

CAROLINE DAL POZ EZEQUIEL

Negócio Jurídico Processual

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Doutor Cândido Rangel Dinamarco

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

CAROLINE DAL POZ EZEQUIEL

Negócio Jurídico Processual

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Titular Doutor Cândido Rangel Dinamarco.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ezequiel, Caroline Dal Poz
Negócio Jurídico Processual / Caroline Dal Poz
Ezequiel ; orientador Cândido Rangel Dinamarco -- São
Paulo, 2017.
213

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito Processual Civil. 2. Negócio Jurídico
Processual. I. Dinamarco, Cândido Rangel, orient. II.
Título.

Nome: EZEQUIEL, Caroline Dal Poz

Título: Negócio Jurídico Processual

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para

Ângelo, Marlisa, Érica e Guilherme

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente ao meu orientador, Dr. Cândido Rangel Dinamarco, pela generosidade, paciência e apoio durante toda a orientação. Sinto-me honrada por ter tido a oportunidade de ser orientada por tão admirável jurista.

Agradeço também aos Professores Doutores José Carlos Baptista Puoli e Claudio Luiz Bueno de Godoy pelas preciosas contribuições durante o exame de qualificação, que muito auxiliaram no direcionamento deste trabalho.

Muitíssimo obrigada às amigas Raissa Carla Belintani Souza e Heloisa Harumi Miura pelo enorme auxílio com a revisão do texto e das traduções na reta final do trabalho, e aos amigos Lia Carolina Batista Cintra, Bruno Rodrigues de Souza e Oswaldo Daguano Junior pelas pertinentes sugestões que tornaram o texto muito melhor.

Minha eterna gratidão aos meus pais, Ângelo e Marlisa, e à minha querida irmã Érica, por todo o apoio prestado, não apenas ao longo do programa de mestrado, mas de toda a vida. Se cheguei tão longe, foi por causa de vocês.

Não poderia deixar de agradecer também ao Guilherme, pelo carinho, pela compreensão e principalmente pelo constante incentivo.

RESUMO

EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. *Negócio jurídico processual*. 2017. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Esta dissertação trata do negócio jurídico processual e tem por objeto a análise do regime jurídico a que o instituto se submete e dos limites que se apresentam ao poder de disposição das partes no processo judicial. O negócio jurídico processual passou a ser disciplinado pelo artigo 190 do Código de Processo Civil promulgado em 2015, o que tornou oportuna a investigação empreendida. Inicialmente analisa-se a teoria do fato jurídico, aplicando-a ao processo, com o objetivo de desenvolver o conceito de negócio jurídico processual. Em seguida, trata-se de forma breve da história legislativa do negócio jurídico processual no Brasil, com o objetivo de obter subsídios para a análise do regramento aplicável ao instituto analisado. Após, dedica-se à análise dos negócios jurídicos processuais dispostos no Código de Processo Civil com vistas à fixação das bases para o estabelecimento de uma teoria geral do negócio jurídico processual. Além disso, identificam-se atos jurídicos que possuem apenas aparência de negócio jurídico processual, configurando-se, na verdade, outros institutos. Por fim, investigam-se os caracteres de existência, validade e eficácia do negócio jurídico processual típico e atípico. Analisam-se também ao longo de toda a dissertação aspectos práticos da aplicação do instituto.

Palavras-chave: processo civil, atos processuais, negócio jurídico processual, convenção processual, calendário processual.

ABSTRACT

EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. *Contract procedure*. 2017. 213 f. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

This dissertation discusses the contract procedure and aims to analyze the legal regime to which this institute is subjected and the limits that are presented to the power of disposition of parties in the judicial process. The contract procedure is regulated by Article 190 of the Brazilian Code of Civil Procedure, promulgated in 2015, which made this study timely useful. Initially, the theory of the legal fact is analyzed, along with its application to the scope of the process, with the objective of developing the concept of contract procedure. Then, there is an overview of the legislative history of the contract procedure in Brazil, with the aim of subsidizing the analysis of the applicable rule to the analyzed institute. Afterwards, this dissertation is devoted to the examination of how the contract procedure is established in the Brazilian Code of Civil Procedure with a view to understanding the bases for the establishment of a general theory of the contract procedure. In addition, we studied legal acts that have the appearance of the contract procedure, while in fact they configure other institutes. Finally, we investigate the characteristics of existence, validity and effectiveness of typical and unusual kinds of contract procedure. Practical aspects of the application of the institute are also discussed throughout the dissertation.

Keywords: civil procedure, procedural acts, contract procedure, procedural convention, procedural calendar.

