

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA CAROLINA DE ANDRADE E FREITAS SANTOS

OS LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS
ATÍPICOS

Rio de janeiro, Nov/2017.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA CAROLINA DE ANDRADE E FREITAS SANTOS

Os Limites Dos Negócios Jurídicos Processuais Atípicos

Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação do professor Diogo Assumpção Rezende de Almeida, apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de janeiro, Nov/2017.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Os Limites Dos Negócios Jurídicos Processuais Atípicos:

Elaborado por ANA CAROLINA DE ANDRADE E FREITAS SANTOS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: Diogo Assumpção Rezende de Almeida

Nome do Examinador 1: Luiz Roberto Ayoub

Nome do Examinador 2: Robson Renault Godinho

Assinaturas:

Diogo Assumpção Rezende de Almeida

Luiz Roberto Ayoub

Robson Renault Godinho

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, _____-de _____de 20____.

RESUMO:

O presente trabalho busca analisar os Negócios Jurídicos Processuais atípicos, de cláusula geral no art. 190 do Novo Código de Processo Civil, inserido na nova perspectiva de cooperação do diploma processual. Assim, analisam-se os limites a serem impostos nas convenções, tanto pela redação do artigo, quanto relativos ao objeto em caráter amplo, aspecto no qual a lei é omissa. Além disso, busca-se compreender o papel o juiz na eficácia do negócio jurídico processual e a forma que se devem interpretar as convenções.

Palavras-chaves: Processo Civil. Negócio Jurídico Processual. Limites. Papel do Juiz.

ABSTRACT:

This paper analyses the atypical Procedural Convention, which is regulated by article 190 of the New Brazilian Civil Procedure Code inserted in the new perspective of the cooperation in the code. Therefore, it studies the limits to be applied on the transactions: the ones that are inferred by the text of the article and the ones about its objects, in general, which is not explicitly dictated in the rule. Furthermore, it tries to understand the role that the judge has in the effectiveness of the procedural transactions and how they must be interpreted.

Keywords: Civil Procedure. Procedural Contracts. Limits. The Judge's Role.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
1. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	2
1.1 Fatos, atos e negócios jurídicos: plano de existência, validade e eficácia	3
1.2 Fatos, atos e negócios jurídicos processuais	5
1.3 A natureza do Processo Civil e a inovação do art. 190	7
2. OS LIMITES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	11
2.1 Limites Intrínsecos	12
2.2 Limites Extrínsecos	17
2.2.1 Viés publicista dos limites	18
2.2.2 Viés Privatista dos Limites	21
2.2.3 A Defesa dos Direitos Fundamentais do Processo como Limitação dos Negócios Jurídicos Processuais	26
3. O PAPEL DO JUIZ NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	38
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

Seguindo as novas tendências da constitucionalização do direito civil e processual civil, o Novo Código de Processo Civil, inseriu princípios com o intuito de sintonizar o processo com a Constituição Federal¹. Por essa ótica, o princípio da cooperação é de percepção muito mais fácil agora do que no diploma de ritos de 1973².

Esse modelo cooperativo quer inserir no processo ideia não apenas de julgamento mas de efetiva resolução do conflito³. Isso vem com o subsequente redimensionamento do poder das partes do processo: o Código dá voz às partes e ao poder de suas vontades, em contraposição a um modelo clássico de distanciamento do julgador e do estrito cumprimento da lei. É a inserção do princípio do autorregramento da vontade⁴.

Por isso, entre outras significativas mudanças, foi ampliado o rol de possibilidades do ajuste de certos negócios, antes da formação da relação processual ou durante seu desenvolvimento. Tal previsão já existia no Código de 73, quando, por exemplo, permitia-se a escolha do foro em que seria julgada a lide. Além disso, o art. 158 do antigo Código, muito timidamente, deixava implícito que as partes estavam autorizadas a negociar regras do processo⁵. No entanto, nunca houve muita discussão acerca desse tema, principalmente pela natureza primordialmente publicista do Código de 73. Muitos autores, inclusive, entendiam que não existia o instituto dos negócios

¹ SENADO FEDERAL (2010). Anteprojeto do novo Código de Processo Civil [online]. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 18.11.2017, p. 14.

² TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz, in Migalhas, 1 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-Cooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>>. Acesso em 18.11.2017.

³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*, v.1, Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. p. 49.

⁴ CUNHA, loc. cit.

⁵ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções Processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 171-172: "Como mencionado, uma breve análise da legislação precedente revela que, além das convenções processuais típicas, a norma do art. 158, CPC/1973 - equivalente ao art. 200, CPC -, autorizava, ainda que por meio de um enunciado pouco trabalhado em técnica legislativa e não raras vezes esquecido na prática forense, a possibilidade de os litigantes disporem sobre os seus direitos processuais mediante a fixação de declarações bilaterais ou unilaterais de vontade, sem necessidade de homologação judicial. Tratava o art. 158 do CPC/1973 de uma cláusula geral de negociação processual, em nosso sentir. Entretanto, o dispositivo em referência não conseguiu propiciar um espaço devido para o desenvolvimento dos ajustes processuais atípicos das partes, a fim de que a técnica fosse aprimorada pela doutrina e pela jurisprudência, que fixariam parâmetros racionais de concretude da cláusula aberta."

jurídicos processuais, apesar da previsão na lei de negócios típicos, como no caso da cláusula de eleição de foro.

O CPC de 2015 inovou. Além de ampliar as possibilidades de negócios jurídicos típicos, editou o art. 190, assim redigido: “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.”. Essa previsão ampla e, aparentemente com poucas restrições, é a chamada Cláusula Geral do Negócio Jurídico Processual, por meio da qual surge o negócio jurídico processual atípico⁶.

A partir daí, observa-se, cresceu a divergência na doutrina sobre até onde poderia ir a vontade das partes ou sobre qual seria o limite do poder volitivo dos litigantes, tendo em vista o caráter publicista do processo. Um limite já restava claro na própria lei, diante da redação do parágrafo único do art. 190: “Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” Ou seja, o juiz é claramente chamado a controlar a validade e julgar a limitação do acordo, quando feito em situações em que se evidencia seja a vulnerabilidade, seja a disparidade de armas entre as partes.

No presente trabalho buscamos, além de discorrer sobre a função dos negócios jurídicos processuais no novo código, examinar as posições doutrinárias acerca de seus limites, principalmente os externos e, ainda, expor nosso entendimento sobre qual o critério a ser utilizado na busca desses mesmos limites. Além disso, discutimos sobre o papel a ser desempenhado pelo juiz, em especial no que respeita a eficácia do negócio.

1. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O tema aqui desenvolvido é relativamente novo para o direito processual brasileiro, qual seja o negócio jurídico processual, mormente o atípico. De fato, como se verá, até o advento do novo Código de Processo Civil, não se imaginava pudessem as

⁶ Ibidem. p. 173.

partes celebrar negócios jurídicos processuais que se situassem fora de certos limites e que tivessem por objeto as estruturas formadas entre autor, réu, juiz e terceiros. Entretanto, o novo CPC, na sequência da trilha timidamente anunciada pelo código de 1973, abriu novo caminho. Esse é o objeto desta dissertação.

Contudo, para que se examine adequadamente o negócio jurídico processual atípico, é necessário primeiro discorrer, ainda que brevemente, sobre fatos e negócios jurídicos genericamente considerados, porque o estudo aqui proposto se situa nesta última categoria. É o que se fará a seguir.

1.1 Fatos, atos e negócios jurídicos: plano de existência, validade e eficácia

Com efeito, fatos jurídicos *lato sensu*, são os fatos do mundo real sobre os quais incide a norma jurídica. O fato se torna jurídico quando a norma nele incide. Nem tudo que ocorre no mundo dos fatos, contudo, é fato jurídico. Quando a norma incide sobre aspectos do fato, surge o fato jurídico. Com isso se quer dizer que a norma qualifica o fato ou aspectos do fato para considerá-los relevantes no mundo do Direito. Quando a norma nada diz, o fato não ingressa nesse mundo, haja vista que pela omissão, se dá a discriminação daquilo que é jurídico e do que não o é.⁷

Os fatos jurídicos são subdivididos em fatos da natureza (fatos jurídicos *stricto sensu*) e em atos humanos (atos jurídicos *lato sensu*). Os fatos da natureza são aqueles ocorridos sem ação (direta) do homem, como, por exemplo, uma catástrofe natural da qual decorra a necessidade de instauração de regime que rompa com as consequências previstas pelas normas, que, por óbvio, tratam genericamente das coisas no seu estado natural. Assim, por exemplo, é indispensável que o ordenamento jurídico discipline quais serão as consequências no mundo dos fatos se o rio desvia o seu curso ou se o agente é obrigado a comportar-se fora do padrão usual, porque a natureza exerceu sua força de maneira incomum.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed., t.2, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 183: “O fato jurídico provém do mundo fático, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que a soma dos elementos do que, no mundo fático, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fático de regras jurídicas: no dizer o que é que cabe no suporte fático da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica *discrimina* o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar. Donde o cuidado que se há de ter na determinação do suporte fático de cada regra jurídica.”

Já os atos jurídicos *lato sensu* são os que decorrem de ação humana e atraem a incidência da norma. Aí, já há a aferição da vontade humana para que se verifique se a norma irá ou não incidir. Ditos atos subdividem-se em atos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos, atos ilícitos e atos-fatos (que são os únicos em que a vontade das partes ou o conteúdo delas nada importará).

Essa breve notícia acerca da teoria do fato jurídico não é suficiente para a compreensão do tema, na medida em que ainda merece menção a tripartição de seus planos, vale dizer a existência, a validade e a eficácia.

A existência resume-se à ocorrência do fato e ao preenchimento de requisitos mínimos para que possa produzir efeitos. O Código Civil os elenca: a manifestação da vontade, partes que a emitem, o objeto e a forma. O fato precisa existir juridicamente antes de produzir efeitos com eficácia no plano concreto⁸. Ou seja, no plano da existência, cogita-se, num primeiro momento, sobre a composição do suporte fático, para que a norma nele incida⁹.

A validade nada mais é do que a qualidade que deve revestir o negócio jurídico, isto é, uma conformidade do ato com as regras do ordenamento¹⁰. Por exemplo, no campo da existência, há de haver a expressão de uma vontade e, no campo da validade, essa vontade há de ser livre, sem embaraços, sem qualquer malícia ou vício¹¹. Se há defeito nas qualificadoras da vontade, o ato ou negócio jurídico (fatos jurídicos que necessitam da expressão da vontade) existirá, mas não será válido, podendo ser anulado.

O plano da eficácia é aquele em que se averigua a aptidão do fato jurídico de produzir efeitos jurídicos, como desejados¹². Para o fato jurídico ser eficaz, é necessário que os elementos acidentais do negócio, ou os fatores do negócio jurídico, quais sejam o

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito Civil*. 11. ed., v. 1, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 615.

⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 94: “No plano de existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência”

¹⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p.617.

¹¹ Ibidem. p. 618.

¹² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. : existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

implemento da condição e o advento do termo ou do modo (ou encargo)¹³ estejam presentes .

A vontade livre e perfeita é elemento essencial para a aferição tanto do ato jurídico em sentido estrito quanto do negócio jurídico. Mas, afinal, qual a distinção entre essas duas espécies de atos jurídicos *lato sensu*? Sem examinar aqui a notável divergência doutrinária acerca dessa diferença¹⁴, é de notar-se que a manifestação da vontade está presente tanto em um quanto em outro. O que varia é a possibilidade da escolha dos efeitos ou da categoria jurídica. No ato jurídico *stricto sensu* os efeitos são os da lei. Se for realizado, não se pode escolher um efeito diferente daquele positivado, e nem fugir do consectário que a lei estabelece. Já no negócio jurídico, as partes, através da vontade bilateral ou plurilateral, podem eleger a consequência pretendida.

1.2 Fatos, atos e negócios jurídicos processuais

Aceitas essas premissas, e entendido o conceito que se tem acerca do negócio jurídico, urge explicar a diferença entre negócios jurídicos comuns e os negócios jurídicos processuais. Para tanto, primeiramente, importante compreender o que são os fatos e atos jurídicos processuais.

Na verdade, os negócios aqui tratados não passam de espécie de fatos e atos jurídicos comuns. No entanto, quando se cuidam de atos em direito processual, existe diferença parcial no seu tratamento em virtude da natureza pública do processo, o que gera redução da autonomia das partes – aqui, se está falando de atos entre o Estado-juiz e as partes¹⁵.

