique o seu retorno.

Na Roma antiga, o processo judicial era marcado por sua natureza *per formulas*, a depender do prévio consenso das partes. Em linhas gerais, as partes, em consenso, firmavam um compromisso (*litis contestatio*), fixando os limites do litígio, comprometendo-se a aceitar a decisão a ser tomada por um árbitro por si escolhidos. Tal árbitro então recebia o encargo do pretor para resolver a lide. ⁵

A *litis contestatio* romana atribuiu ao processo uma natureza contratual (ou de quase contrato, na hipótese de não haver acordo), ⁶ não sendo cogitada a sua autonomia, como explica Luiz Guilherme Marinoni:

"Esse compromisso ou *litis contestatio* foi qualificado pela doutrina como um negócio jurídico privado ou como um *contrato*. O contrato era estabelecido pela *litis contestatio*. Por essa razão, atribuiu-se ao processo natureza contratual. Tratava-se de uma espécie de contrato judicial". ⁷

A autonomia do processo está diretamente relacionada com a autonomia do direito de ação frente ao direito material. Essa se deve, sobretudo, à polêmica entre os juristas alemães Bernardo Windscheid e Teodoro Muther, no século XIX. Em seu trabalho "A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno" (1956), após ajustes, Windscheid conclui que a *actio* romana, em realidade, consistiria na faculdade de persecução judicial, ou seja, algo que se poderia exigir do outro, designando a pretensão.⁸ Tratava-se de algo distinto tanto do direito de se queixar quanto do próprio direito subjetivo. Por sua vez, Muther concebia a ação como um direito de agir contra o Estado, para que este outorgasse a tutela jurídica.⁹

Percebe-se, pois, que ambos os autores, embora por caminhos distintos, concebiam a ação como algo diverso do direito material originário. Essa autonomia resultou na compreensão da ação como algo dirigido contra o Estado, estando inserida, portanto, no âmbito do direito público.

A mesma sorte seguiu o processo: além de autônomo em relação ao direito material, também assumiu um caráter público. A justificativa é bastante simples: o Estado não poderia mais permanecer alheio à forma com que o seu próprio poder seria exercido.

Com a sua publicização, o processo deixou de ser concebido exclusivamente como um "negócio das partes", passando a consistir num espaço onde se exprime a autoridade do Estado. A essa autoridade não interessa apenas a tutela do interesse privado, mas também a administração da justiça e a correta aplicação da lei.

Coube a Oskar von Bülow, ainda no século XIX, teorizar o processo como uma relação jurídica, conferindo-lhe um quê teleológico. Separaram-se processo e procedimento: esse, como mera sequência de atos, despida de qualquer finalidade; aquele, como uma relação jurídica que tem por fim a atuação da lei.¹⁰ Dessa relação participam as partes e o Estado, a partir da instauração do processo. Por ser diversa da relação jurídica material ínsita à lide, a sentença de improcedência, *v. g.*, em nada afetaria a existência da relação processual, autônoma.

O cânone da relação jurídica processual - de natureza pública, entre o juiz e as partes -, ainda tão consagrado, não passou imune às críticas. Isso porque a teoria de Bulöw se desenvolveu a partir da noção de relação jurídica do direito privado, cuja fonte comum é a pandectística alemã.¹¹

À luz da pandectística alemã, o direito se resumia a um sistema de conceitos gerais marcados pela abstração. Por ela, houve uma tentativa de adaptar cientificamente e aplicar o *ius privatum* romano - ou seja, as regras extraídas das noções gerais e abstratas dos textos do *Corpus Iuris Civilis* - às concepções modernas (*usus modernus Pandectarum*), sobrelevando-se o doutrinário jurídico.

Para o pensamento crítico, a abstração e a neutralidade da ideia da relação jurídica processual conduziam à neutralização da figura do Estado, desconsiderando seus fins e projetos, construído sobre os valores. Da mesma forma, o desligamento da vida concreta resultaria na dissolução de qualquer preocupação valorativa em relação às partes.¹²

Um dos principais responsáveis às críticas dirigidas à concepção do processo como relação jurídica foi James Goldschmidt, na Alemanha. Para ele, as partes "não estão relacionadas entre si, existindo apenas um estado de sujeição das mesmas à ordem jurídica, no seu conjunto de possibilidades, expectativas e cargas".¹³

Ocorre que, como anunciado por Calmon de Passos, a substituição da ideia de relação jurídica pela situação jurídica, preconizada por Goldschmidt, é algo "antes sociológico que jurídico; ele estuda o processo não como teoricamente deve ser, mas como resulta de possíveis deformações que venha a sofrer na prática (...)".^{14_15}