SUMÁRIO

Introdução	12
1 Capítulo I – A teoria do fato jurídico e o Negócio jurídico processual	16
1.1 Teoria do fato jurídico: apresentação e principais classificações	16
1.2 Teoria do fato jurídico processual: apresentação e principais classificações	23
1.2.1 A natureza processual dos fatos jurídicos	23
1.2.2 Classificação dos fatos jurídicos processuais	28
1.3 Negócio jurídico processual	30
1.3.1 Caracterização do negócio jurídico processual	30
1.3.2 Classificação do negócio jurídico processual	37
2 Capítulo II – Breve histórico do negócio jurídico processual na legislação pátria ...	48
2.1 Ordenações do Reino	49
2.2 Regulamento n. 737 e Consolidação Ribas	53
2.3 Código de Processo Civil do Estado de São Paulo	56
2.4 Código de Processo Civil de 1939	59
2.5 Código de Processo Civil de 1973	64
2.6 Código de Processo Civil de 2015	71
3 Capítulo III – Os negócios processuais típicos dispostos no Código de Processo Civil de 2015	75
3.1 Eleição de Foro	75
3.2 Inversão Convencional do Ônus da Prova	82
3.3 Saneamento Compartilhado do Processo	87
3.4 Escolha Consensual do Perito	95
3.5 Suspensão Convencional do Processo	99
3.6 Modificação Convencional e Renúncia a Prazo	102
3.7 Desistência do Prosseguimento do Processo, Desistência do Recurso e Renúncia ao Direito de Recorrer	108
3.8 Adiamento e Divisão do tempo no Debate Oral da Audiência de Instrução e Julgamento convencionais	119
3.9 Calendário Processual	121
3.9.1 França: o <i>Calendrier de la Mise en État</i>	122

3.9.2	Itália: o <i>Calendario del Processo</i>	124
3.9.3	Brasil: o Calendário Processual	126
3.10	Convenção de Arbitragem.....	131
3.11	Sucessão Voluntária do Alienante da Coisa Litigiosa	134
3.12	Escolha Consensual do Conciliador ou Mediador	135
3.13	Liquidação de Sentença por Arbitramento Convencional	136
3.14	Acordo para a Restauração de Autos	137
3.15	Pacto de Impenhorabilidade.....	138
3.16	Acordo sobre a Administração de Universalidade Penhorada.....	138
3.17	falsos negócios jurídicos processuais.....	140
3.17.1	Cisão da Audiência de Instrução e Julgamento	142
3.17.2	Alteração da Ordem de Oitiva das Testemunhas.....	142
3.17.3	Retirada dos Autos de Documento Objeto de Arguição de Falsidade.....	143
3.17.4	Confissão	144
3.17.5	Transação, Reconhecimento do Pedido e Renúncia à Pretensão.....	145
3.17.6	Divisão e Demarcação Consensuais de Terras Particulares	146
3.17.7	Partilha Amigável	147
3.17.8	Arrolamento Simples Quando há Interesse de Incapaz	148
3.17.9	Parcelamento Judicial do Crédito Exequendo	148
3.17.10	Aquiescência ou Aceitação da Decisão.....	149
4	Capítulo IV – Regramento do negócio jurídico processual e limites ao poder de disposição das partes no processo.....	150
4.1	Regime Jurídico	150
4.2	Elementos de Existência	153
4.2.1	Elementos Gerais	153
4.2.2	Elementos Categoriais	156
4.2.3	Elementos Particulares.....	157
4.3	Requisitos de Validade.....	159
4.3.1	Declaração de Vontade	161
4.3.2	Objeto.....	164
4.3.3	Forma.....	172
4.3.4	Agente.....	175
4.3.5	Tempo e Lugar.....	182

4.3.6	Nulidade e Anulabilidade	183
4.4	Fatores e Momento de Eficácia.....	187
4.5	Possibilidade de Revogação	189
4.6	Descumprimento	191
	Conclusão	196
	Referências	199

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015) foi redigido com o objetivo precípua de tornar mais célere o processo, diante do aumento vertiginoso de demandas propostas perante o Judiciário. Trata-se, contudo, de fenômeno que atinge praticamente todos os ordenamentos jurídicos comumente estudados e compromete a efetividade da prestação jurisdicional e o acesso à justiça. Além disso, pretendeu-se tornar o processo mais próximo à realidade dos jurisdicionados, simplificando-o, eliminando-se formalismos excessivos e promovendo-se maior participação das partes no resultado final do processo.

Certamente com vistas a contribuir com os referidos objetivos foi inserido no texto do projeto de lei que deu origem ao novo Código, durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, artigo que dispõe sobre a possibilidade de que regras processuais sejam estabelecidas ou modificadas pelas partes, desde que atendidos certos requisitos. Trata-se do que a doutrina vem denominando *negócio jurídico processual*, disposto no artigo 190 do novo diploma processual e objeto de diversos estudos atuais que pretendem não apenas estabelecer diretrizes para a sua interpretação, mas compreendê-lo, já que sua utilização é novidade para a maioria dos operadores do direito.