Fatos jurídicos processuais, em sentido amplo, se subdividem em fatos jurídicos processuais em sentido estrito e atos jurídicos processuais *lato sensu*, que, por sua vez,

¹³FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p. 646.

¹⁴ O Código Civil de 1916 adotava a teoria unitária do ato jurídico (sistema francês) sem distinção entre ato e negócio jurídico. O Código de 2002 abraçou a teoria dualista do sistema alemão que distingue os atos jurídicos em sentido estrito dos negócios jurídicos, por exemplo. Para mais sobre o tema, Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*, v.1, Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 34-36.

¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 45.

serão subdivididos em atos jurídicos processuais *stricto sensu*, e negócios jurídicos processuais.

Os fatos jurídicos processuais *stricto sensu* são os eventos que ocorrem sem a interferência humana, que gerando a incidência da norma processual estão aptos a produzir efeitos no processo¹⁶. Seria o caso, por exemplo da morte de uma das partes, o que gera o efeito da sucessão processual.

O conceito dos atos jurídicos processuais, por sua vez, gera algum debate na doutrina, como bem descreve CABRAL:

Sem embargo, muitos autores [como Calmon de Passos e Arruda Alvim Netto], ao longo do desenvolvimento do estudo dos atos processuais, procuraram defini-los a partir do critério da sede em que celebrados. Ato processual seria o ato do processo, o ato praticado durante a litispendência e dentro da relação processual.

Outro setor da doutrina considera que, pela natureza pública do processo, o ato só poderia ser considerado processual quando praticado pelo Estado-juiz ou se, apesar de ser praticado pelas partes, contivessem em seu objeto uma disposição sobre a norma de direito público.¹⁷

No entanto, a corrente majoritária, com a qual concordamos, acabou optando por entender que a análise de atos jurídicos processuais deve ser feita a partir dos efeitos causados – ele será um ato processual se produzir ou estiver apto a produzir efeitos na relação processual controvertida¹⁸.

Os negócios jurídicos processuais, por sua vez, são aqueles atos jurídicos voluntários em que os sujeitos por meio das suas vontades, escolhem categorias

¹⁶ Cf. CUNHA, op. cit., p. 32. Ressalta-se as divergências doutrinárias trazidas pelo autor: Calmon de Passos, por exemplo, entende somente pela existência de atos jurídicos processuais e não pelos fatos jurídicos processuais em sentido estrito: “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, fatos processuais”. Ibidem, p. 32 apud CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas Às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro:Forense, 2002, p.64-65. Além disso, o Autor também pontua a opinião de Daniel Mitidiero, que entende que existem fatos processuais em sentido estrito, mas que eles devem acontecer dentro do processo, além de serem aptos a produzir efeitos nele. Ibidem. p.33 apud MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil.*, t. 2,São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, p.13.

¹⁷ CABRAL, op. cit. p.47.

¹⁸ Ibidem. p. 47-48.

jurídicas ou estabelecem certas situações processuais¹⁹. De forma simples, os negócios jurídicos são aqueles que versam sobre aspectos do processo ou que nele influenciam. São declarações de vontade, unilaterais, bilaterais ou plurilaterais que o ordenamento jurídico entende como aptas a constituir, modificar e extinguir situações processuais ou, ainda, alterar o procedimento²⁰

No entanto, para realmente entender de onde vêm os negócios jurídicos processuais, é importante compreender a natureza do Processo Civil, como era vista pela doutrina do Brasil do Século passado e os novos caminhos que modernamente ele trilha.

1.3 A natureza do Processo Civil e a inovação do art. 190

Historicamente, o Direito Processual Civil mudou radicalmente de feição. A história do processo Europeu é interessante para que se compreenda a preponderância da sua natureza pública no Brasil no Século passado.

ALMEIDA explica em sua obra que as tradições publicistas do Estado nasceram do modelo austríaco de Franz Klein, um intermédio entre o modelo oriundo das reformas dos soberanos, e o processo liberal, que, reinava pela maioria da Europa no final do século XIX.

O Código advindo dos soberanos partia do pressuposto de que o serviço de resolução de conflitos não era direito dos súditos e sim concessão do soberano. Assim, era extremamente vasta a jurisdição voluntária do juiz. O próprio direito de ação era submetido à prévia aprovação do magistrado, que ainda possuía enorme poder de decidir de ofício.

¹⁹ Como bem define o professor Didier Jr., o negócio processual “é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações processuais.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* : Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed.,v.1, Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 376-377

²⁰ CABRAL, op. cit. p. 48-49: “Negócio jurídico processual é o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica. São, em geral, declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento.”

Já o modelo liberal, diametralmente oposto, entendia que o processo era serviço essencial do cidadão. Dessa forma, o processo era domínio absoluto das partes, sufocando as iniciativas do juiz, que não possuía qualquer poder de impulso – o juiz estava lá tão somente para julgar a lide e todos os outros poderes eram conferidos às partes.

Já para o modelo publicista ou socialista, intermédio entre os dois arranjos supracitados, que acabou vingando na Europa muito por força de Chiovenda na Itália e que, com a subsequente inspiração para o direito latino, também prevaleceu no direito Brasileiro, parte do pressuposto de que o Processo serve para atingir o interesse público e os bens comuns. Assim, o magistrado detém, além dos poderes de julgar, os de dirigir o processo – ele possui os poderes e deveres de impulsionar o processo e buscar pela verdade dos fatos²¹.

Ressalte-se no entanto, que esse modelo se diferencia daquele advindo dos soberanos pois a discricionariedade do juiz moderno é reduzida – ele deve sempre seguir a lei, o que garante aos indivíduos a sua segurança e seus direitos.

Nesse sentido, o processo, publicista ou socialista, perseguia, primordialmente, a função social, em contraposição à autonomia da vontade e à igualdade formal das partes²². Assim, era função exclusivamente do Poder Judiciário “a manutenção de um ambiente fértil para a efetivação da publicidade, da oralidade, da motivação, da oficialidade (*Offizialmaxime*) e da livre valoração da prova”²³. O Estado-juiz, como terceiro imparcial servia, na ideologia social, como defensor dos menos favorecidos ou dos cidadãos hipossuficientes²⁴.

O autor da ação, nesse entendimento, possuía apenas a prerrogativa de provocar a função jurisdicional²⁵, que a partir daí caminharia sozinha a buscar interesses do

²¹ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: Ltr, 2015, p. 64-68.

²²VIDAL, op. cit. p. 43

²³Ibidem. loc. cit.

²⁴Ibidem. p. 44/45

²⁵No mesmo sentido, Godinho afirma: “O processo civil inicia-se por um ato volitivo da parte e também por manifestações da vontade pode se encerrar”. Cf. GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 111.

estado – que não são necessariamente iguais aos das partes²⁶. A ideia por detrás disso seria a de que as partes, ao buscar seus próprios interesses, não necessariamente ajudariam na busca pela verdade. Daí se segue que o papel do Estado era inegavelmente o de condutor.

Assim, o julgador era o protagonista, vez que possuía, exclusivamente, os poderes de controlar a prática dos atos processuais, deferindo a sua realização ou aceitando sua prática, através da homologação²⁷. Da mesma forma, a ideia de que o Processo Civil buscava o interesse público ajudava a apartar o direito material do processual, atribuindo-se ao último a autonomia necessária²⁸.

Essa teoria já estava presente no Código de Processo Civil brasileiro de 39, mas consolidou-se ainda mais no diploma de 73. Dessa forma, compreendida fica a concepção de grande parte da doutrina²⁹ de que não haveria negócios jurídicos processuais no direito brasileiro, vez que a parte não possuía qualquer autonomia³⁰. A vontade da parte não tinha, pelo menos teoricamente, qualquer relevância, porque todos os efeitos estavam descritos na lei e que as partes não poderiam escolher as suas situações ou categorias jurídicas processuais³¹.

No entanto, por mais que esquecidos pela doutrina, os Negócios Jurídicos Processuais já existiam há muito no direito brasileiro. O princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade processual não é novidade do CPC/15³², sendo certo que estava presente de diversas formas no CPC/73 e na legislação esparsa. Exemplos dessa previsão legal era a Cláusula Compromissória Arbitral e a Cláusula de Eleição de Foro.

²⁶ ALMEIDA, op. cit. p.72.

²⁷ Ibidem. p. 73.

²⁸ CUNHA, op. cit. p. 36-37.

²⁹ Cf. CUNHA, op. cit., p. 35-36 apud CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas Às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.69-70. CUNHA, op. cit., p. 34-35 apud MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil.*, t. 2, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, p.13.

³⁰ GODINHO, op. cit. p. 111-112 : “Ainda assim, quando se pretende estudar os acordos processuais, sobretudo aqueles atípicos, parece que a vontade privada se torna uma intrusa no processo e que a subtração parcial do comando judicial sobre todos os atos praticados após a demanda soa como heresia imperdoável. A autonomia da vontade - não é exagerado afirmar - vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica.”

³¹ Ibidem. p. 129.

³² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – Existência, validade e eficácia – Campo variável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Vol. 244, ano 40. p. 393-423., jun. 2015, p. 394.

Autores havia, como Leonardo da Cunha, que considerava possível até mesmo a formação de negócios processuais atípicos, opinião fundada no art. 158 do diploma legal revogado³³. Dizia a lei: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem, imediatamente, a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”. Essa disposição está contida no atual art. 200, do NCPC.

A natureza predominantemente publicista do processo revelou, ao longo do tempo, diversas ineficiências práticas. Percebeu-se, por exemplo, que os inúmeros entraves burocráticos formados acabaram por tornar o processo ainda mais lento do que quando reinava a autonomia da vontade – talvez não seja tão verdadeira a premissa de que as partes, se dotadas dos poderes suficientes, unicamente trabalharão para o atraso da demanda. Doutrinadores referem-se à atividade desenvolvida pelos advogados de vez em quando acusados pela protelação do encerramento das causas³⁴. Na verdade, a crítica não tem fundamento denso na medida em que não raro os profissionais do direito buscam a solução dos litígios com agilidade maior do que os órgãos da jurisdição. Estes últimos, em função do modelo social reinante, em boa verdade, pouco tempo têm para julgar o mérito dos litígios.³⁵

Assim, com as crises do processo no mundo ocidental, voltou a ter força a ideia de que as partes devem ter voz ativa no processo, embora ainda vigore predominantemente sua natureza publicista. No entanto, tenta-se buscar equilíbrio com os interesses privados, através da autonomia da vontade.

A grande novidade do CPC/2015, que demonstra a busca desse equilíbrio através da valorização da autonomia das partes no Processo Civil, está contida no art. 190 – a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais atípicos. Esse artigo tem fundamento teórico no novo princípio da cooperação expressamente estabelecido no diploma processual. O princípio da cooperação demonstra a valorização do consentimento e cooperação entre as partes para se atingir a decisão de mérito, que seja

³³CUNHA, op. cit. p.44-45.

³⁴ ALMEIDA, tratando do estudo de Cipriani, explica: “Para o autor, é falsa a ideia propulsora da reforma de que os advogados querem apenas protelar a solução do litígio. Ao contrário. Quando defendem o litigante que tem pressa em ver dirimida a questão, os patronos têm mais pressa que o juiz. As inúmeras atividades atribuídas ao juiz pelo modelo social deixam-no com pouco tempo para se debruçar sobre o que realmente importa: encontrar uma solução para o conflito” ALMEIDA, op. cit. p.76.

³⁵ Ibidem. loc. cit.

justa e efetiva. O princípio da cooperação revela a vontade do legislador de provocar equilíbrio entre as tradições publicistas e o autorregramento. As discussões sobre o tema são vastas e tiveram início quando o Código ainda era projeto de lei.

Nesse contexto, além de mantidos os negócios processuais típicos do CPC/73 e a previsão do art. 158 (o novo art. 200), outras alterações de monta, em consonância com o princípio da cooperação, foram a inclusão de novos negócios jurídicos processuais, que também ganharam tipicidade (a exemplo da calendarização processual do art. 191 do NCPC) e, mais do que isso, a cláusula geral de acordo processual, consagrada no já mencionado art. 190.

Por mais que o art. 158 do antigo código permitisse, implicitamente, a celebração de negócios jurídicos processuais, o art. 190 do CPC foi muito além e escancarou a possibilidade de as partes estipularem uma infinidade de alterações. Com a observação de que os direitos em disputa devem sempre admitir autocomposição, as partes podem, por exemplo, estipular mudanças no procedimento.