A verdade é que o processo, como diversos outros institutos jurídicos, pode ser compreendido em mais de uma perspectiva, destacando-se, ao menos, três: tipo complexo de formação sucessiva (ato jurídico complexo - ou simplesmente procedimento), relação jurídica e técnica de criação de normas jurídicas.¹⁶

Nesse ponto, "nenhuma teoria é mais fecunda, em suas consequências, nem mais adequada, politicamente, para um Estado de direito democrático que a da relação jurídica". ¹⁷ Ao explicar o processo, tal teoria permite a sua análise quer do ponto de vista das partes, quer do ponto de vista do juiz, o que possibilita sua "compreensão sistemática, revestindo-o de racionalidade e evidenciando sua dimensão política". ¹⁸

Isso porque, dentre outras coisas, concebendo-se o processo não apenas como uma, mas sim um conjunto de relações jurídicas estabelecidas entre os mais diversos sujeitos processuais (dentre eles as partes, o juiz, o Ministério Público e auxiliares), torna-se mais fácil importar todo o instrumental da teoria do fato jurídico - excerto da teoria geral do direito -, criando-se uma verdadeira teoria dos fatos jurídicos processuais.

Nessa linha, a ideia de processo como "relação jurídica" (no singular) consiste, na realidade, em uma metonímia que aponta para o conjunto de relações jurídicas processuais (o todo). ¹⁹

Ela é o estopim daquilo que consiste no instrumental necessário à compreensão sistemática das negociações processuais: a teoria dos fatos jurídicos processuais, categoria própria da teoria geral do processo, que se ocupa por reunir conceitos lógico-jurídicos, inerentes a todo e qualquer processo. ²⁰

Para encurtar (bastante) uma discussão que já conta com milhares de páginas na doutrina, entendemos que, nos tempos atuais, o conceito de processo como relação jurídica, afastando-se do esquema estático-privatista de outrora, pode gerar bons frutos, sobretudo se compreendido a partir de uma noção plurissubjetiva, a envolver todos os sujeitos do processo, num ambiente democrático deliberativo.

Sobre o tema, temos como referência autores como Calmon de Passos e, mais recentemente, Antonio do Passo Cabral. ²¹

2.2

Uma das claras consequências da teoria publicista - que inspirou e inspira o direito brasileiro - consiste na negação da convencionalidade do processo, o que representaria um grande salto democrático, afastando-se a ideia do processo como "coisa das partes".

Consequentemente, a fonte do direito processual somente poderia ser a lei. Nesse sentido, vale a diferenciação feita por Calmon de Passos a respeito do direito material e o direito processual: "ao legislador de direito substancial é defeso predeterminar comportamentos para os homens, no tocante a tudo quanto diz respeito aos seus interesses. Se assim o fizesse, acarretaria uma paralisia social (...)". Por outro lado, no campo do direito processual, "ele não seleciona entre os comportamentos humanos aqueles os quais pretende emprestar relevância jurídica. Determina (...) uma única forma de comportamento, interditando todas as demais". ²²

Nesse contexto - e concebendo-se o processo como um tipo complexo de formação sucessiva -, sobrelevou-se a ideia de que deixá-lo desenvolver-se segundo melhor parecesse casuisticamente às partes ou ao magistrado poderia representar um perigo à segurança jurídica. Assim, "a legalidade da forma impôs-se (...) como solução universal em termos de ganho civilizatório", cabendo ao legislador fixar na lei, "e somente nela, toda a ordenação da atividade que deve ser desenvolvida para que o Estado realize os seus fins de justiça (...)".

Em poucas palavras, a cultura processual brasileira ainda convive com a ideia inflexível de que norma processual deriva de lei (somente lei em sentido estrito), sendo cogente - inderrogável, portanto, pela vontade das partes -, em respeito ao interesse público. O mesmo já não ocorre no estrangeiro, em especial em países como a Alemanha, França, Itália e nos Estados Unidos, em razão, sobretudo, das mudanças promovidas pela jurisprudência. Em tais países, não apenas a ideia de "procedimento único" passou a ser concebida como um mito, também sendo descartada a noção totalizante de procedimentos especiais típicos. Consequentemente, ainda no século passado, passaram a ser admitidas, paulatinamente, negociações sobre determinadas fases procedimentais ou pontos do procedimento.