Na realidade, contudo, a possibilidade de as partes modificarem o procedimento e disporem sobre situações processuais não é tão nova assim. O Código de Processo Civil de 1973 já permitia, entre outras hipóteses, que as partes convencionassem sobre competência, suspensão do processo, adiamento de audiência e distribuição do ônus da prova. Além disso, o artigo 158 do referido diploma dispunha que os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produziram imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. E, voltando-se ainda mais na história do Processo Civil brasileiro encontram-se normas que autorizavam a adequação do procedimento ou a disposição de situações jurídicas processuais desde a época das Ordenações do Reino.

Na prática, contudo, as partes não vêm exercendo a autonomia privada que a lei de certa forma sempre lhes garantiu. A margem relativamente pequena de disponibilidade conferida às partes do processo judicial estatal fez com que elas não se sentissem motivadas a

innovar, havendo também certa dúvida sobre se as normas negociadas seriam aceitas e surtiriam efeito perante o juiz¹.

E não foram somente os tribunais que deixaram de lado a aplicação dos atos de disposição processual das partes. A doutrina também pouco falou a respeito do tema nas últimas décadas, o que somente mudou recentemente, principalmente após o início da tramitação do Projeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015. LEONARDO GRECO explica que “a concepção publicística do processo relegou a segundo plano a reflexão acadêmica sobre os limites da autonomia da vontade das partes a respeito da multiplicidade de questões que podem ser suscitadas no processo”².

Desde a afirmação da sua autonomia científica, o Direito Processual vem passando por um processo de *publicização*, no sentido de abandono da ideia de que seu escopo é apenas tutelar direitos subjetivos, com o conceito de “lide” em seu polo central. Se no século XIX, quando o processo passou a ser estudado como disciplina autônoma, predominava a ideia de que a jurisdição estava a serviço dos direitos dos cidadãos, durante o século XX sobreveio a ideia de que por meio da atividade jurisdicional se realiza uma série de interesses públicos, constituindo-se como verdadeiro exercício do poder estatal. De acordo com a posição publicística, o Direito Processual não apenas seria um ramo do Direito Público, como deveria priorizar a realização de princípios e valores relativos à ordem pública, acima da solução do litígio apresentado pelas partes com interesses antagônicos³.

Dessa forma, os sistemas processuais passaram a se estruturar não mais sob a perspectiva das partes, mas do juiz, visto como representante do Estado e principal ator do processo. Sob tal perspectiva, o interesse público à paz e à justiça social sempre se sobrepôs a qualquer interesse particular⁴.

O prevaLENcente publicismo processual fez com que a maior parte da doutrina brasileira negasse a existência do negócio jurídico processual, justamente por negar também a existência de autonomia privada no processo. A lei permitiria apenas a alteração de certos

¹ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz, Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC, *Revista do Advogado*, v. 35, n. 126, p. 89-94, maio/2015.

² Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, 1 ed., p. 7-28, out-dez/2007.

³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 59.

⁴ Cf. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, p. 29-56, out/2008.

comandos jurídicos, mas os efeitos dos atos processuais seriam sempre os decorrentes da lei e não resultantes da vontade das partes⁵.

Nos últimos anos, contudo, tornou-se praticamente pacífica a percepção de que é necessária a flexibilização do procedimento para atender às peculiaridades de cada caso concreto e produzir resultados mais eficazes. Por esse motivo, a doutrina voltou a dar maior importância à função do processo de tutela dos interesses dos jurisdicionados, defendendo a possibilidade de que as partes também concorram com a sua vontade para a definição da marcha do processo⁶.

A ciência processual é relativamente jovem quando comparada aos demais ramos do Direito, e, ainda que convivam as várias funções da jurisdição, ora tem prevalecido o aspecto privado da solução de conflitos interindividuais, ora o aspecto público de instrumento de realização do poder estatal, para que a paz social seja garantida⁷. Assim, é mesmo difícil estabelecer um equilíbrio entre os interesses privados das partes e os interesses públicos inerentes ao exercício da jurisdição, considerando-se que o negócio jurídico processual pressupõe o fomento da autonomia privada.

Tal dilema também não tem sido ignorado pela doutrina. LOÏC CADIET insere o debate acerca do negócio jurídico processual no contexto contemporâneo do que chama de “contratualização das relações sociais” e do declínio do centralismo do Estado na produção de normas. De acordo com o referido autor, a emergência de uma ordem jurídica negociada entre os atores sociais, ao lado da já existente ordem jurídica estatal imposta, é um fenômeno pós-moderno e que no campo do processo surge como uma resposta à crise por que passa o judiciário⁸.

O momento atualmente vivido é de mudanças no Direito Processual Civil: o desejo de buscar alternativas que contribuíssem para a aceleração do trâmite processual, aliado ao objetivo de tornar o processo mais participativo fez com o negócio jurídico processual passasse a ser disposto em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, tornando-se

⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484.