Exame atento desse comando legal revela que também representa a flexibilização da separação do direito processual e material, vez que o acordo de procedimento entre as partes será realizado de modo a adequar o rito às particularidades do caso concreto, em consonância com o princípio da busca pela decisão de mérito justa e efetiva³⁶.

O art. 190, assim, dá o poder às partes de regular ou modificar o procedimento e dispor sobre ônus, deveres, poderes e faculdades processuais, antes ou durante o processo, ajustando-os às particularidades do direito material³⁷.

2. OS LIMITES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Enquanto instituto novo, colocado em evidência a partir da inclusão do art. 190 do Novo Código de Processo Civil, o negócio processual atípico fomenta a discussão e o questionamento acerca de seus alcances e limites, tanto intrínsecos quanto extrínsecos.

É indispensável, para a validade dos negócios jurídicos processuais, sejam celebrados por pessoas capazes, possuam objeto lícito, e tenham forma permitida ou não

³⁶ Ibidem. p. 57.

³⁷ Ibidem. p. 56.

defesa em lei, exatamente como disposto pelo direito civil³⁸. Eis aí os requisitos para a validade dos negócios jurídicos processuais.

Vale notar que entre os limites acima apontados, devem ser estudados separadamente os intrínsecos e os extrínsecos.

Destarte, trate-se brevemente do requisito da forma, que é relativo a todos os negócios jurídicos e não só os processuais. Nesse campo, a regra a ser observada não demanda muitos comentários: quando não exigido por lei, o negócio não precisará de forma específica.

Exatamente pela sua natureza, o negócio processual atípico possui forma livre – pode inclusive ser verbal³⁹, apesar de isso poder acarretar problemas probatórios⁴⁰. No entanto, a manifestação da vontade precisa ser expressa – não basta a concordância tácita ou presumida com o acordo, na medida em que é imprescindível o acordo expresso⁴¹.

Quanto aos limites, é fundamental apontar que os intrínsecos são aqueles determinados pela redação do próprio art. 190 – direitos que admitam autocomposição, (discussão esta que está incluída dentro da subdivisão de objeto) e capacidade plena das partes. Já os extrínsecos, os mais sensíveis, giram em torno do objeto das convenções, ou, em outras palavras, quais as normas podem de fato ser flexibilizadas pela vontade das partes.

2.1 Limites Intrínsecos

A partir da redação do art. 190, antes transcrito, é fácil perceber algumas limitações para a celebração de negócios jurídicos: o direito deve admitir

³⁸ Didier, ao tratar dos limites aos negócios jurídicos processuais, enumera seus requisitos de validade. “a) ser celebrados por pessoas capazes; b) possuir objeto lícito; c) observar forma prevista ou não proibida por lei (arts. 104, 166 e 167, Código Civil). O desrespeito a qualquer desses requisitos implica nulidade do negócio processual, reconhecível *ex officio* nos termos do parágrafo único do art. 190. DIDIER JR., op. cit. p.384

³⁹ No sentido oposto, ver Enunciado 39 do Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados.

⁴⁰ ALMEIDA, op. cit. p. 132.

⁴¹ *Ibidem*. p. 131.

autocomposição, as partes não de ser capazes, assim como é indispensável a igualdade de condições entre elas. Adiante, analisaremos cada uma.

2.1.1. direitos que admitam autocomposição

Em que pesem as opiniões no sentido de que se o direito material for indisponível, nenhum acordo pode ser celebrado⁴², sustentamos que a melhor solução é por aplicar-se o entendimento dado ao art. 190, no sentido de que o importante é a aferição da possibilidade de autocomposição das partes acerca do direito material.

Primeiro, não se deve confundir a autocomposição com a disponibilidade do direito. Afinal, existem direitos indisponíveis que abarcam a possibilidade de autocomposição – como, por exemplo, o caso de ação de alimentos em que as partes chegam a acordo em relação ao valor da pensão⁴³. Em outras palavras, existe a possibilidade de direitos indisponíveis serem transacionáveis. Nas palavras de NOGUEIRA:

Além disso, mesmo direitos teoricamente indisponíveis, posto que irrenunciáveis (por exemplo, direito subjetivo a alimentos), comportam transação quanto ao valor, vencimento e a forma de satisfação. Direitos difusos, como o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, conquanto sejam indisponíveis, não repelem, quando postos em litígio, a celebração de negócios processuais, ou até mesmo de convenções sobre o processo anteriormente à litispendência, como sucederia nos compromissos de ajustamento de conduta (Lei nº 7.45/85, art. 5º, § 6º) que contemplassem disposições relacionadas ao procedimento ou ao ônus, direitos, faculdades e deveres dos envolvidos, pois se não é possível a disposição do próprio direito em si, permite-se a transação, no mínimo, sobre o modo da respectiva satisfação.⁴⁴

A questão é que apesar de o direito material não ser objeto do negócio jurídico processual, certo é que a modificação das situações jurídicas procedimentais ou da estrutura do procedimento pode interferir na solução de mérito – como por exemplo

⁴² Loïc Cadiet, por exemplo, acredita que se as partes não possuírem livre disposição do direito material, os acordos processuais não estarão disponíveis. REZENDE, Diogo. op. cit. p. 185 apud CADIET, Loïc. *Les accords sur la jurisdiction dans le procès. In: ANCEL, Pascal; RIVIER, Marie-Claire. Le conventionnel et le juridictionnel das le règlement des différends*. Paris: Economica, 2001, p.46.

⁴³ ATAÍDE JÚNIOR, op. cit. p. 413.

⁴⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 233.

uma convenção sobre as provas⁴⁵. Dessa forma, para DIDIER, a negociação atípica somente pode ocorrer nas demandas passíveis de encerramento por autocomposição⁴⁶.

Já para ALMEIDA, posição com a qual concordamos, a indisponibilidade do direito material pode fazer com que o acordo processual se torne inválido caso o direito indisponível seja afetado indiretamente. De fato, ALMEIDA sustenta que a indisponibilidade do direito material, conquanto não produza automática proibição dos negócios processuais dentro do processo em que é discutido, pode ser anulado diante da possibilidade de alteração do direito material que se tem por indisponível⁴⁷.

2.1.2. capacidade das partes

A capacidade das partes para a celebração do negócio processual é requisito essencial, como proclama o próprio art. 190 do NCPC⁴⁸. Sem ela, não estarão preenchidos os pressupostos de validade do negócio, pois ocorre vício da manifestação de vontade.

Mas, a que tipo de capacidade processual se refere a lei? A resposta fica na dependência de quando o acordo for firmado. Se o acordo for realizado em momento anterior ao processo, a capacidade será regida pelo direito material, ou seja, estará se tratando da capacidade civil. No entanto, se o acordo for realizado durante o processo, a capacidade será de gozo ou de exercício, que se assemelha à capacidade processual ou de estar em juízo⁴⁹ - a capacidade de realizar os atos do processo. No entanto, não basta que a parte possua a capacidade processual, ela precisa ter a capacidade processual negocial. A parte precisa ser capaz de realizar o acordo, o que poderia não acontecer, por exemplo, no caso de uma pessoa com capacidade processual porém em situação de vulnerabilidade⁵⁰.

⁴⁵ DIDIER JR., op. cit. p. 387. No mesmo sentido, ALMEIDA, Diogo, op. cit. p. 187

⁴⁶ DIDIER JR., loc. cit. Nesse sentido, ver Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

⁴⁷ ALMEIDA, op. cit. p. 187: “A indisponibilidade do direito material, embora não acarrete na automática vedação às convenções processuais na relação jurídica em que o conflito é discutido, é capaz de motivar a invalidação ou a ineficácia de disposição de direito processual quando esta se revelar modo de disposição indireta do direito material indisponível”

⁴⁸ Nesse sentido, ver Enunciado 38 do Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados.

⁴⁹ ALMEIDA, op. cit. p. 130

⁵⁰ DIDIER JR., op. cit. p. 384.

2.1.3. isonomia das partes

Observa-se na redação do artigo a força da declaração livre da vontade e do princípio constitucional da paridade de armas e isonomia das partes. O juiz, exercendo a prerrogativa social do processo, deve sempre zelar pela igualdade das partes, consoante a regra contida nos arts. 7º e 139, I, CPC⁵¹. Dessa forma, ele poderá de ofício ou por manifestação das partes recusar a aplicação do negócio processual, se observar vulnerabilidade dos demandantes ou o abuso de qualquer deles em contrato de adesão. Mas o que é vulnerabilidade? Como e quando ela pode se manifestar?

Para VIDAL, “a vulnerabilidade demonstra uma fragilidade humana em circunstâncias especiais, ou seja, um estado provisório ou permanente que enfraquece os sujeitos onde há configuração de desequilíbrio relacional”⁵².

Para LIMA a vulnerabilidade pode se apresentar de diversas formas: elas podem ser econômicas, jurídicas⁵³, psicossociais entre outras⁵⁴. Já para VIDAL, a manifesta situação de vulnerabilidade descrita no art. 190 deve ser compreendida, não como é no direito material - como por exemplo os consumidores, trabalhadores ou outras categorias normalmente caracterizadas como hipossuficientes pela lei⁵⁵, mas no sentido técnico jurídico, quando o celebrante não sabe o suficiente para compreender qual o conteúdo e as consequências daquele acordo processual, ou se, após o acordo, a parte se vir impossibilitada de realizar atos processuais da mesma forma que podia quando assinou o acordo, de forma que prejudique seu direito de ação ou de defesa⁵⁶. Assim, é o entendimento consonante de que a falta de assistência técnico-jurídica, mesmo quando não obrigatória por lei (como por exemplo acordos processuais anteriores ao processo ou dentro dos Juizados Especiais Cíveis), seria indício de vulnerabilidade, vez que o

⁵¹ VIDAL, op.cit. p. 232.

⁵² Ibidem. loc. cit.

⁵³ Nesse sentido, ver o Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

⁵⁴ LIMA, Hercília Maria Fonseca. Cláusula Geral de Negociação Processual: um novo paradigma democrático no processo cooperativo. São Cristóvão, 2016. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4374/1/HERCILIA_MARIA_FONSECA_LIMA.pdf>. Acesso em: 25 de outubro. 2017, p. 91.

⁵⁵ NOGUEIRA, op. cit. p. 235

⁵⁶ VIDAL, op. cit. p. 233-234. No mesmo sentido, NOGUEIRA, op. cit. p. 235-236: “Apesar da ambiguidade do termo ‘vulnerabilidade’, a acepção ‘técnica’ ou ‘jurídica’ da vulnerabilidade parece ser a mais adequada para desqualificar a validade do negócio jurídico sobre o processo. A vulnerabilidade econômica não pode, por si só, significar a impossibilidade de celebração de negócios processuais ou de convenções sobre o processo. Até mesmo o necessitado, merecedor dos benefícios de gratuidade de justiça, se devidamente acompanhado por defensor público, pode validamente figurar como sujeito de negócio processual.”

processo civil envolve questões técnicas que podem, sem o entender das partes, significar indireta renúncia de direito material ou dificuldade no exercício de direitos⁵⁷.

No entanto, é de se lembrar que não existe vulnerabilidade sem prejuízo, ou seja, ela há de ser realmente verificada no caso concreto e que ela de fato tenha causado situação de desigualdade no processo⁵⁸.

Existe divergência, também, no que toca ao momento de verificação da vulnerabilidade. Para VIDAL, existem dois momentos: o primeiro é quando da internalização da convenção ao processo, que é quando o juiz analisará os requisitos de validade⁵⁹, conforme melhor se explicará linhas abaixo. O segundo momento, seria, para a autora, o caso de revisão da convenção caso apareça condição superveniente, extraordinária e imprevisível que coloque uma parte em desequilíbrio diante da outra, de acordo com o ordenamento civil que trata da onerosidade excessiva de um contrato. Dessa forma, a vulnerabilidade poderia se expressar tanto após a assinatura do negócio processual quanto depois da verificação da validade pelo juiz⁶⁰.

Já para NOGUEIRA, a vulnerabilidade há de ser verificada somente no momento da celebração do negócio. Para o autor, a vulnerabilidade não pode, portanto, ser resultante do negócio, no sentido de que se a convenção for desfavorável a alguma das partes, que não era vulnerável no momento de sua celebração, ela não pode, só por esse motivo, ser declarada inválida⁶¹.