Pergunta-se: e o que dizer quando a lei remete, de maneira genérica, o regramento do procedimento às partes do processo? É o que dispõe o *caput* do art. 190 do NCPC. ²³

O dispositivo em questão representa uma verdadeira revolução no direito processual brasileiro, ao prever uma cláusula geral ²⁴ de negociação sobre o processo, em oposição à ideia de tipicidade da relação processual, preconizada pelos adeptos do publicismo.

A grande mudança não reside na mera admissibilidade de negociações sobre o processo - já que o CPC de 1973 já as contemplava, de forma típica (por exemplo, a inversão negocial do ônus da prova, prevista no seu art. 333, parágrafo único) -, mas sim na possibilidade de negócios atípicos (genéricos, portanto) sobre o processo.

Eis o novo desafio da doutrina e da jurisprudência em nosso país: a partir de um ambiente quase desértico a respeito das negociações processuais, marcado pelo paternalismo estatal e pela rigidez procedimental, conformar, de maneira responsável, um novo caminho criado pela legislação, caracterizado pela autonomia e pelo empoderamento das partes.

3. Negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil

Ultrapassadas as premissas teóricas necessárias a uma compreensão adequada dos negócios jurídicos processuais no NCPC, resta agora deitar os olhos sobre o tema de maneira mais específica, dedicando-se a tanto as linhas seguintes.

3.1

Em clássica lição, dispunha Pontes de Miranda que os fatos do mundo - ou seja, as mudanças ocorridas no mundo - ou interessam ao direito, ou não interessam. Caso interessem, "entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam." ²⁵

Nos dias atuais, é amplamente repelida a ideia de um conteúdo normativo da razão prática, tal como preconizado por Kant. Disso decorre a óbvia conclusão de não ser o direito um dado prévio e universal, oriundo da racionalidade humana ou de alguma divindade. Por mais que o "positivismo jurídico" seja uma expressão geradora das mais cruéis críticas doutrinárias, não se pode negar que, em um sentido amplo, a ideia positivista do direito como um produto da cultura humana é amplamente aceita entre seus críticos.

A partir de tais premissas, a teoria geral do direito ocupou-se por classificar os fatos jurídicos (em sentido amplo), dividindo-os. Com efeito, adota-se, majoritariamente, a classificação proposta por Pontes de Miranda, que, de maneira abrangente, divide os fatos jurídicos em lícitos e ilícitos, sendo os primeiros compostos pelas seguintes categorias: (a) fato jurídico em sentido estrito; (b) ato-fato jurídico e; (c) ato jurídico em sentido amplo, que se subdivide em ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico. ²⁶

A partir da classificação dos atos jurídicos em geral, é possível chegar aos atos jurídicos processuais, assim compreendidos como "todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual". ²⁷

Nessa linha, entende-se por negócio jurídico processual a declaração de vontade expressa, tácita ou implícita, a que são reconhecidos efeitos jurídicos, conferindo-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer certas situações jurídicas processuais. ²⁸ Sua característica marcante está na soma da vontade do ato com a vontade do resultado prático pretendido.

Os atos processuais em geral não precisam ser praticados na sede do processo. Esses são os atos do processo. Assim, a cláusula de eleição de foro (art.  95 do  CPC/1973; art. 63 do NCPC) é e sempre foi um verdadeiro negócio jurídico processual. São muitos os outros negócios reconhecidos pelo NCPC:

convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§ 3.º e 4.º); calendário processual (art. 191, §§ 1.º e 2.º); negócio tácito de tramitação da causa em juízo relativamente incompetente (art. 65 do NCPC) etc. Há, inclusive, negócios processuais unilaterais, que dependem de apenas uma manifestação de vontade, a exemplo da desistência e da renúncia ao recurso.

Com o NCPC, a discussão sobre o reconhecimento dos negócios processuais tornou-se claramente superada.

A grande utilidade do reconhecimento - e no regramento - dessa categoria jurídica consiste não apenas na adequada sistematização do estudo dos atos processuais, mas também no respeito à liberdade e ao autorregramento da vontade no processo.

Nesse sentido, merecem destaque as conclusões de Fredie Didier Jr.:

"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".

Ora, numa situação concreta, a existência de conflito a respeito do direito material não implica necessariamente um desacordo das partes quanto às posições processuais, sendo perfeitamente possível uma comunhão de vontades sobre os meios de resolução do conflito.

Em síntese, o conflito sobre direito material não se confunde com o conflito sobre o direito processual.