⁶ Cf. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil... *op. cit.*

⁷ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 60.

⁸ Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 160, p. 61, jun/2008.

questão importante e atual. Exatamente por isso, a presente dissertação tem como objetivo analisar os principais aspectos jurídicos relacionados ao negócio jurídico processual.

Para tanto, inicia-se no primeiro capítulo uma sucinta descrição sobre a teoria do fato jurídico processual, cuja compreensão é indispensável para o estudo do negócio jurídico. Após, desenvolve-se o conceito de negócio jurídico processual, a partir do qual as demais reflexões objeto da dissertação se estabelecem. Ainda no primeiro capítulo, apresenta-se a classificação dos negócios jurídicos processuais, para melhor compreensão dos diversos critérios que podem determinar as normas a eles aplicáveis.

O segundo capítulo trata de forma breve a história legislativa do negócio jurídico processual no Brasil, analisando-se como a legislação processual pretérita disciplinava o tema. A análise se inicia nas Ordenações Filipinas e termina no Código de Processo Civil de 2015. Seu objetivo é fornecer subsídios para explorar-se, em seguida, o regramento disposto no Código vigente acerca do tema.

O terceiro capítulo é dedicado à investigação dos negócios jurídicos processuais dispostos no Código de Processo Civil de 2015. Tal atividade tem por objetivo não apenas a definição da natureza jurídica e do regramento a que se submete cada um dos negócios tipificados, mas também o estabelecimento das bases de uma teoria geral do negócio jurídico processual. Ao mesmo tempo, procura-se identificar os atos das partes que possuem apenas aparência de negócio jurídico processual, configurando-se na verdade outros institutos.

Por fim, no quarto capítulo busca-se traçar um panorama geral dos caracteres de que necessita o negócio jurídico processual para existir, valer e ser eficaz, em raciocínio aplicável tanto aos negócios típicos quanto aos atípicos.

1 CAPÍTULO I – A TEORIA DO FATO JURÍDICO E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

1.1 TEORIA DO FATO JURÍDICO: APRESENTAÇÃO E PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES

A autonomia privada, principal elemento caracterizador do negócio jurídico, sempre foi vista com certa desconfiança no âmbito do processo judicial, em que os efeitos dos atos decorreriam sempre e unicamente da lei, jamais da vontade das partes⁹. Nessa concepção, poderiam ser praticados no processo apenas atos jurídicos em sentido estrito, devido à prévia determinação do seu resultado pelo direito positivo¹⁰. Antes, contudo, que se possa confirmar ou rebater tal desconfiança, e como pressuposto indispensável à análise do instituto do negócio jurídico processual, devem ser feitas breves referências à teoria do fato jurídico.

Apesar de utilizada geralmente com vistas à aplicação no direito privado, a teoria do fato jurídico faz parte da Teoria Geral do Direito¹¹, sendo plenamente aplicável aos atos processuais, que são, antes de tudo, atos jurídicos¹². Dessa forma, neste capítulo será analisado inicialmente o conceito de fato jurídico como gênero e negócio jurídico como espécie, para que, em um segundo momento, esses conceitos possam ser utilizados na definição do conceito de negócio jurídico *processual* e na análise de sua disciplina.

Serão adotadas no presente capítulo as ideias desenvolvidas por PONTES DE MIRANDA¹³ e MARCOS BERNARDES DE MELLO¹⁴, que permanecem como principal base do estudo da matéria¹⁵. Serão apresentados apenas os fatos jurídicos e os fatos jurídicos

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 2, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484.

¹⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 69.

¹¹ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 148, p. 293-320, jun/2007.

¹² DIDIER JR.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 29.

¹³ *Tratado de direito privado: parte geral, tomo I*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

¹⁴ *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁵ Conforme explica MARCOS BERNARDES DE MELLO, a classificação desenvolvida por PONTES DE MIRANDA possui como elementos nucleares diferenciais “a) a conformidade ou não conformidade do fato jurídico com o direito, b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica. Esse critério, que tem indiscutível caráter científico, uma vez que se funda em dado invariável

processuais *lícitos*, já que é dentro deste gênero que se encontram os negócios jurídicos, fugindo ao escopo do presente trabalho a análise dos fatos contrários ao direito.

Parte-se da ideia de que os fatos se tornam jurídicos pela incidência de uma norma jurídica que estabelece que, caso tais fatos ocorram no mundo da vida, a eles devem ser atribuídas determinadas consequências no mundo do direito¹⁶. Em outras palavras, a norma jurídica, que representa a valoração de fatos realizada pela comunidade jurídica, estabelece, de forma abstrata, que ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos, ser-lhe-ão atribuídos resultados jurídicos. E esses fatos a que o direito atribui a denominada eficácia jurídica¹⁷ são chamados *fatos jurídicos*.