Em nosso entender, certa é a segunda posição, visto que, em se tratando de negócios que versam sobre o processo ou sobre o procedimento, difícil admitir situações posteriores extraordinárias e imprevisíveis capazes de causar onerosidade excessiva, ainda mais se considerando que a vulnerabilidade se demonstrará quando não se puder entender sobre o que se está convencionando ou quais as consequências do negócio. Ou seja, se a parte não era vulnerável no momento da celebração da convenção processual, e, portanto, sabia do que se tratava e o que poderia causar, não há que se falar em

⁵⁷ VIDAL, op. cit. p. 235

⁵⁸ LIMA, loc. cit. Acesso em: 25 de outubro. 2017. No mesmo sentido, VIDAL, loc. cit.

⁵⁹ VIDAL, loc. cit.

⁶⁰ Ibidem, p. 236-237.

⁶¹ NOGUEIRA, op. cit. p. 236

situações supervenientes que causem desequilíbrio capaz de resultar em vulnerabilidade da parte.

2.2 Limites Extrínsecos

O art. 190 serve de instrumento de concretização do princípio do NCPC acerca da cooperação entre as partes, nos termos do disposto em seu art. 6º:

Art. 6º. Todos os sujeitos do Processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva⁶².

Assim, há de se levar em conta o que a inclusão do princípio da cooperação trouxe para o Processo Civil: a reunião da tradição publicista e dos princípios liberais para que haja equilíbrio de poderes entre os sujeitos processuais⁶³.

Não se pode pensar, portanto, que os limites dos Negócios Jurídicos Processuais não previstos expressamente no NCPC são somente aqueles referentes à possibilidade de autocomposição do direito material e da perfeita manifestação da vontade das partes no acordo. Existem limites a serem observados no que toca ao objeto do acordo. Não se pode dar à autonomia da vontade demasiado poder a ponto de que se olvide inteiramente a natureza pública do processo.

Afinal, até mesmo na arbitragem, onde impera exclusivamente o princípio do autorregramento das partes, existem limitações definidas por lei – não se podem desprezar o contraditório, a igualdade e a imparcialidade das partes em seu livre convencimento (art. 21, § 2º, L. 9.307/96).

Os limites dos Negócios Jurídicos Processuais não estão escritos na lei – que estatui apenas que o juiz recusará a aplicação da convenção se ela for nula -, devem ser vistos como forma de ressaltar a natureza pública do processo e impedir que se realizem acordos processuais inválidos ou ineficazes⁶⁴.

Dessa forma, o que se faz necessário é fixar um critério para saber quais são as fronteiras dos negócios processuais. Até onde podem ir as partes? Bem é de ver que

⁶² BRASIL. Lei n. 13105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial, Brasília, DF, 16 de março 2015.

⁶³ LIMA, op. cit. Acesso em: 25 de outubro. 2016, p.57.

⁶⁴ ATAÍDE JÚNIOR, op. cit. p. 398.

ainda não existe uniformidade na doutrina quanto aos limites aqui em debate. O aumento ou a redução desses limites darão mais ou menos poderes à autonomia da vontade. A escolha dos parâmetros dos limites das convenções nada mais é do que a tradução do debate entre publicistas e privatistas. Esse o verdadeiro dilema doutrinário, assunto que a seguir será aprofundado.

2.2.1 Viés publicista dos limites

Antes mesmo do advento do Novo Código de Processo Civil, quando muitos autores sequer acreditavam na existência de atos de disposição das partes no processo, GRECO tratou do assunto, doutrinando acerca dos limites a que estavam submetidas as partes. Para o autor, eles estariam diretamente vinculados a três fatores: a disponibilidade do direito material; a paridade de armas (temas que já foram tratados em tópicos anteriores); e a “preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.”⁶⁵

Esses princípios são para o autor a denominada ordem pública processual⁶⁶. Vale ver o que esse autor dizia sobre os princípios indisponíveis, que as partes teriam de obedecer de forma integral:

a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação [e a celeridade do processo]⁶⁷.

⁶⁵GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual. Dez. 2007. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23657/16714>> Acesso em: 30 de out. 2017, p. 10. Nesse sentido, ver Enunciado 37 do Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados.

⁶⁶Pedro Nogueira entende esse conceito como *formalismo processual*. Cf. NOGUEIRA, op. cit. p. 161.

⁶⁷Greco, 2007, op. cit. Acesso em: 30 de out. 2017, p. 11.

Para LIMA, o limite em relação ao objeto deve ser as normas cogentes, pois a matéria atinge a esfera do interesse público, além do espaço privado. Assim, a autora entende que seriam inegociáveis as matérias referentes a “segredo de justiça; competência absoluta; supressão de instância; supressão do Ministério Público como fiscal da lei etc.”⁶⁸.

Além disso, a professora sustenta que seriam inválidos os acordos processuais que violem a boa-fé processual, a cooperação, a probidade e a lealdade⁶⁹:

Também não vislumbramos a possibilidade de modulação dos efeitos do acordo, isso porque os efeitos dos negócios jurídicos não decorrem da vontade das partes, mas do sistema jurídico. Portanto, todas as vezes que acordo produzir um efeito que não seja permitido pelo ordenamento, sua invalidade deve ser reconhecida. Por esse raciocínio, não é lícito um acordo que viole as regras de boa-fé processual e os deveres de cooperação, probidade e lealdade.⁷⁰

LIMA acredita que a possibilidade de as partes negociarem esbarra na hipótese de ser a norma cogente ou de possuir natureza dispositiva ou permissiva. Se a margem de disposição for maior, mais ampla é a liberdade. No entanto, se a norma versar sobre o desenvolvimento do processo, essa margem se reduz significativamente, devido à necessidade de que se atenda à justiça social⁷¹.

MARINONI, ARENHART e MITIDIERO pensam de outra forma. Primeiro, dizem que apesar da autorização do art. 190 para acordos processuais sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, como submetidos à cláusula do processo justo, os poderes do juiz não podem ser desprezados, “notadamente aqueles vocacionados à verificação da veracidade das alegações de fato, sob pena de indevida restrição da possibilidade de obtenção de uma decisão justa para a causa”⁷².

Já a respeito dos poderes e das faculdades das partes, os autores apontam que é preciso observar as renúncias aos direitos fundamentais:

⁶⁸ LIMA, op. cit. acesso em 4 de nov. de 2017, p. 90

⁶⁹ Nesse sentido, ver Enunciado 6 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

⁷⁰ LIMA, loc. cit. acesso em 4 de nov. 2017.

⁷¹ Ibidem. loc. cit. acesso em 4 de nov. 2017

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 320-321.

Acordos que importem violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais são nulos. Acordos irrevogáveis são nulos. Acordos que envolvem a integralidade do direito são nulos. E fundamentalmente: acordos que importem renúncias sem benefício correlato proporcional são nulos.⁷³

Para ATAÍDE JR, as normas de ordem pública devem ser consideradas limites para os negócios jurídicos processuais, da mesma forma que as normas cogentes devem ser limites gerais de validade de todos os negócios jurídicos, pois no Brasil há um princípio implícito da respeitabilidade das normas cogentes⁷⁴. Assim, para o autor, exemplos de norma de ordem pública que não poderiam ser afastadas pelas partes seriam tais como as que tratam:

da coisa julgada; da competência absoluta; da fundamentação; da imparcialidade; da capacidade processual; do vício de vontade, dentre outras. As normas que concretizam o núcleo duro do devido processo legal também se constituem em questões de ordem pública, conquanto, seja inegável que possa surgir dificuldades quanto às condições fáticas e jurídicas de aplicabilidade dessas normas⁷⁵.

WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO e MELO, também entendem que o limite dos negócios jurídicos processuais, pela própria natureza pública do processo, são as normas cogentes, que, são os deveres processuais. Assim, ensinam que, por mais que o art. 190 tenha dito que os negócios jurídicos processuais possam ter por objeto os ônus, faculdades, deveres e poderes processuais, as partes só poderiam dispor sobre os três primeiros, que fazem parte das suas esferas jurídicas. Já quanto aos deveres, para os autores, é onde há preponderância do caráter público. Assim, eles só poderiam criar novos deveres, mas nunca extinguir ou reduzir aqueles descritos nas normas, como indicam os arts. 77 e 78 do NCPC por condutas que devem ser observadas pelas partes e não poderiam ser afastadas, em nome da higidez da relação processual⁷⁶.

Portanto, inválidos seriam os acordos que dispusessem sobre a necessidade da exposição dos fatos conforme a verdade; a obrigatoriedade de se ter fundamento na hora de formular pretensão ou apresentar defesa: a proibição de serem produzidas provas e praticados atos inúteis à declaração ou à defesa do direito; a necessidade de cumprimento das decisões jurisdicionais; a necessidade de se declinar o endereço das

⁷³ Ibidem. p. 321.

⁷⁴ ATAÍDE JR, op. cit. p. 417-418.

⁷⁵ Ibidem. p. 418.

⁷⁶ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.) et al. *Primeiros comentários ao novo código do processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 339.

intimações; a proibição da prática de inovação legal no estado de fato do bem ou direito litigioso (art. 77); e sobre a proibição do emprego de expressões ofensivas nos textos apresentados (art. 78).

Os autores ainda entendem que inválidos são os negócios processuais sobre a falta de fundamentação da decisão judicial, pois admiti-los seria “comparável à admissão do objeto ilícito”⁷⁷.

Assim, percebe-se que esses autores dão grande espaço ao interesse público e à sua proteção. Ao entender que a autonomia da vontade deve se limitar ao aspecto público do processo e à relevância à carga impositiva das normas, reduzem o escopo de negociação das partes.

2.2.2 Viés Privatista dos Limites

Passemos agora à análise de alguns professores que acatam mais, de uma forma ou de outra, a autonomia da vontade na aferição da limitação aos acordos processuais.

ALMEIDA também acredita serem as normas de ordem pública o obstáculo à autonomia da vontade, tanto no campo dos negócios jurídicos processuais como em todo o direito. No entanto, o autor confessa que esse conceito é vago e com diversas definições espalhadas pela doutrina⁷⁸. Após elencar a opinião de variados autores⁷⁹, ALMEIDA se posiciona para afirmar que ordem pública processual é a expressão que se usa “para identificar, dentro da relação jurídica processual, interesses públicos inafastáveis, seja pela vontade do juiz, seja pela vontade das partes”⁸⁰.

Confira-se pela lição do autor quais são esses interesses públicos inafastáveis:

(i) a igualdade e a capacidade das partes; (ii) o contraditório e a ampla defesa; (iii) o devido processo legal; (iv) o princípio do juiz natural, a independência e a imparcialidade do julgador; (v) a fundamentação das decisões judiciais; (vi) a busca da verdade; (vii) a celeridade; (ix) a coisa julgada material.⁸¹

No entanto, o autor deixa claro que há de ser observado certo limite ao absolutismo desses princípios, cuja aplicação estaria subordinada ao prejuízo efetivo

⁷⁷ WAMBIER, loc. cit.

⁷⁸ ALMEIDA, op. cit. 149.

⁷⁹ Ibidem. p. 149-153.

⁸⁰ Ibidem. p. 153.

⁸¹ Ibidem, loc. cit.

sofrido pela parte diante da falha observada⁸². Nesse ponto, é nosso sentir que o autor amplia o poder da autonomia da vontade, pois condiciona a invalidação do acordo ao efetivo prejuízo, e não somente à proteção hipotética dos interesses públicos.

Para processualistas como DIDIER JR, os acordos processuais em muito se assemelham às transações sobre direito material. Assim, o autor entende como limite ao negócio jurídico processual as mesmas ilicitudes de objeto de negócio jurídico privado⁸³. Para ele, o que se analisará é a licitude do objeto. Não se poderá fazer um acordo que trate de um comportamento ilícito, como tortura no depoimento pessoal – pois é um crime - ou negócios em que as partes permitam o seu julgamento com base em provas de fé. O Estado-juiz estaria vinculado, nesta hipótese, a decidir com base em premissa religiosa, em contraste evidente com a laicidade do Estado. DIDIER JR. também acredita ser nulo o negócio processual simulado, por conta do art. 167 do Código Civil ou em fraude à lei, com base no art. 166, VI, do Código Civil⁸⁴.