3.2

3.2.1. Aspectos gerais

Coube ao já citado art. 190 do NCPC estabelecer uma cláusula geral de negociação sobre o procedimento, consagrando a regra da atipicidade da negociação processo. Embora o dispositivo aluda a uma faculdade "das partes", é possível, até mesmo, cogitar de negócios processuais envolvendo o juiz, a exemplo da execução negociada em ações coletivas.

De uma forma geral, pode o negócio processual atípico recair sobre dois grupos de objetos: (*a*) *ônus, faculdades, deveres e poderes das partes* (criando, extinguindo ou modificando direitos subjetivos processuais, v.g.); (*b*) *redefinição da forma ou ordem dos atos processuais (procedimento)*.

Nesse sentido, o Enunciado 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe:

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

Daí podem ser extraídos inúmeros exemplos de negociações atípicas, a exemplo de acordos probatórios, acordos de impenhorabilidade, modificação de prazos, vedação da execução provisória, acordo sobre o efeito em que será recebido o recurso etc.

É possível até mesmo acordos sobre pressupostos e requisitos processuais, como o acordo sobre competência relativa e a legitimação extraordinária negocial. Autores como Fredie Didier Jr. vislumbram, ainda, acordos sobre a desconsideração da autoridade da coisa julgada (pressuposto processual negativo).

²⁹ No particular, com a devida vênia, não concordamos com tal entendimento. Isso porque: (a) a faculdade de desconsiderar a coisa julgada é uma opção política que, a um só tempo, estimula injustificadamente a litigância, compromete a segurança jurídica e tem o poder de afetar severamente a economia da Justiça; (b) inexistente previsão legal permissiva, sendo certo que, ao aludir a negociações atípicas sobre "procedimento", o art. 190 do NCPC não abrange a coisa julgada.

3.2.2. Momento e validade

No que concerne ao *momento*, os negócios processuais podem ser celebrados até mesmo antes do surgimento do processo. Nada mais natural. É o que ocorre, por exemplo, com a cláusula de eleição de foro, prática extremamente comum. O parágrafo único do art. 190 permite, até mesmo, negociações processuais em contratos de adesão, dispositivo que deve ser visto com muita cautela, em razão do impacto desproporcional que pode resultar, em um país marcado por assimetrias econômicas. Em ambientes de vulnerabilidade (concreta ou presumida) de uma das partes, será possível o controle do negócio - a exemplo das cláusulas de arbitragem compulsória em contratos de consumo.

A *validade* dos negócios processuais, por seu turno, é tema que movimentará - e muito - não apenas a doutrina, mas também a jurisprudência dos tribunais, nos próximos anos. De início, é importante observar que o repertório da teoria dos atos jurídicos é aplicável aos negócios processuais. Muito embora o estudo da teoria geral dos atos jurídicos seja encaixado, por força do costume, no âmbito da introdução ao Direito Civil, trata-se, em realidade, de tema que integra a teoria geral do direito.

Ressalte-se que o NCPC cometeu o mesmo erro do ^{RTO} [CC/2002](#), a respeito do plano de validade dos negócios jurídicos. Contenta-se o ^{RTO} [CC/2002](#), em seu art. 104, com apenas três requisitos: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. Posteriormente, o mesmo diploma estabelece, dentre as causas de invalidade do negócio jurídico, vícios de consentimento, o que nos conduz à ideia de que a emissão de uma vontade livre e de boa-fé é também requisito de validade, não sendo suficiente a mera presença de um agente capaz.

Em outras palavras, sendo o negócio jurídico "um ato livre de vontade, tendente a um fim prático tutelado pelo ordenamento jurídico, e que produz, em razão deste, determinados efeitos jurídicos", ³⁰ também se exige, para a sua validade, um consentimento livre e de boa-fé.

Justamente por isso, os negócios processuais possuem os seguintes requisitos de validade: (a) *manifestação livre e de boa-fé*; (b) *agente capaz e legitimado*; (c) *objeto lícito, possível, determinado ou determinável*; (d) *forma livre ou prevista em lei*. Ausente um dos requisitos, poderá o negócio processual ser invalidado.

Indubitavelmente, a manifestação de vontade consiste em um dos elementos do negócio jurídico. Contudo, para que seja válido, tal manifestação deve ser qualificada como livre e de boa-fé. É aqui que reside o consentimento, que pode ser expresso ou tácito.