De acordo com a definição de PONTES DE MIRANDA, o *fato jurídico* é “o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica”¹⁸. É, assim, qualquer acontecimento da natureza ou ação humana a que o direito atribua alguma consequência jurídica.

A diferenciação entre fatos decorrentes da simples manifestação da natureza ou da atividade humana é importante para a classificação do fato jurídico *lato sensu*, que se divide em (a) fato jurídico *stricto sensu*, (b) ato-fato jurídico e (c) ato jurídico *lato sensu*, o qual, por sua vez, se subdivide em (c.1) ato jurídico *stricto sensu* e (c.2) negócio jurídico¹⁹.

do fato jurídico (o elemento cerne do suporte fático hipotético), conduz a que se possa classificar qualquer de suas espécies com um grau de certeza praticamente absoluto. Basta conhecer a descrição normativa do suporte fático para que se possa identificar de qual espécie se trata.” in *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 170.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA compara a incidência das normas jurídicas sobre os fatos da vida a “algo como uma prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceituais” in *Tratado de direito privado... op. cit.*, p. 6.

¹⁷ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 81.

¹⁸ *Tratado de direito privado... op. cit.*, p. 77.

¹⁹ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 175-177. Apesar de este trabalho ter adotado a referida classificação, deve-se esclarecer que diversas outras formas de classificação dos fatos jurídicos foram desenvolvidas pela doutrina. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, por exemplo, divide os fatos jurídicos em (a) fatos jurídicos em sentido estrito, (b) atos jurídicos em sentido estrito e (c) atos jurídicos. Os fatos jurídicos em sentido estrito subdividem-se em (a.1) fatos naturais e (a.2) atos-fatos; já os atos jurídicos em sentido estrito subdividem-se em (b.1) atos intransitivos, (b.2) ações materiais e (b.3) declarações em geral. Por fim, compõem os atos jurídicos os (c.1) atos de hierarquia e os (c.2) negócios jurídicos. Para a definição de cada um desses atos, consultar a sua obra *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. 1986. 244 f. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 31-40. Ainda com o intuito de noticiar classificação distinta da adotada no presente trabalho, faz-se referência àquela apresentada por ORLANDO GOMES, na qual os fatos jurídicos dividem-se em (a) fatos jurídicos *stricto sensu* e (b) atos jurídicos, que por sua vez subdividem-se em (b.1) negócios jurídicos e (b.2) atos jurídicos *stricto sensu* ou atos não negociais. Estes últimos também se

O *fato jurídico* stricto sensu, como já referido acima, é aquele que ocorre por ação da natureza ou é causado por animal, sem que ato humano concorra essencialmente para a sua configuração. Mesmo que o fato natural esteja de alguma maneira ligado a um ato humano, este não constitui dado essencial à existência daquele. São exemplos o nascimento, a morte, a maioridade, a confusão, a produção de frutos, a avulsão, o terremoto, raio ou tempestade que constituem caso de força maior²⁰.

Adentrando-se o terreno dos fatos jurídicos decorrentes da atividade humana, tem-se inicialmente, o *ato-fato jurídico*. Trata-se do ato humano em que a vontade de praticá-lo é completamente abstraída pela norma jurídica que sobre ele incide, importando apenas a consequência, o resultado do referido fato, e não a vontade que levou à sua prática. Explica MARCOS BERNARDES DE MELLO que “como o ato que está à base do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem”²¹. São exemplos a caça, a pesca, a especificação, a comistão, o achado do tesouro, entre outros²².

O *ato jurídico* lato sensu, por sua vez, é todo fato em cuja base esteja uma manifestação de vontade consciente voltada a um resultado protegido ou não proibido pelo direito. São elementos essenciais à sua formação (I) o ato humano de manifestação ou declaração de vontade, (II) a consciência dessa manifestação de vontade, no sentido de que a pessoa tenha o objetivo de praticar ato juridicamente relevante, e (III) que o resultado de tal ato seja protegido ou pelo menos não proibido pelo direito positivo²³. O ato jurídico *lato sensu* se divide em duas espécies, conforme seja possível ou não a quem o pratica a escolha da categoria jurídica ou a alteração de seus efeitos. São elas o ato jurídico *stricto sensu* e, o que mais interessa ao presente trabalho, o negócio jurídico.

subdividem em (b.2.1) atos materiais e (b.2.2) participações ou comunicações. Para a definição dos fatos incluídos em cada uma dessas categorias, consultar *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 72-92.

²⁰ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...* op. cit., p. 185 e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*, v. 1, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 317.

²¹ *Teoria do fato jurídico: plano da existência...* op. cit., p. 188.