O acatado Mestre ensina ainda que a reserva legal é limite que não pode ser ultrapassado pelos acordos processuais:

Os recursos, por exemplo, observam a regra da taxatividade: somente há os recursos previstos em lei, em rol taxativo (art. 994, CPC). Assim, não se pode criar recurso por negócio processual (um recurso ordinário para o STF diretamente contra decisão de primeira instância, por exemplo) nem se pode alterar regra de cabimento de recurso (agravo de instrumento em hipótese não prevista em lei, por exemplo). Em ambos os casos, no final das contas, se estaria negociando sobre competência funcional, que é absoluta; o art. 63 do CPC somente permite acordo de competência relativa.⁸⁵

O autor completa sua análise referente às limitações com uma afirmativa interessante: acredita que nos negócios processuais atípicos, é possível que se estabeleçam outros deveres e sanções que não os da reserva legal em caso de terem sido descumpridos⁸⁶. No entanto, é interessante ressaltar também o que o autor entende que pressupostos processuais não seriam vedados:

⁸² Ibidem. p. 153-154.

⁸³ DIDIER JR. op. cit. 387.

⁸⁴ Ibidem. p. 387-388.

⁸⁵ Ibidem. p. 388.

⁸⁶ Ibidem. p. 389. Nesse sentido, ver o enunciado 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

É possível acordo sobre pressupostos processuais. Não há incompatibilidade teórica entre negócio processual e pressuposto processual. Tudo dependerá do exame do direito positivo. Há, por exemplo, expressa permissão de acordo sobre competência relativa e acordo sobre foro de eleição internacional (art. 25, CPC). O consentimento do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária pelo outro cônjuge é negócio processual sobre um pressuposto processual: a capacidade processual. Há possibilidade de legitimação extraordinária convencional, como visto no capítulo sobre pressupostos processuais. Nada impede, também, que as partes acordem no sentido de ignorar a coisa julgada (pressuposto processual negativo) anterior e pedir nova decisão sobre o tema: se as partes são capazes e a questão admite autocomposição, não há razão para impedir - note que a parte vencedora poderia renunciar ao direito reconhecido por sentença transitada em julgado.⁸⁷

Para CABRAL, o limite não pode ser o “interesse público”. Primeiro, porque não vê que a correlação direta entre interesse público e indisponibilidade - sendo claro que, ao longo do tempo, se abrandou a noção absoluta de que o interesse público é indisponível, já que, por exemplo, a Fazenda Pública pode celebrar acordos processuais. Além disso, o autor entende que o critério não é um parâmetro seguro para apontar os limites dos negócios jurídicos processuais, até porque é uma cláusula extremamente vaga⁸⁸.

Na mesma esteira, o autor sustenta que os critérios de ordem pública, bons costumes⁸⁹ e espécies de norma (cogente, supletiva, constitucional ou infraconstitucional) também não são critérios suficientes a apontar um parâmetro seguro para a licitude dos acordos processuais⁹⁰.

Interessante a ponderação que faz o autor sobre as normas cogentes. Ele explica que a qualificação das normas seria entre cogentes (imperativas) ou dispositivas. Assim, as regras sobre os pressupostos de admissibilidade, como a legitimidade, o interesse e os pressupostos processuais seriam cogentes. Além disso, outra divisão a ser feita seria entre normas constitucionais, ou alguns dos princípios mais importantes, como positivados na Constituição, e infraconstitucionais. A ideia é que princípios como o do

⁸⁷Ibidem. p. 382.

⁸⁸ CABRAL, op. cit. p. 300-302

⁸⁹ Ibidem. p. 302: “Pois entendemos absolutamente imprestável o critério dos ‘bons costumes’ para aferir a licitude dos objetos dos acordos processuais. Trata-se de cláusula vaga que remete a padrões de moralidade que dificilmente têm guarida no quadro constitucional das sociedades plurais contemporâneas, nas quais se agasalham as diferenças, com respeito e tolerância, inclusive nos costumes da vida privada.”

⁹⁰ Ibidem. p. 315

juiz natural, do devido processo legal, da celeridade e da busca pela verdade, por seus caracteres constitucionais, seriam normas impositivas e, assim, não caberiam acordos processuais quanto a elas⁹¹.

O autor leciona que esses critérios estão baseados em uma visão excessivamente publicista do processo, relacionada à época de afirmação da separação do processo e das partes⁹². Assim, ensina o autor que nem todos esses princípios são indisponíveis para acordo das partes, nos seus termos:

Pensemos nas convenções sobre a competência e a jurisdição, sobre a suspensão do processo e os prazos, os acordos probatórios etc. Todos são expressamente previstos em lei e demonstram que mesmo os mais caros princípios processuais constitucionais admitem alguma margem para flexibilidade e negociação. Observe-se que, mesmo no campo dos pressupostos de admissibilidade, é possível firmar convenções processuais (vejam-se os acordos sobre legitimidade e sobre a competências).

Além disso, o *status* da norma em termos hierárquicos (se são constitucionais ou infraconstitucionais) também não oferece balizamento seguro porque as partes podem dispor, em alguma medida, de direitos fundamentais. Por conseguinte, conquanto incidam princípios processuais disciplinados na Constituição, ainda assim há várias possibilidades de celebração de acordos. Exemplo são o devido processo legal (e os pactos para simplificação das formalidades procedimentais), o juiz natural (e os acordos sobre a competência), a duração razoável do processo (*vis-à-vis* as convenções para suspensão do processo, dilação de prazos), o acesso à justiça (e a convenção de arbitragem), a ampla defesa e o contraditório (em confronto com os *pacti de non petendo e non exequendo*, cláusulas *solve et repete*), dentre outros.⁹³

Já quanto à Ordem Pública, o autor interpreta o conceito como demasiado amplo, e que não há consenso quanto ao seu significado ou o de “Ordem Pública Processual”⁹⁴, o que impede de se identificar um conteúdo minimamente preciso para a expressão. Assim, a incerteza impossibilita que o critério se torne viável para servir de limite para os negócios jurídicos processuais.

⁹¹ Ibidem. p. 304.

⁹² Ibidem. p. 305.

⁹³ Ibidem. p. 305-306

⁹⁴ O autor explica as diferentes vertentes por ele observadas: parte da doutrina entende que o conceito se baseia no princípio da legalidade, “forte na impossibilidade de atuação da vontade nos espaços impenetráveis das normas impostas pelo Estado”. Já para outro grupo, a distinção se faz no âmbito da qualificação da norma, se imperativas ou supletivas - as normas imperativas são todas de ordem pública. Outro grupo, ainda, entende que as normas de ordem pública processual estariam ligadas à preservação das garantias fundamentais do processo. Ibidem. p. 307-309.

Além disso, para o autor a expressão “ordem pública” pode dar a ideia de que os interesses estatais são superiores aos privados, o que seria um rematado absurdo em se considerando as conquistas individuais no campo dos direitos fundamentais do século XX. Seria demasiada contraposição de interesses públicos *versus* privados quando se busca hoje a cooperação entre os dois mundos⁹⁵.

Nesse ponto, então, o autor tenta estabelecer critérios que podem servir de parâmetros aos negócios jurídicos processuais.

O primeiro é o da reserva legal, no sentido de que as partes não podem convencionar caso o ordenamento estabeleça reserva de lei para a norma processual. Seria o caso, então, de ser declarado inválido acordo que, por exemplo, crie recursos não previstos em lei ou que altere o cabimento de algum recurso já existente⁹⁶. No entanto, para o autor são possíveis acordos em que as partes estabeleçam novo título executivo⁹⁷.

O autor também impõe às partes o dever de agirem de acordo com a boa-fé e a cooperação. Assim, essencial é que as partes prestem as informações adequadamente, com clareza e precisão. Assim, o juiz tem o poder de analisar o equilíbrio da autonomia da vontade e dos interesses públicos sob a ótica da observância desses dois princípios⁹⁸.

Além disso, para CABRAL não são possíveis acordos que gerem ao judiciário impactos econômicos do acordo. “Assim, as disposições negociais sobre o processo são válidas se as partes internalizam apenas prejuízos que elas mesmas teriam de suportar”⁹⁹.

No entanto, a lição de mais relevo que faz o professor, em nosso entender, é a da aplicação dos direitos fundamentais como limites aos negócios jurídicos processuais, mas, com regras específicas de aplicação para que se chegue ao equilíbrio com a autonomia privada¹⁰⁰. Assim, a ideia é que, na hora da verificação da validade do acordo, três etapas hão de ser preenchidas: primeiro, se verificam quais direitos

⁹⁵ Ibidem. p. 314-315.

⁹⁶ Ibidem. p. 316.

⁹⁷ Ibidem. loc. cit.

⁹⁸ Ibidem, p. 318.

⁹⁹ Ibidem. p. 328-329

¹⁰⁰ Ibidem. p. 331.

fundamentais estão em jogo¹⁰¹. Depois, analisa-se se existe algum negócio processual típico do qual se possa extrair parâmetro de controle, vale dizer, se o negócio atípico é similar o suficiente a um negócio típico para que se aplique a ambos a mesma restrição que a lei confere ao negócio típico¹⁰². Se não for o caso, a terceira etapa é a de analisar se a convenção afeta o direito fundamental a ele relacionada no seu núcleo essencial. O que se verificará, portanto, em que intensidade os direitos fundamentais perdem a sua efetividade por causa do negócio jurídico processual - o acordo só será inválido se atingir o núcleo essencial do direito fundamental¹⁰³. Assim, explica CABRAL que, por exemplo, será inválido um acordo que acabe por gerar prova diabólica, que obrigue uma parte hipossuficiente a viajar longas distâncias em cláusula de eleição de foro e que implique na renúncia a certos procedimentos sem os quais fica impossível a tutela do direito material¹⁰⁴.

O que se observa, portanto, é que esses autores dão menor importância ao aspecto público no processo. As restrições não podem, para eles, ser capazes de proteger tão somente o interesse público, vez que isso não demonstraria o equilíbrio entre o Estado e as partes e sim soberania do Estado. Dessa forma, eles reduzem os limites aos negócios jurídicos processuais, aumentando o escopo em que as partes podem negociar. Nosso entender se assemelha a esse aspecto, no sentido de que deve ser ponderado o efetivo prejuízo aos limites - que entendemos como os direitos fundamentais do processo -, no campo fático, para que se possa invalidar o acordo processual, conforme melhor se explicará a seguir.

2.2.3 A Defesa dos Direitos Fundamentais do Processo como Limitação dos Negócios Jurídicos Processuais

Já é hora de expressarmos aqui nossa opinião acerca de ponto vital para os negócios jurídicos processuais. Afinal de contas deve prevalecer o publicismo, com notáveis limitações à atividade das partes e do próprio juiz, ou é de se dar ênfase ao

¹⁰¹ Ibidem. p. 332.: “Por exemplo, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CR/88) é a principal garantia atingida pelas convenções de arbitragem, *pacto de non petendo* e *pacto de non exequendo*; nas convenções que simplificam as formalidades procedimentais, a garantia fundamental correlata é o princípio do devido processo legal, que assegura uma preordenação formal dos atos do processo (art. 5º, LIV da CR/88)”.

¹⁰² Ibidem. p. 333.

¹⁰³ Ibidem. p. 335-337.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 338.

autorregramento da vontade, de forma tal que a possibilidade da livre convenção está à disposição dos litigantes?

Há de se ponderar que o publicismo absoluto sempre esbarrará na letra da lei. Isso porque o art. 190 do NCPC inegavelmente atribui poder à autonomia privada, possibilitando disposições contratuais capazes de modificar procedimentos, ônus, deveres e poderes das partes. Se a postura adotada for extremamente publicista, o art. 190 e as demais regras autorizadas do negócio jurídico processual seriam inconstitucionais, na medida em que, a prevalecer essa interpretação, o legislador infraconstitucional jamais poderia permitir que as partes alterassem as disposições legais.

Portanto, a leitura moderna dos códigos, influenciada pelo neoconstitucionalismo, é no sentido de possibilitar que as partes se componham na busca da solução adequada aos litigantes. Não é justo, nem razoável, que os comandos legais se transformem num fim em si mesmos, a ponto tal de criar obstáculos à solução de matéria controvertida apenas em homenagem a um publicismo hipoteticamente inserido na Lei Maior do País.

Por outro lado, é de se observar que a liberdade dada às partes para negociar não é absoluta, porquanto, se assim se considerasse, poder-se-ia chegar ao absurdo de a convenção processual estabelecer, por exemplo, a supressão do direito de defesa ou um obstáculo tão importante que esse exercício seria impossível. Daí porque, ao negociar, as partes não podem abrir mão do devido processo legal, do contraditório, do direito de defesa e de aspectos que dizem respeito ao interesse de todos, como a competência absoluta. No entanto, o prejuízo há de ser averiguado caso a caso e não hipotética ou potencialmente. Respeitado esse limite e visto ainda que os direitos negociados devem ser aqueles passíveis de autocomposição, os negócios processuais, mesmo que atípicos, podem ser realizados.