De uma maneira geral, a vontade não será considerada livre em duas hipóteses: (a) quando houver vício de consentimento, aplicando-se aos negócios processuais as regras de invalidação e interpretação do ^{RTO} [CC/2002](#); (b) quando uma das partes estiver em "manifesta situação de vulnerabilidade" (art. 190, parágrafo único, do NCPC), causa de nulidade. Percebe-se, portanto, que a vulnerabilidade é conceito que não afeta a capacidade do agente (que continua capaz), mas constitui vício em seu consentimento, possibilitando a invalidação do negócio.

Discordamos, portanto, com a devida vênia, de Fredie Didier Jr., um dos grandes mentores do NCPC, que concebe a vulnerabilidade como hipótese de "incapacidade processual negocial". ³¹

Passemos então à análise da capacidade do agente.

Quanto a isso, dispõe o art. 190 do NCPC que os negócios processuais somente podem ser celebrados por partes "plenamente capazes". Abre-se dúvida aqui sobre que capacidade é essa a que se refere o dispositivo: trata-se da capacidade do direito material ou a capacidade processual (pressuposto processual)? O questionamento é relevante, sobretudo porque alguns negócios podem ser celebrados antes mesmo do nascimento do processo, como a cláusula de eleição de foro.

Nesse ponto, o que o NCPC exige é a capacidade processual, espécie do gênero pressupostos processuais,

consistente na aptidão para praticar atos processuais, pessoalmente ou pelas pessoas legalmente indicadas (art. 75 do NCPC), independentemente de assistência ou representação.

A relação entre a capacidade processual e a capacidade material é evidenciada pelo art. 70 do NCPC, que dispõe: "toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em Juízo". Apesar disso, há situações em que alguém processualmente capaz é materialmente incapaz (ex.: menor com 16 anos, que pode ajuizar ação popular) e vice-versa.

Conclui-se, pois, que *incapazes não podem realizar negócios processuais sozinhos*, mas apenas se regularmente representados.

Até mesmo o Poder Público pode celebrar negócios processuais, como já advertido pelo Enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A Fazenda Pública pode celebrar negócio processual".

No âmbito do Ministério Público, coube à recém-aprovada Res. CNMP 118, de dezembro de 2014, dispor sobre a sua Política Nacional de Autocomposição, com dispositivos próprios à negociação processual:

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

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

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

No que diz respeito ao *objeto* da negociação processual, cuida-se, certamente, do ponto mais sensível a respeito da sua validade. Tratando do assunto, Fredie Didier Jr. elenca sete diretrizes gerais, que "não exauzem a dogmática em torno do assunto": ³²

a) à luz dos ensinamentos de Peter Schlosser, *adoção do princípio do in dubio pro libertate* como critério para avaliar o consenso das partes, admitindo-se o negócio processual em situações de dúvida;

b) *a negociação atípica somente pode ser realizada em causas que admitem autocomposição*, como disposto no art. ^{RTD} 190 do ^{RTD} CPC. Isso porque a modificação da estrutura do procedimento pode acabar afetando, de maneira inadequada, a solução de uma causa que, a rigor, não admitiria autocomposição. Nos termos do Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, "a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual", revelando-se que "direito indisponível" e "direito que não admite autocomposição" são expressões que não se confundem. É possível, portanto, negociação em processo que envolva direito indisponível (direitos coletivos, por exemplo), eis que, embora assim qualificados, admitem autocomposição;

c) *aplicação do sistema de invalidade do negócio jurídico privado ao negócio jurídico processual*, o que impõe que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável. A partir dessa premissa, considera-se nulo um negócio jurídico simulado;

d) *sempre que regular expressamente um negócio processual, a lei delimitará os contornos de seu objeto*, como ocorre nos negócios sobre a competência, em que somente a competência relativa poderá ser convencionalizada. Justamente por isso, não se admite o acordo de supressão de instâncias, que recai sobre competência funcional (nesse sentido é o Enunciado 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis);

e) *sempre que a matéria for de reserva legal, não se admite negociação processual* (ex.: recursos, por força da

regra da taxatividade). Justamente por isso, não é possível criar ou alterar regras de cabimento de recursos.

f) *não é possível celebrar negócio para afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível*, a exemplo da regra que dispõe sobre a nomeação de curador especial e sobre a intervenção do Ministério Público. Igualmente, não seria permitida negociação para afastar segredo de justiça;

g) *é possível inserir negócio processual em contrato de adesão, desde que não seja abusivo*;

h) *no negócio processual atípico, as partes podem definir deveres processuais e sanções para o caso de seu descumprimento* (Enunciado 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

É preciso compreender, todavia, que o NCPC, ao permitir as negociações processuais atípicas, o fez em relação a "mudanças no procedimento" ("para ajustá-lo às especificidades da causa") ou em relação aos "ônus, poderes, faculdades e deveres processuais" *das partes*. Não é possível, portanto, que as partes, sozinhas, negociem mudanças relativas aos poderes e deveres do órgão julgador, mas apenas delas. Isso porque tais poderes e deveres não parecem estar compreendidos na expressão "mudanças no procedimento", cujas especificidades dizem respeito à organização dos atos processuais, e não às regras gerais do processo.