²² Ressalte-se que também os exemplos apresentados pelos autores que se dedicaram ao estudo do negócio jurídico diferem conforme a classificação adotada por cada um. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, por exemplo, entende que a caça, a pesca e o tesouro são atos jurídicos em sentido estrito, pois exigem a “colocação da coisa na esfera de poder do possuidor, com sua consciência dessa situação” in *Negócio jurídico e declaração negocial...* op. cit., p. 32.

²³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...* op. cit., p. 198.

O *ato jurídico* stricto sensu é caracterizado pela vontade livre e consciente do agente em praticar o ato, sem se considerar a sua vontade na produção de resultados. Dessa forma, a vontade manifestada por quem pratica o ato produz apenas efeitos necessários, preestabelecidos pelas normas jurídicas, os quais são invariáveis. Conforme novamente PONTES DE MIRANDA, “é *ex lege* que lhes decorrem a juridicidade e a eficácia: a lei os faz jurídicos e lhes atribui efeitos, quer os tenham querido, ou não as pessoas que os praticaram”²⁴. São exemplos a interpelação do devedor para constituição em mora, a permissão para sublocar, quando o contrato de locação assim o exigir, o reconhecimento de paternidade ou maternidade, a quitação, a constituição de domicílio e a gestão de negócios²⁵.

Finalmente, o *negócio jurídico* tem como principal característica, além da vontade manifestada com vistas à prática de determinado ato juridicamente relevante, a livre escolha da categoria jurídica em que tal ato irá se enquadrar. Os efeitos jurídicos daí decorrentes podem tanto ser previamente determinados pelo ordenamento jurídico quanto igualmente escolhidos pela parte, desde que não contrários à lei. Na definição de PONTES DE MIRANDA, o negócio jurídico é “o ato humano consistente em manifestação, ou manifestações de vontade, como suporte fático, de regra jurídica, ou de regras jurídicas, que lhe deem eficácia jurídica”²⁶. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, cuja contribuição para a teoria do negócio jurídico foi o acréscimo das circunstâncias negociais ao conceito de negócio jurídico, o define como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”²⁷. São

²⁴ *Tratado de direito privado... op. cit.*, p. 84. MARCOS BERNARDES DE MELLO apresenta o seguinte conceito de ato jurídico *stricto sensu*: “fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas” *in Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 220.

²⁵ *Ibidem*, p. 166-167.

²⁶ *Tratado de direito privado: parte geral, tomo I*. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1970, p. 92.

²⁷ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 16. De acordo com a teoria desenvolvida por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, há certas circunstâncias que se somam à declaração de vontade que são socialmente vistas como destinadas a produzir efeitos jurídicos e é isso o que caracteriza o negócio jurídico. Nesse sentido, o autor explica que “a declaração negocial, embora seja o elemento definidor do negócio jurídico, é insuficiente para compor todo o suporte fático de cada negócio jurídico realizado, eis que sempre há necessidade de elementos particulares e, na maior parte dos casos, também de elementos categoriais” *in Negócio jurídico e declaração negocial... op. cit.*, p. 27. Tais elementos são essenciais, como a coisa, o preço e o consenso na compra e venda, ou acidentais, como a condição, o termo e o encargo.

exemplos o casamento, a compra e venda e os mais diversos tipos de contratos que podem ser celebrados pelas pessoas.

Percebe-se que, diferentemente do *ato jurídico em sentido estrito*, no qual mesmo que haja vontade, ela não é qualificada por sua finalidade jurídica de constituir direitos, o *negócio jurídico* é visto justamente como instrumento por meio do qual a vontade das partes atua, de forma a privilegiar a sua autonomia e liberdade. Se no *ato jurídico em sentido estrito* praticamente não existe poder de escolha da categoria jurídica, no *negócio jurídico* esse poder sempre existe, com amplitude que varia de acordo com os seus tipos²⁸.

Ressalte-se, contudo, que o conceito de negócio jurídico atualmente aceito e compartilhado pela doutrina pátria²⁹ nem sempre foi este, com foco em sua estrutura. A origem da expressão *negócio jurídico* é atribuída aos Pandectistas, que a teriam utilizado pela primeira vez no início do século XIX, desenvolvendo um conceito fortemente inspirado pela ideologia liberal, por meio da qual se buscava garantir a máxima autonomia e liberdade individual em relação ao Estado³⁰. Nesse contexto, desenvolveu-se a *teoria voluntarista*, que conceituava o negócio jurídico como manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, entendendo-se que tais efeitos eram decorrência direta da vontade negocial. Em última análise, a vontade seria o próprio negócio jurídico.

²⁸ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 222. EMILIO BETTI, que se opunha ao dogma da vontade como gênese do negócio jurídico – o qual será melhor explicado a seguir –, não deixava de considerar sua importância, aduzindo que, por meio desse ato, “il singolo regola da sé i propri interessi nei rapporti con altri (atto di autonomia privata): atto, al quale il diritto ricollega gli effetti piú conformi alla funzione economico-sociale che ne caratterizza il tipo (tipica in questo senso)” in *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 55. Tradução livre: o indivíduo regula seus próprios interesses nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato, ao qual o direito associa os efeitos mais conformes à função econômico-social que caracteriza o tipo (típico, neste sentido).