Assim, entendemos que o critério a ser adotado deve ser a observância das garantias fundamentais do processo, como descritas no art. 5º da Constituição Federal.

Vejamos que, não só nas convenções processuais quanto em todos os contratos, a questão em discussão é a de saber se os direitos fundamentais do art. 5º da Constituição foram formulados para defender os indivíduos da ação do Estado ou se

servem também para a proteção das próprias partes privadas no seu relacionamento interno.

Com isso se discute se os direitos fundamentais devem ser sempre aplicados nos contratos privados ou se, ao contrário, serviriam apenas como parâmetro da ação do Estado diante da parte. Se a discussão gira em torno da aplicação dos direitos fundamentais nos contratos, por óbvio inclui a espécie das convenções processuais.

Portanto, nesse campo novo do equilíbrio entre as tradições publicistas do processo e as relações privadas, regidas pela autonomia da vontade, imperiosa a consideração sobre se os direitos fundamentais podem ou não ser afastados do negócios jurídicos entre sujeitos privados.

Vale aqui referir a existência de duas teorias sobre a aplicação dos direitos fundamentais nos atos e negócios jurídicos entre as partes privadas: a Direta ou Imediata e a Indireta ou Mediata¹⁰⁵.

A teoria Imediata é a que indica que a violação dos direitos fundamentais não é somente aquela praticada pelo Estado e está vinculada a poderes sociais e de terceiros em geral. Entende-se que o Estado, social que é, impõe aos seus cidadãos a extensão das relações entre os particulares e os direitos fundamentais estabelecidos ou permitidos pela Constituição¹⁰⁶. Dessa forma, os atos e negócios jurídicos não poderiam afastar a incidência do núcleo de direitos fundamentais da Constituição na medida em que esses comandos não são somente regras de hermenêutica e sim normas de comportamento de observância obrigatória.¹⁰⁷

¹⁰⁵ GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos Contratos: A Incidência do Princípio da Dignidade da pessoa Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-105.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 101.

¹⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12: “A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra da hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”.

Essa teoria foi aceita no direito português que inclusive estabelece no artigo 18.1 de sua Constituição que “os preceitos constitucionais respeitantes a direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”¹⁰⁸.

No entanto, a própria doutrina portuguesa firmou roteiro para que isso se efetive, em prol primeiramente da autonomia privada e dos princípios de ordem civil¹⁰⁹. Assim, é necessário que o julgador aplique primeiro as normas de direito privado em conformidade com os direitos fundamentais – interpretação conforme a constituição.

Depois, caso verificada a ausência de norma infraconstitucional, deve o judiciário preencher o vazio decorrente do não atendimento dos direitos fundamentais, e aplicá-los diretamente, para suprir a falha legislativa.

No entanto, entende CANOTILHO que tal aplicação não é absoluta, pois existe um núcleo irredutível da autonomia pessoal que não pode ser sacrificado em razão dos direitos fundamentais¹¹⁰.

Por outro lado, a teoria mediata ou indireta da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas reza que deve ser negada a aplicação direta dos direitos fundamentais, pois ela acabaria por recusar o princípio da autonomia da vontade¹¹¹.

O que daí se depreende é que os direitos fundamentais não serviriam para tutelar as relações privadas diretamente. As garantias constitucionais, sim, devem servir como base para o legislador infraconstitucional, que escreve as normas que vincularão as partes. O juiz, por sua vez, tratará de preencher o vácuo legislativo, delimitando os conceitos indeterminados¹¹².

¹⁰⁸ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 10 de abril de 1976. *Constituição da República Portuguesa*. Diário da República, Lisboa, 10 de abril de 1976.

¹⁰⁹ GONDINHO op. cit. p. 103 apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1150 -1160.

¹¹⁰ Ibidem p. 104 apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1158.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-eficácia-dos-Direitos-Fundamentais-nas-relações-entre-particulares.pdf> Acesso em 05 de nov .2017, p. 84

¹¹² GONDINHO, op. cit. 106.

A questão é que, por mais que a aplicação da teoria indireta funcione para outros ordenamentos jurídicos, como o da Alemanha e dos Estados Unidos que a aceitam¹¹³, há de se observar que no caso brasileiro o melhor entendimento é o da vertente da aplicação direta. Isso porque a nossa Constituição de 1988, consagrando o modelo de Estado Social, vincula-se estritamente à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos e repele todas as formas de iniquidade e abusividade individuais ou coletivas¹¹⁴.

Em relação à autonomia da vontade, é de observar-se que ela não é e nunca foi absoluta, devendo sempre ser ponderada com os outros princípios constitucionais. Mesmo assim, a aplicação dos direitos fundamentais não pode violar o núcleo irreduzível da autonomia da vontade¹¹⁵, na medida em que ela própria também integra o rol desses direitos¹¹⁶ de observância obrigatória nas relações privadas¹¹⁷.

Apesar de se considerar a existência de um núcleo básico da autonomia privada não passível de exclusão pelos direitos fundamentais, as garantias processuais, até a medida de não ferir esse núcleo básico, devem restar preservadas no caso concreto.

Os direitos fundamentais do processo não são somente voltados à proteção do cidadão contra o Estado, o que afastaria a presunção de necessidade da sua observância direta nas relações privadas. O Estado, na figura do julgador, também deve analisá-los no momento de proibir comportamento das partes no processo. O Estado de forma alguma pode cancelar negócio ou acordo que despreze direito fundamental constitucional do processo de observância obrigatória, que serão elencados linhas abaixo.

No entanto, ainda que aplicássemos a teoria indireta ou mediata da incidência dos direitos fundamentais nas convenções processuais, pode-se dizer que, mesmo na

¹¹³ Ibidem. p. 110.

¹¹⁴ Ibidem. p. 109-110.

¹¹⁵ GODINHO, Robson Renault, op. cit. p. 112: “O balizamento desse ‘núcleo irreduzível’ é difícil de ser atingido, mas, embora verificável no caso concreto, é discutível a criação de uma espécie de escudo imunizante contra direitos fundamentais”.

¹¹⁶ FABRO, Roni Edson; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Constitucionalização da autonomia da vontade como expressão do direito fundamental de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/download/4287/3414>> Acesso em 14 de nov. 2017, p. 211.

¹¹⁷ GONDINHO, op. cit. p. 112.

ausência da expressa limitação do artigo 190, o legislador infraconstitucional, seguindo o objetivo da Constitucionalização do Processo Civil¹¹⁸, nele aplicou os direitos fundamentais, assim como em todas as outras normas do Novo Código de Processo Civil, como se depreende da leitura do seu art. 1º :

“O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”¹¹⁹

No momento em que o legislador afirma que o processo civil será “disciplinado e interpretado” de acordo com os valores e as normas fundamentais da Constituição, conclui-se que o disposto no art. 190 não pode ser aberto o suficiente a ponto de que sejam prejudicados os exatos valores e normas fundamentais que regem o processo.

Os direitos fundamentais estão na Constituição como uma proteção do indivíduo contra o Estado e, como sustentamos, também a proteção do indivíduo contra o indivíduo. Assim, as garantias fundamentais e os princípios que delas diretamente decorrem devem ser o limite para a autonomia da vontade das partes, vez que esse limite também serve para a proteção do indivíduo. No entanto, há de se observar que a proteção aos direitos fundamentais deve ser avaliada no caso concreto, e a interpretação deve ser feita conforme a constituição, para que o acordo seja válido e os direitos fundamentais não sejam realmente prejudicados.

A adoção de princípios que protejam exacerbadamente os normas de natureza cogente, assim entendidas como qualquer regra de natureza impositiva, seria demasiada interferência no autorregramento das partes, em se considerando que o que se busca hoje é o equilíbrio entre a natureza pública e a vontade privada no processo civil.

Afinal, com a adoção dos direitos fundamentais do processo, os princípios que deles diretamente decorrem e os limites estabelecidos pela legislação infraconstitucional – tanto os limites intrínsecos do art. 190 quanto os princípios da cooperação e da boa-fé processual - já se está criando um núcleo duro de proteção também do interesse público.

¹¹⁸ SENADO FEDERAL (2010). op. cit. Acesso em 18.11.2017, p. 14.

¹¹⁹ BRASIL. Lei n. 13105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial, Brasília, DF, 16 de março 2015.

Então, quais são as garantias fundamentais do processo? Quais os princípios deles diretamente decorrentes? O que não poderia ser prejudicado por meio das convenções processuais?

Os direitos fundamentais estão na Constituição, principalmente, no Capítulo 1 do Título II: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Os direitos fundamentais do processo estão, por sua vez, nos incisos XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LX, LXVII, LXXIV e LXXVIII do art. 5º da Constituição. São essas as garantias que devem servir como parâmetro para aplicação dos negócios jurídicos processuais e, como consequência, os princípios que delas diretamente decorrem. Lista-se abaixo¹²⁰:

2.2.3.1. - Inciso XXXV – inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário.

Não pode ser válida, portanto, uma convenção processual que exclua a apreciação jurisdicional, como seria a supressão da primeira instância. Mas não é só. O direito à apreciação do judiciário abrange também o direito à defesa, que seria o direito de ser ouvido e influir na atividade jurisdicional¹²¹. Dessa forma, seriam inválidas também as convenções que incluíssem parte ilegítima como única na demanda, excluindo do titular da relação jurídica o direito de se defender.

Além disso, faz parte do direito ao acesso à justiça o juiz imparcial. Os acordos bilaterais atípicos do art. 190 são feitos entre as partes, e, dessa forma, não podem atingir o comportamento do juiz¹²², de forma alguma. Daí se segue que nenhum acordo pode afetar a imparcialidade do juiz.

¹²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial, Brasília, DF, 5 de outubro 1988.

¹²¹ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em 14 de nov. de 2017, p. 4.

¹²² Nesse sentido, ver Enunciado 36 do Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraíam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.”

2.2.3.2 - Inciso LIII – autoridade competente para processar ou sentenciar.

Esse direito reflete-se no princípio do juiz natural, aquele que foi abstratamente instituído pela lei antes da demanda¹²³, ou da convenção processual. Esse princípio serve para que se assegure a independência no exercício da prestação jurisdicional¹²⁴. A competência relativa pode ser objeto da negociação, porque o juiz natural é o mesmo independentemente da sua territorialidade. Entretanto, a competência absoluta é intocável.

2.2.3.3 - Inciso LIV – devido processo legal.

Dentro do princípio do devido processo legal está a forma de desenvolvimento da relação processual. O rito é uma de suas facetas, mas as partes não podem ser surpreendidas, na medida em que o processo é sempre previsível. Se as partes convencionam a alteração do rito, nenhuma mácula existe, porque a previsibilidade está resguardada.

Contudo, não se exige o cumprimento do rito pelo rito, simplesmente porque ele não é a finalidade última do processo. O que se busca é a solução justa da controvérsia e não a obediência cega às formalidades procedimentais.

Logo, se as partes não forem surpreendidas pelo rito modificado (e certamente não o são porque terá havido convenção a esse respeito) e se o rito eleito não suprime outra garantia constitucional qualquer, nada obsta que as partes celebrem o negócio jurídico processual que adapte o procedimento às suas necessidades antes ou durante o processo.

Assim, por exemplo, válido seria o negócio processual que estabelecesse que, diante das particularidades daquela demanda, os prazos das manifestações das partes fossem reduzidos em tantos ou quantos dias. Da mesma forma, inválido seria o negócio que vedasse o pronunciamento das partes. Lá, buscava-se, digamos, a celeridade, enquanto cá elimina-se o direito de defesa.

¹²³ GRECO, op. cit. 2002. p.8

¹²⁴ Idem. loc. cit.

Tudo deve ser resolvido, portanto, pela afirmação da possibilidade da celebração dos negócios, desde que não haja prejuízo para as partes, que se expresse seja na violação do direito de defesa, seja no contraditório. De fato, é impensável que se pudesse conviver pacificamente com negócio processual, por mais singelo que fosse, do qual resultasse que a parte não pudesse deduzir sua defesa. Pela mesma trilha, não seria admissível o acordo do qual nascesse sentença fundada em argumento cuja discussão tivesse sido suprimida do debate das partes. Só respeitando esses preceitos se atende ao devido processo legal.

2.2.3.4 - Inciso LV – contraditório e ampla defesa.

Apesar de esses princípios serem dois dos mais importantes, tanto para as garantias individuais quanto para o Estado – que com eles pode se auto legitimar democrático¹²⁵ – há de se fazer algumas ressalvas.