Também o NCPC inaugura um *dever de fundamentação das próprias partes* ao negociarem sobre o procedimento, pois somente podem fazê-lo "para ajustá-lo às especificidades da causa". Assim sendo, ao menos nas situações que gerem maiores ônus aos serviços do Judiciário, deve haver uma prévia justificação, sujeita a controle judicial.

Por fim, quanto à *forma*, não há razões para que seja sempre limitada ao texto escrito. A princípio, o negócio pode ser expresso, tácito, oral ou escrito, ressalvada exigência legal em contrário, como ocorre com a cláusula arbitral e a cláusula de eleição de foro, a demandar forma escrita.

3.2.3. O controle judicial da validade dos negócios processuais

Conforme disposto no parágrafo único do art. 190, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções atípicas, recusando-lhes aplicação em três casos: (a) *nulidade*; (b) *inserção abusiva em contrato de adesão*; (c) *ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade*.

A questão da vulnerabilidade é tema tratado, por alguns autores, como causa de incapacidade processual negocial. A capacidade "negocial", construção doutrinária, consiste em categoria distinta da capacidade em sentido comum. Assim, é possível falar em capacidade material negocial e capacidade processual negocial.

A rigor, ao tratar dos negócios jurídicos, o art. ^{RTO} 104, I, do ^{RTO} CC/2002, parece contentar-se apenas, no âmbito subjetivo, com o "agente capaz". E, realmente, o fato de alguém ser vulnerável não lhe retira sua capacidade (seja material ou processual). Pensar de forma diferente seria conceber o consumidor legalmente considerado vulnerável no mercado de consumo (art. ^{RTO} 4.º, I, do ^{RTO} CDC) como uma pessoa materialmente incapaz para acordos extraprocessuais e processualmente incapaz, para acordos processuais. A capacidade, material ou processual, não é uma cláusula geral, estando muito bem definidas suas causas na legislação (arts. ^{RTO} 3.º e ^{RTO} 4.º do ^{RTO} CC/2002 e arts. 70 a 76 do NCPC). Justamente por isso, a doutrina costuma atrelar a vulnerabilidade à capacidade "negocial", que, para além da capacidade legal, demanda o consentimento livre e de boa-fé das partes.

Verdadeiramente, a vulnerabilidade é categoria relativa à manifestação de vontade (ao consentimento), que impõe a nulidade de determinados negócios, ainda que as partes sejam legalmente capazes, por presumir uma abusividade do negócio que afeta (ou pode afetar) a isonomia e, portanto, o consentimento livre e de boa-fé.

Ainda a respeito da vulnerabilidade, merecem destaque alguns pontos:

a) Regra geral, a vulnerabilidade é fato a ser constatado de forma concreta, daí porque o parágrafo único do art. 190 alude à "manifesta situação de vulnerabilidade". Assim, o fato de alguém ser trabalhador ou consumidor não presume, por si só a vulnerabilidade. Rememore-se que, pelo art. 4.º I, do CDC, o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo" consiste em um princípio, e não uma regra, a depender, portanto, das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Tal situação pode ser aferida de ofício pelo juiz;

b) É possível, no entanto, estabelecer parâmetros de presunções ou indícios de vulnerabilidade, atividade a cargo, sobretudo, da jurisprudência. Nesse sentido, um indício de vulnerabilidade decorre do acordo de procedimento celebrado por uma das partes sem assistência técnico-jurídica (Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A primeira pergunta a ser feita consiste em saber se as causas de invalidade do parágrafo único do art. 190 seriam taxativas. A resposta é não. Muito embora uma das hipóteses de invalidade do negócio seja a "nulidade" - regra evidentemente tautológica, que equivale a dizer que "o juiz entenderá nula a convenção se ela for nula" -, o controle judicial dos negócios processuais é amplo, devendo ser sempre exaustivamente fundamentado.