²⁹ Também apresentam concepção do negócio jurídico fundada na estrutura do ato RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: parte geral, v. 1*, 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 170; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil, v. 1*, 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 401; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro... op. cit.*, p. 320-321, entre outros.

³⁰ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 222. A primeira formulação de uma teoria do negócio jurídico foi feita por SAVIGNY, que, de acordo com WERNER FLUME, “trató sobre todo del elemento de la voluntad en el negocio juridico, no en vano la llamada teoría de la voluntad está vinculada preferentemente a su nombre. SAVIGNY trató como sinónimos los términos ‘negocio jurídico’ y ‘declaración de voluntad’” in *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*. Tradução de José María Miquel González e Esther Gómez Calle. 4 ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 56. No mesmo sentido, FERRI, Giovanni. *Il negozio giuridico tra liberta e norma*. Rimini: Maggioli, 1989, p. 16 e MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 23.

Apesar de essa teoria ainda estar presente em algumas definições de negócio jurídico e ter sido adotada pelo Código Civil brasileiro de 1916³¹, o aprimoramento científico da matéria fez com que a concepção de negócio baseada essencialmente na vontade passasse a ser criticada. Conforme explica CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, a teoria voluntarista do negócio jurídico “fazia repousar sobre a vontade os seus efeitos jurígenos, como se a vontade não precisasse, para alcançar esses efeitos, ser declarada de modo consoante com as exigências valorativas do ordenamento”³². Passou-se a compreender que a exteriorização de vontade somente poderia dar origem a um negócio jurídico se sobre ela incidisse uma norma jurídica que a previsse como suporte fático, sem o que permaneceria como mero fato da vida, sem importância³³.

Se não é a vontade que cria efeitos, mas sim a norma jurídica que sobre ela incide, o negócio jurídico passou a ser visto pela chamada *teoria preceptiva* ou *normativista* simplesmente como uma norma jurídica individual, concreta. HANS KELSEN, um de seus mais conhecidos defensores, entendia o negócio jurídico como um fato produtor de normas, comparando-o à atividade legislativa. Em suas palavras, “na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular suas relações mútuas”³⁴.

Essa concepção do negócio jurídico também foi alvo de críticas, pois, assim como a teoria que a precedeu, levava em consideração apenas um aspecto do instituto, que nesse caso era o normativo, desprezando o papel da vontade na sua formação. A equiparação de negócio

³¹ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia... op. cit.*, p. 4.

³² Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico in LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 391. Contundente a crítica de EMILIO BETTI ao dogma da vontade, veja-se: “una definizione ancor oggi comune in dottrina, dove è divenuta tralatizia per una sorta di inerzia mentale, caratterizza invece il negozio come una manifestazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici. Ma codesta qualifica formale, scialba e incolore, ispirata al ‘dogma della volontà’ non ne coglie l’essenza. La quale sta nell’autoregolamento d’interessi nei rapporti privati, come *fatto sociale*: autoregolamento, dunque, che il singolo deve non limitarsi a desiderare, a ‘volere’ nella sfera interna della coscienza, ma piuttosto disporre, ossia attuare oggettivamente.” (Tradução livre: “uma definição ainda hoje comum na doutrina, que se tornou tradicional por uma espécie de inércia mental, caracteriza ao contrário o negócio como uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos. Mas esta qualificação formal, insípida e incolor, inspirada no ‘dogma da vontade’ não capta a sua essência. A qual está no autorregulamento de interesses nas relações privadas, como *fato social*: autorregulamento, portanto, em que o indivíduo não deve se limitar a desejar, a ‘querer’ na esfera interna da sua consciência, mas sim dispor, ou seja, atuar objetivamente.”) in *Teoria generale del negozio giuridico...op. cit.*, p. 57.

³³ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 228.

³⁴ *Teoria pura do direito*, 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 285.

a norma jurídica foi considerada artificial pela doutrina que a sucedeu³⁵, já que prevaleceu o entendimento de que as partes poderiam criar, pelo exercício de sua autonomia, relações jurídicas, mas não normas. Os negócios jurídicos não incidiriam sobre fatos do mundo tornando-os fatos jurídicos, mas eles próprios seriam esses fatos jurídicos³⁶. A esse respeito, VICENTE RÁO admite o caráter preceptivo do negócio jurídico, mas ressalva que “seus preceitos não constituem *normas jurídicas*, são de natureza privada, vigoram apenas entre os interessados e sofrem as determinações e limitações impostas pelo ordenamento jurídico, que lhes confere eficácia e os protege”³⁷.