Proteger a ampla defesa e o contraditório significa que as partes precisam poder se manifestar e se defender e possuir meios mínimos para o exercício dessas faculdades.

Negócios jurídicos ilícitos são aqueles, portanto, que, por exemplo, excluem a necessidade de citação ou de intimação. São também ilícitos quaisquer convenções em que se observe, no plano fático, dificuldade imposta à qualquer das partes de plenamente produzir a sua defesa. No entanto, se as partes, unilateralmente, sabendo do que deve ser feito para que o seu contraditório e a ampla defesa sejam assegurados, resolverem renunciar aos direitos, não existe óbice algum.

2.2.3.5 - Inciso LVI – inadmissão de provas obtidas por meios ilícitos.

Por mais que se admitam negócios jurídicos sobre provas, como por exemplo a desistência de uma audiência de instrução e julgamento ou de uma prova pericial, não é possível que se estabeleçam acordos que admitam provas vedadas pelo texto constitucional. O julgador é quem tem o poder de pesquisa, na busca da verdade real.

Na verdade, o texto constitucional vedou as provas obtidas por meios ilícitos, assim como tipificou a conduta de quem as obtém pelos meios proibidos. Daí se segue que, se o negócio jurídico processual pudesse versar sobre provas proibidas,

¹²⁵ ALMEIDA, op. cit. p. 169.

significaria dizer que a vontade das partes seria mais forte do que a do constituinte e do legislador infraconstitucional. Imagine-se, por exemplo, que o ajuste processual possibilitasse que as partes pudessem usar dados garantidos pelo sigilo profissional, como aqueles a que estão obrigados os funcionários do Banco Central do Brasil. Se possível ajuste como esse, a conclusão seria a de que as partes disporiam não só quanto à ilicitude da prova, mas também quanto ao comportamento que o legislador infraconstitucional considerou como típico, passível de pena restritiva da liberdade. Disso decorre, por razões de mera lógica jurídica, a impossibilidade de negócios processuais validadores do grampo telefônico ou da interceptação dolosa de correspondência. Se a prova é obtida por meio inidôneo, ela é considerada ilícita e, assim, jamais poderá produzir qualquer efeito¹²⁶, mesmo se isso foi acordado entre as partes.

Interessante pontuar, no entanto, que a inadmissão de provas obtidas por meio ilícito não significa que é vedado às partes convencionarem sobre provas, tomando-as em conceito mais amplo. Como explica GONDINHO:

Na realidade, os contratos ou acordos probatórios não servem para entorpecer a ação do julgador, nem para premiar a chicana e mentira processual. Os negócios probatórios são acordos ou convenções processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova. Trata-se de uma repercussão da autonomia privada no processo, indubitavelmente, mas não é algo a se rechaçar aprioristicamente e muito menos considerar por resolvido se houver consagração legislativa, já que se trata de uma questão estrutural e que deve ser analisada a partir de um modelo de processo compatível com a conformação constitucional¹²⁷.

Há de se observar, ainda, que os negócios jurídicos processuais que versem sobre provas são permitidos, mas devem ser analisados com cautela. Deve-se tomar cuidado, conforme discutido, para que o negócio jurídico não acabe por indiretamente alterar o direito material, se ele for indisponível¹²⁸.

2.2.3.6 - Inciso LX – publicidade do processo.

¹²⁶ LEITE, Gisele. Considerações sobre a prova nos negócios jurídicos na sistemática jurídica. 2013. <<https://giseleleite2.jusbrasil.com.br/artigos/121943894/consideracoes-sobre-a-prova-nos-negocios-juridicos-na-sistemática-jurídica>> Acesso em 28.11.17

¹²⁷ GODINHO, Robson Renault. op. cit. p. 226-227.

¹²⁸ ALMEIDA, op. cit. p. 187

A atividade judicial há de ser transparente. Essa qualidade é imprescindível para que haja o controle da atividade do juiz no cumprimento dos seus deveres, e no respeito ao direito das partes. A supressão desse direito deve, portanto, ser tomada com a maior das cautelas, vez que com o segredo de justiça, fica suspeita a atuação do juiz¹²⁹. Aliás, PORTANOVA, com quem concordamos, diz que o princípio da publicidade se confunde com o próprio estado de direito¹³⁰.

Assim, como uma garantia do interesse público, entendemos que as partes não podem estabelecer que seu processo corra em segredo de justiça ou que haja qualquer limitação ao princípio da publicidade – salvo se a lei estabelecer por proteção à intimidade ou interesse social, conforme dispõe a Constituição.

2.2.3.7 - Inciso LXVII – proibição da prisão civil por dívida, salvo por dívida de pensão alimentícia.

Apesar de possível o estabelecimento de sanções para o caso de descumprimento do negócio jurídico, impossível e inconstitucional seria convenção capaz de negociar sobre a prisão civil de um indivíduo. É a própria lei penal, de caráter infraconstitucional, que veda isso. De fato, imaginar-se que alguém pudesse ser recolhido à prisão como decorrência de descumprimento de contrato, equivaleria consagrar-se o exercício arbitrário das próprias razões como comportamento adequado, que pudesse ficar no livre atendimento do desejo das partes. No plano dos tratados internacionais, por outro lado, desrespeitado estaria o pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu expressamente.

Entre nós, a única prisão civil que se admite é a do devedor de alimentos. Os particulares não têm o poder de alterar a seu livre arbítrio a Constituição, o tratado internacional e a lei ordinária. De resto, a prisão civil é ato atentatório à dignidade da pessoa humana, conforme anotado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, quando afirmou a prevalência do Pacto da Costa Rica sobre a Constituição no caso da prisão do depositário infiel¹³¹.

¹²⁹ GRECO, 2002, op. cit. p. 22.

¹³⁰ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003, p. 146.

¹³¹ Pedro Lenza, ao tratar da prisão civil e excluir a possibilidade de sua aplicação, mesmo pelo juiz, no caso do depositário infiel, diante dos termos do Tratado Internacional, ensinou: “O STF, por 5 X 4, em

A bem da verdade, o elemento que indica a impossibilidade de convenções que versem sobre a prisão civil, nada mais é que a ilicitude do objeto¹³², vez que não é nem permitido à lei criar hipóteses desse cunho, quanto mais as partes.

2.2.3.8 - Inciso LXXIV – promoção da assistência jurídica e gratuita àqueles que provarem insuficiência de recursos.

A assistência e a justiça gratuitas visam a “garantir ao pobre paridade de tratamento e igualdade de chances no acesso à tutela jurisdicional”¹³³. Isso quer dizer que é inválida qualquer convenção que exclua, por exemplo, a possibilidade da intervenção da Defensoria Pública. Se uma parte, com insuficiência de recursos, assinar um contrato com tal cláusula, não poderia a Defensoria Pública negar-se em atendê-la, e deveria também impugnar em juízo a validade do contrato. Além disso, o amplo acesso ao hipossuficiente e vulnerável inclui também a obrigatoriedade da justiça gratuita e da produção de qualquer prova que seja necessária ao caso, sem qualquer custo. Com isso, outro negócio processual inválido seria aquele que estabelecesse que, independente da determinação de gratuidade de justiça, o pagamento de honorários periciais seria atribuído à parte que não possui recursos para custeá-lo, ou qualquer exigência de cauções e depósitos além daquelas previstas em lei¹³⁴.

Interessante ressaltar que será necessária a presença da Defensoria Pública no caso de a parte, desprovida de recursos, realizar acordos processuais. Como já estabelecido no Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, há de se presumir vulnerável a parte que realizar acordo sem a assistência técnica-jurídica. A Defensoria Pública é o órgão constitucionalmente investido para prestar a assistência

03.12.2008, no julgamento do RE 466.343, decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5.o, § 3.o (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo ordenamento infraconstitucional em sentido contrário. Dessa forma, como diversos documentos internacionais de que o Brasil é signatário não mais admitem a prisão do depositário infiel (por exemplo, o art. 7.o, § 7.o, do Pacto de São José da Costa Rica, o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana), a única modalidade de prisão civil a prevalecer na realidade brasileira é a do devedor de alimentos.” LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 294.

¹³² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Convenções processuais atípicas na execução civil*. out. de 2017.

<<https://jota.info/colunas/novo-cpc/convencoes-processuais-atipicas-na-execucao-civil-30102017>>

Acesso em 18 de nov. de 2017

¹³³ GRECO, op. cit. 2002. p.8

¹³⁴Ibidem. p. 7-8.

àqueles que não possuem recursos. Assim, se for verificado que a parte não entendia sobre o que aquele acordo se tratava ou quais as consequências que ele poderia trazer, e não houve a presença da Defensoria Pública no momento de sua celebração, o acordo com a parte hipossuficiente deve ser declarado inválido.

2.2.3.9 - Inciso LXXVII – razoável duração do processo.

Esse inciso tem como princípio direto o da celeridade – ou seja, são inválidos os negócios jurídicos que resultem ou almejem a postergação do processo. Seria uma forma de se evitar que as partes, de má-fé, fizessem de tudo para que não se chegue, após duração razoável, a uma decisão de mérito. Esse princípio, como limite dos negócios jurídicos processuais, é capaz de minimizar os antigos medos de que as partes se valessem de negócio processual para retardar a solução do processo, em detrimento do interesse geral.

Atualmente, muito em razão da natureza publicista do processo, que atribui ao juiz tarefas que ele sequer tem tempo de realizar, principalmente diante do número de processos que sobrecarregam o judiciário, a burocracia é capaz de fazer com que quase a totalidade dos feitos ultrapasse duração razoável para sua conclusão.

As partes podem e devem convencionar, portanto, regras das quais resulte a celeridade processual, desde que, logicamente, isso não influencie no prejuízo de outros direitos e garantias. A duração razoável do processo não é útil apenas para os indivíduos envolvidos no caso específico, mas também para a generalidade das pessoas, na medida em que dela decorrerá alívio na sobrecarga de trabalho afeto ao Poder Judiciário.

3. O PAPEL DO JUIZ NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A eficácia dos negócios jurídicos processuais e a vinculação do juiz ao negócio jurídico processual também é tema que gera debate. Assim, interessante observar a opinião de autores que já se debruçaram sobre o assunto.

Para AVELINO¹³⁵, se faz necessário diferenciar os tipos de negócio jurídico processual, no que tange à participação do órgão judicial na sua eficácia.

O primeiro tipo é aquele em que as partes estipulam o que querem e submetem seu desejo à apreciação judicial. Nesse primeiro caso, o juiz é mero homologador daquilo que se lhe submeteu, ou apenas um verificador da legalidade da estipulação feita pelas partes privadas. Dê-se exemplo para tornar claro o sentido do que se afirma. Suponha-se que autor e réu dispensem a indicação de assistente técnico e que resolvam eleger perito único para examinar a lide. Escolhido esse caminho, ao juiz cabe apenas homologar, não sem antes verificar se o *expert* escolhido reúne as condições técnicas necessárias à realização da tarefa. Esse tipo de negócio é talvez o mais corriqueiro de todos.

Contudo, o NCPC possibilita a celebração de negócios em que a manifestação do juiz é vital para o aperfeiçoamento do negócio processual¹³⁶.

Esse segundo tipo de negócio recebe o nome de negócio plurilateral, apenas porque tem ao menos três participantes, um deles, necessariamente, o órgão investido da jurisdição. Repita-se: o juiz atua como sujeito do negócio, que sem ele sequer se forma. Isso ocorre, por exemplo, na convenção chamada de saneamento consensual, quando as partes delimitam que aspectos da demanda serão objeto de solução pelo juiz. O interesse aqui está em que, embora a lei do processo diga que o juiz meramente homologa esse “saneamento”, autores como AVELINO são de opinião de que, se saneia, ele adere ao negócio jurídico processual e logo dele participaria.

Outro caso seria, por exemplo, quando o juiz e as partes fixam calendário procedimental diverso daquele previsto na regra do Código de Processo Civil. Em todos os casos, a atuação do juiz é ditada pelo princípio da adequação, fonte da atividade jurisdicional, que nada mais é do que a sentença perseguida por todos os protagonistas do processo, porque decidirá a lide de maneira rápida, justa e adequada.

¹³⁵ AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. Disponível em: <https://www.academia.edu/31864549/A_posi%C3%A7%C3%A3o_do_magistrado_em_face_dos_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_-_j%C3%A1_uma_releitura> Acesso em 8 de nov. de 2017, p. 17 et. seq.