Assim, por exemplo, se, de alguma forma, o ato influenciar em questões que digam respeito à intimidade do Poder Judiciário, será possível o controle, negando-se validade. Assim, não parece acertada a corrente no sentido de que os acordos de aumento de prazo devem ser automaticamente aceitos pelos juízes, eis que um mínimo aumento em questões de massa, v. g., pode comprometer seriamente os gastos públicos e a eficiência do órgão judicante. Da mesma forma, o aumento do número de testemunhas pode causar dispêndios públicos desnecessários (diferentemente do que ocorre com a redução do número de testemunhas). É preciso compreender que a autogestão do Poder Judiciário é, também, uma forma de imprimir maior eficiência à prestação de justiça ao jurisdicionado e não pode ficar sujeita a interesses meramente particulares. Se a intervenção no Judiciário for intensa, ele também (o Judiciário) deve participar do negócio.

A propósito, a análise econômica do Direito é fundamento que pode ser invocado para recusar validade às negociações processuais ou, ao menos, para exigir dos negociantes acréscimos nas custas processuais.

É bem verdade que a prévia necessidade de homologação do negócio processual é algo que depende de expressa previsão legal, como ocorre nos casos de desistência (art. 299, parágrafo único) e organização processual do processo (art. 357, § 2.º). Apesar disso, o controle judicial é constante em qualquer caso.

3.2.4. Inadimplemento

Havendo inadimplemento do negócio processual, cabe à parte contrária alegar na primeira oportunidade que houver, sob pena de novação tácita, com "preclusão do direito de alegar o inadimplemento". ³³

Não pode, portanto, o juiz, de ofício, conhecer do inadimplemento do negócio - embora, como dito anteriormente, possa, de ofício, reconhecer a sua nulidade. Questão que se põe é saber se o juiz poderia conhecer de ofício do inadimplemento, na hipótese de a negociação processual permitir essa atividade pelo juiz. Entendemos que não. Ressalvada a hipótese de o próprio Judiciário participar da negociação, não podem as partes definir, negocialmente, o que os juízes podem ou não podem conhecer de ofício, matéria que transborda o alcance da expressão "procedimento", ingressando na seara da cognição judicial.

Nesse ponto, o art. 190 do NCPC é claro, ao permitir as negociações processuais atípicas em relação a "mudanças no procedimento" (para ajustá-lo às especificidades da causa) ou em relação aos "ônus, poderes, faculdades e deveres processuais" das partes. Não é possível, portanto, que as partes, sozinhas, negociem mudanças relativas aos poderes e deveres do órgão julgador, a exemplo do poder de reconhecer, de ofício, da nulidade de convenções particulares.

4. Conclusão

Como observado, a ideia de realização de negócios tendo por objeto normas processuais - ou o comportamento das partes no processo - ainda causa forte estranheza ao jurista brasileiro.

De fato, uma das claras consequências da teoria publicista, fonte maior da processualística brasileira, consiste na negação da convencionalidade do processo, o que representaria um grande salto democrático, afastando-se a ideia do processo como "coisa das partes".

É preciso, contudo, a partir do novo Código de Processo Civil, repensar as bases da teoria geral do processo, para adequá-la a uma verdadeira revolução ora inaugurada.

Bem firmados os conceitos lógico-jurídicos necessários à adequada compreensão e sistematização do fenômeno, torna-se necessário o desenvolvimento de uma dogmática para a correta aplicação na nova legislação, de modo a conciliar, de maneira responsável, o direito de autorregramento das partes e a isonomia entre os litigantes.

Nessa linha, caberá à doutrina e à jurisprudência, de forma criativa, estabelecer os limites objetivos das convenções processuais, o que se espera que ocorra, paulatinamente, nos próximos anos.

5. Referências

BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. I.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. I. Campinas: Bookseller, 2000. vol. I.

_____. _____. II. São Paulo: Ed. RT, 1974.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PUGLIATTI, Salvatore. *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. Cidade do México: Porrúa Hermanos y Cía, 1943.

Rhee, Robert J. *Toward Procedural Optionality: Private Ordering of Public Adjudication*. 84 N.Y.U. L. Rev. 514, 2009. Disponível em: [<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/488>]. Acesso em: 27.05.2015.

Davis, Kevin E.; Hershkoff, Helen. *Contracting for Procedure*. 53 Wm. & Mary L. Rev., 2011, 507 (2011). Disponível em: [<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol53/iss2/7>]. Acesso em: 27.05.2015.

Pesquisas do Editorial

- FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL , de Aline Regina das Neves - RDPriv 64/2015/219

- CAUSAS DE SUSPENSÃO DO PROCESSO CIVIL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL , de Natalia Queiróz Mulati - RT 963/2016/263
- A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO E O SANEAMENTO DO PROCESSO , de Trícia Navarro Xavier Cabral - RePro 252/2016/147

FOOTNOTES

¹

Rhee, Robert J. Toward Procedural Optionality: Private Ordering of Public Adjudication. 84 *N.Y.U. L. Rev.* 514, 2009, Disponível em: [http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/488]. Acesso em: 27.05.2015.

²

Indubitavelmente, a tradição jurídica brasileira é marcada por intensas publicizações, em detrimento do empoderamento do indivíduo, o que tem restringido as fontes do direito àquelas exclusivamente produzidas pelo Estado. Trata-se (também) de um reflexo do déficit democrático próprio da história colonial brasileira, o que também contamina o modo de estudo e produção do direito. Some-se a isso a importação, na ciência do direito processual, do publicismo de Oskar von Bülow, que, no Brasil, sobrelevou os escopos públicos do processo.

³

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 397.

⁴

BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32.

⁵

MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 395.

⁶

A teoria do processo como quase-contrato revelou a evidente crise da teoria contratual, ainda com base no Direito Romano, quando da *cognitio extraordinaria*, em que se permitia instauração de um processo de forma contrária à vontade do réu.

⁷

MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 396.

⁸

Idem, p. 164.

⁹

Idem, p. 165.

¹⁰

Não se desconhece que Goldschmidt, em análise à "Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias" de Bulöw, observara a relação jurídica processual ainda no direito romano.

¹¹

MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 403.

12

MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 405.

13

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 73.

14

Idem, ibidem.

15

A elevada abstração da ideia originária de relação jurídica processual, ao desconectar o processo judicial da facticidade, retira-lhe a validade, comprometendo a legitimidade do exercício da jurisdição, que, nos tempos atuais, pressupõe, dentre outras coisas, a participação das partes no procedimento - e, portanto, na formação da decisão. O erro, contudo, não está na ideia da relação jurídica processual em si, mas sim na "elevada abstração". É, portanto, do criador - e não da criatura.

Não por acaso, a processualística contemporânea tem demonstrado preocupação em aproximar processo e procedimento, este último não mais concebido como mera sequência de atos despida de objetivos e finalidades específicas. O procedimento, hodiernamente, reclama adequação às partes, ao direito material e aos fins do processo.

16

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. I. p. 30.

17

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op. cit., p. 73.

18

Idem, ibidem.

19

DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 32.

20

Não se desconhece o escândalo que grande parte da doutrina processualista penal faz em torno da teoria geral do processo, como se esta representasse um perigo constante ao garantismo penal e, portanto, ao acusado. Esquecem, todavia, que a existência de um sólido instrumental de base confere maior segurança ao estudo do processo, permitindo-se, inclusive, o uso deste instrumental para que se obtenham respostas técnicas em favor do acusado. A título exemplificativo, no âmbito do STF, prevalece a ideia de que "a decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito" (HC 104998/SP), em claro desacordo com a teoria do fato jurídico processual e da coisa julgada. A sentença que, extinguindo a punibilidade do acusado, baseia-se em certidão de óbito falsa é decisão (ato processual) existente e, portanto, apta à coisa julgada material. Se ela se baseia em fato que não ocorreu, merece o juízo de reforma, o que se faz pela via recursal. Ora, inexistindo revisão criminal "em favor da sociedade", cabe ao órgão acusador impugnar o documento falso - o que pode ser feito sem maior dificuldade -, sob pena de restar-lhe unicamente a possibilidade de oferecimento de outra denúncia, exclusivamente para responsabilizar o réu pelo suposto delito de falsidade.

21

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 170.

22

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op. cit., p. 75.

23

"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."

24

Para alguns autores, o art. 190 do NCPC teria previsto o "princípio da atipicidade da negociação processual". Tecnicamente, o que há ali é uma regra - embora genérica -, e não um princípio.

25

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. I. Campinas: Bookseller, 2000. p. 51 e 52.

26

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. II. São Paulo: Ed. RT, 1974. p. 184.

27

DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 374. São muitas as divergências doutrinárias a respeito do conceito de fato jurídico processual. Adotou-se aqui uma proposta que se revela apta a resolver uma maior parte dos problemas suscitados.

28

Idem, p. 376-377.

29

Idem, p. 382.

30

PUGLIATTI, Salvatore. *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. Cidade do México: Porrúa Hermanos y Cía, 1943. p. 238 e ss.

31

DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 385.

32

Idem, p. 387.

33

Idem, p. 391.