¹³⁶ Ou, como diz AVELINO: “Sem a emissão volitiva do juiz, o ato não está apto a superar o plano da eficácia.” Ibidem. p. 16.

Nesse tipo de negócio jurídico, como é fácil perceber, o juiz é senão sujeito ativo do próprio acordo e a ele está vinculado. É necessária, portanto, para a sua eficácia do ajuste, a homologação, visto que o juiz precisa manifestar a sua concordância. Sem ela, o negócio não é válido ou eficaz.

Merece referência a opinião de que os negócios jurídicos atípicos, fundados na cláusula geral do artigo 190, jamais poderão ter o juiz como sujeito, visto que ele não pode retirar desta norma a sua capacidade negocial¹³⁷. Assim entende porque o juiz não é titular do direito objeto da demanda, e porque o art. 190 fala expressamente em “as partes”, deixando, então, excluída a figura do juiz¹³⁸.

No entanto, em nossa opinião, é possível o acordo plurilateral atípico entre as partes e o juiz, mesmo não estando expressa no art. 190 a participação do órgão judicial. Isso porque os negócios plurilaterais, assim entendidos como aqueles em que o juiz figura como parte, não são estranhos ao sistema. De fato, há irrecusável tipicidade entre negócios perpetrados pelas partes e pelo juiz, como antes apontado, até porque, em princípio, não existe prejuízo na participação do juiz em negócios atípicos. Além disso, e o código conferiu mais liberdade às partes em permitir que elas realizem acordos sozinhas, é claro que é possível que haja a presença do juiz, o grande protagonista do processo¹³⁹.

¹³⁷ Ibidem. p. 17.

¹³⁸ Ibidem. loc. cit.: “É que, quando o legislador permite que sejam efetivados os negócios jurídicos a respeito de ‘direitos que admitam autocomposição’, deixa entendido que a hipótese do art. 190 (atipicidade dos negócios processuais) não se aplica ao juiz, pois ele não titulariza pessoalmente direito (no sentido de situação jurídica substantiva subjetiva) posto em debate com o objeto do processo, na medida em que atua como órgão da jurisdição. É preciso diferenciar: as partes titularizam situações jurídicas relativas tanto ao processo (entendido como *procedimento em contraditório* – ônus, poderes, deveres, faculdades, etc.) quanto ao direito material objeto da relação jurídica processual; o juiz titulariza situações jurídicas relativas ao processo (inserido no *procedimento em contraditório*), mas não em relação ao direito material que se discute. Além disso, explicitamente se fala que ‘às partes’ é permitido estipular as mudanças no procedimento de forma atípica. Assim, excluída está a figura do magistrado da hipótese do art. 190. Consequentemente, a *capacidade negocial* do juiz no que refere aos negócios jurídicos processuais no NCPC deve buscar guarida em fonte diversa, pois a norma que consagra a *atipicidade dos negócios processuais* não se destina a ele”. No entanto, o próprio autor contradiz a sua conclusão, afirmando que existem possibilidades práticas em que o magistrado figura como sujeito do negócio jurídico processual. Seria o caso, por exemplo, de o presidente da turma, em sessão de julgamento, perguntar ao advogado da parte se ele deseja desistir da sustentação oral, visto que o recurso já será provido ao seu favor. Seria um negócio processual atípico promovido pelo juiz. Para esse tipo o autor, o fundamento para isso seria a adequação processual, corolário do devido processo legal.

¹³⁹ DIDIER JR., op. cit. p. 383: “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

Nos acordos em que não figura como sujeito, o juiz pode tomar duas posições – ou a de verificação da validade do negócio judicial, ou a de sua homologação que, somente será exigida quando a lei assim o estipular, o que não ocorre no art. 190¹⁴⁰. A norma somente afirma que o papel do juiz será o de controlar a validade da convenção, nos termos do seu parágrafo único. Dessa forma, não será necessária a concordância do julgador para que o ato produza efeitos: ele nasce válido e perfeito. Pelo controle da legalidade, o juiz pode declará-lo nulo.

LIMA tem entendimento semelhante. A autora sustenta que o papel do julgador é encontrar um equilíbrio entre ser omissivo ou ser paternalista, posições que corresponderiam ao modelo liberal ou publicista, respectivamente. Assim, o juiz deve ser proativo, mas não arbitrário¹⁴¹.

Na opinião da autora, portanto, dispensável seria a homologação judicial para que os acordos produzissem efeito, salvo se a lei assim exigisse, o que não ocorre no art. 190 do NCPC. No entanto, mesmo se for caso de homologação, ela servirá somente como condição de eficácia, nos termos do art. 200 do NCPC¹⁴².

No caso dos acordos atípicos, a homologação não será necessária, e a convenção processual já nasce válida e eficaz. O juiz, no entanto, agindo de forma proativa, poderá constatar de ofício se algum limite interno ou externo tiver sido ultrapassado, caso em que deverá declarar a nulidade do acordo.

No entanto, LIMA adiciona outro requisito: se o juiz verificar, de ofício, que há alguma invalidade, deverá primeiro escutar as partes antes de proferir decisão que invalide o acordo¹⁴³. Isso funcionaria para que seja observado o princípio do *in dubio pro libertate*, que deve guiar o juiz na hora da interpretação do acordo judicial¹⁴⁴.

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. Um bom exemplo de negócio processual atípico celebrado pelas partes e pelo juiz é a execução negociada de sentença que determina a implantação de política pública.”

¹⁴⁰ AVELINO, op. cit. p.15.

¹⁴¹ LIMA, op. cit p. 92-93.

¹⁴² LIMA, op. cit. p. 93.

¹⁴³ No mesmo sentido, GONDINHO, Robson Renault, op. cit, p. 241.

¹⁴⁴ LIMA, op. cit. 97-98.

Caso a caso, portanto, o juiz analisará a validade, de ofício ou a requerimento, e retirará a validade já presumida do negócio firmado se ele ferir qualquer garantia processual.

O prejuízo há de ser analisado concretamente e não apenas por seu aspecto potencial. Ou seja, não se pode querer invalidar um negócio jurídico processual se ele não for realmente prejudicial ao caso concreto¹⁴⁵.

O que deverá ser analisado, em juízo de verificação de validade, portanto, é se os requisitos extrínsecos e intrínsecos foram preenchidos. No entanto, o juiz deve ouvir as partes antes de decretar a invalidade – tanto pelo princípio do *in dubio pro libertate*, quanto para analisar se de fato houve prejuízo. Entendemos que os limites extrínsecos dos negócios jurídicos processuais atípicos são as garantias fundamentais do processo, como descritas no art. 5º da CF e os princípios que delas diretamente decorrem.

Apesar de esse ser um critério ainda amplo e com margem à interpretação e discricionariedade do juiz, nos parece que ele consegue ser mais fechado do que a noção de ordem pública processual: o próprio significado dessa expressão comporta inúmeras interpretações que levam a parâmetros diferentes de aplicação dos limites.

Qualquer disposição de lei que não seja taxativa comporta certo grau de interpretação do juiz, isso não se pode evitar. Ainda mais se considerando uma norma que cria um instituto de possibilidade de negociação atípica, sem qualquer definição de limitação, sendo certo que o parágrafo único do art. 190 somente se refere a “nulidade”.

Caso a caso, portanto, o juiz analisará a validade, de ofício ou a requerimento, e retirará a validade presumida do negócio firmado se ele ferir qualquer limite extrínseco ou garantia fundamental do processo. Para isso, no entanto, o juiz deverá observar se de fato houve ultrapassagem dos limites, sempre tentando interpretar a cláusula de acordo com a boa-fé e pela liberdade das partes que realizaram o negócio.

¹⁴⁵ ALMEIDA, op. cit. p. 154-155: “Se os contratantes convencionam que, na hipótese do nascimento do litígio, não haverá audiência de instrução e julgamento e o julgador, analisando *in concreto*, não vislumbra a necessidade de prova oral, não subsistem motivos para tornar ineficaz o acordo processual, uma vez que este, embora potencialmente lesivo à ordem pública processual – interesse de busca a verdade –, não a ofende quando aplicada.”

CONCLUSÃO

Buscou-se, neste breve estudo, discorrer sobre os negócios jurídicos processuais atípicos, sobre os seus limites internos e externos e sobre o papel que exerce o julgador no controle da validade do negócio.

As discussões sobre este tema começaram antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil e por muito ainda continuarão. O presente trabalho não é capaz - e nem a isso se propõe - de exaurir o tópico.

A divergência entre os acadêmicos é bastante ampla, principalmente no que toca à limitação externa dos negócios jurídicos processuais - os autores discordam, basicamente, se os negócios devem ser vistos como meio de proteção do interesse público do processo civil ou do autorregramento da vontade, discussão que veio à tona com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. O diploma visa, fundamentado no princípio da cooperação entre as partes, a equilibrar as tradições publicistas do processo com a autonomia da vontade, buscando um meio-termo saudável entre processo dominado pelo juiz, ou outro, como era no final do século XIX, onde as partes detinham todo o poder.

O art. 190 veio, então, como cláusula geral das convenções atípicas entre as partes mas, por mais que tenha traçado alguns limites, como a possibilidade de autocomposição do direito em litígio e da plena capacidade das partes, não explicitou quais seriam as restrições quanto ao conteúdo do acordo, ou seja, quais os parâmetros que as partes não podem ultrapassar quando realizarem o negócio.

Os parâmetros são os direitos fundamentais do processo, descritos nos incisos XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LX, LXVII, LXXIV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, e os princípios que deles diretamente decorrem, visto que pela teoria imediata da aplicação dos direitos fundamentais no contrato, as partes são obrigadas a observá-los, mesmo quando agem particularmente.

Afinal, a Constituição Federal de 1988 não foi feita somente para proteger os indivíduos contra as ações do Estado. A nossa Lei Maior busca também a proteção dos indivíduos contra terceiros, incluindo outros indivíduos com quem negociam.

No entanto, é de se compreender que o tema ainda será muito debatido nos próximos anos. A jurisprudência ainda é muito escassa e a divergência somente será sanada quando a orientação pretoriana se firmar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: Ltr, 2015.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – Existência, validade e eficácia – Campo variável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Vol. 244, ano 40. p. 393-423., jun. 2015.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. Disponível em https://www.academia.edu/31864549/A_posi%C3%A7%C3%A3o_do_magistrado_em_face_dos_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_-_j%C3%A1_uma_releitura. Acesso em 8 de nov. de 2017.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial, Brasília, DF, 5 de Outubro 1988.

BRASIL. Lei n. 13105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial, Brasília, DF, 16 de março 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.).

Negócios processuais, v.1, Salvador: Ed. JusPodivm. p. 27-62, 2015. (*Coleção grandes temas do novo CPC*)

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* : Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., v.1, Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

FABRO, Roni Edson; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Constitucionalização da autonomia da vontade como expressão do direito fundamental de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/download/4287/3414>>. Acesso em 14 de nov. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito Civil*. 11. ed., v. 1, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Convenções processuais atípicas na execução civil*. out. de 2017.

<<https://jota.info/colunas/novo-cpc/convencoes-processuais-atipicas-na-execucao-civil-30102017>>. Acesso em 18 de nov. de 2017.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos Contratos: A Incidência do Princípio da Dignidade da pessoa Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em : <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf> >. Acesso em 14 de nov. de 2017.

_____. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual. Dez. 2007. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23657/16714>> Acesso em: 30 de Out. 2017.

LEITE, Gisele. Considerações sobre a prova nos negócios jurídicos na sistemática jurídica. 2013.
<<https://giseleleite2.jusbrasil.com.br/artigos/121943894/consideracoes-sobre-a-prova-nos-negocios-juridicos-na-sistematica-juridica>> acesso em 28.11.17

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Hercília Maria Fonseca. Cláusula Geral de Negociação Processual: um novo paradigma democrático no processo cooperativo. São Cristóvão, 2016. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4374/1/HERCILIA_MARIA_FONSECA_LIMA.pdf>. Acesso em: 25 de Outubro. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed., t.2, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: livraria do advogado. 2003.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 10 de abril de 1976. *Constituição da República Portuguesa*. Diário da República, Lisboa, 10 de abril de 1976.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-eficácia-dos-Direitos-Fundamentais-nas-relações-entre-particulares.pdf> Acesso em 05 de nov .2017.

SENADO FEDERAL (2010). *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil* [online]. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 18.11.2017.

TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz, in Migalhas, 1 de Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-Cooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>>. Acesso em 18.11.2017.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções Processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.) et al. *Primeiros comentários ao novo código do processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016