Atualmente, as mudanças políticas, sociais e econômicas pelas quais o mundo passa adicionaram ao negócio jurídico clássico fenômenos que de certa forma o desvirtuam, tais como o contrato de adesão, o contrato necessário e o desenvolvimento da concepção de função social do contrato³⁸. O legislador passou a se preocupar não apenas com o indivíduo que manifesta a sua vontade durante a celebração do negócio jurídico, no sentido de fazê-la prevalecer, mas também procurou assegurar a confiança do destinatário e de terceiros

³⁵ “Não mais feliz, como fundamentação, é a idéia de autonomia como poder de fixar regras para si mesmo. Dita ‘autonomia privada’, ela, aqui, ou é algo nebuloso, colocado fora da ordem jurídica, um *poder metajurídico* ligado a cada sujeito (mas não seria isso a própria pessoa?), ou há de ser entendida como um *poder jurídico* concedido pelo ordenamento a cada um para determinar suas próprias relações jurídicas. (...) A pretexto de teoria pura do direito, fecha-se o ordenamento jurídico em si mesmo, corta-se qualquer influxo ‘de fora’ e, naturalmente, a sociedade desaparece, substituída por normas supra e infra-ordenadas.” In AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial... op. cit.*, p. 78-79.

³⁶ Conforme explica MARCOS BERNARDES DE MELLO, “O negócio jurídico, em si, é apenas um fato jurídico, resultante, portanto, da incidência de normas jurídicas. Ademais, como já demonstramos, mesmo nos casos em que, por indeterminação absoluta das normas jurídicas, não haja normas específicas sobre certo negócio jurídico, em campo jurídico em que vigore o princípio da liberdade na criação de tipos negociais – no direito das obrigações, por exemplo –, a vontade que estrutura um negócio jurídico, regulando direitos e obrigações, embora, aparentemente, esteja *criando normas* que se aplicariam, específica e exclusivamente (por isso se dizem individuais), àquele negócio, na verdade está tão somente aplicando normas jurídicas do ordenamento jurídico, às vezes implícitas, em decorrência de permissivo resultante da própria indeterminação normativa” in *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 243-244.

³⁷ *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 51. Para descrição mais detalhada sobre as concepções do conceito de negócio jurídico, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 110 e seguintes.

³⁸ “a massificação da produção e do consumo teria tornado inviável a concepção liberal do contrato ou do negócio jurídico. No contrato-padrão, no contrato de adesão, no contrato-tipo, no contrato administrativo, no chamado contrato necessário, cada vez mais abundantes e frequentes na rotina das pessoas, não haveria vontade livre de estipulação e de negociação, a acarretar a referida crise. Ao lado disso, os excessivos intervencionismos legislativo, regulatório e estatal esbateriam ou, até mesmo, eliminariam a configuração e as características dos negócios jurídicos” in CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro* in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 30.

eventualmente atingidos por aquela declaração. Dessa forma, a denominada *teoria da confiança* tem sido acolhida pelos estudiosos do tema por, ao mesmo tempo, proteger a boa fé do declaratório e de terceiros e atender aos interesses do declarante³⁹.

Deve-se ter em mente que o negócio jurídico é, antes de tudo, um *fato social*. Isso porque se origina dos atos a que determinada sociedade, em determinado momento histórico, atribui efeitos jurídicos⁴⁰. Portanto, assim como a sociedade, o conceito de negócio jurídico está em constante mudança.

Apesar disso, ainda é possível pensar o instituto como ato de autonomia privada e liberdade de regulação dos interesses dos indivíduos, apenas limitado e condicionado pelo Estado, que submete os efeitos jurídicos buscados pelas partes aos valores dispostos no ordenamento⁴¹. Por esse motivo, apesar de estar em constante mudança, é possível, considerando os elementos acima referidos, estabelecer o conceito de negócio jurídico que será utilizado no presente trabalho, qual seja, o formulado por MARCOS BERNARDES DE MELLO de

fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.⁴²

1.2 TEORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL: APRESENTAÇÃO E PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES

1.2.1 A NATUREZA PROCESSUAL DOS FATOS JURÍDICOS

Assim como os acontecimentos da vida dispostos nas normas de direito material podem ser classificados de diversas formas, com base em variadas dimensões do fenômeno

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa, 1988, p. 23.

⁴⁰ Conforme defende ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “não é o direito posto, o direito estatal, que dá o caráter de negócio jurídico a determinados atos; o direito posto recebe, quase sem refração, o que é considerado negócio jurídico pelo grupo social” in *Negócio jurídico e declaração negocial... op. cit.*, p. 8.

⁴¹ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico in LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil... op. cit.*, p. 391.

⁴² *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 245.

jurídico, os acontecimentos dispostos nas normas processuais também podem sê-lo. Desse modo, a classificação acima apresentada, cujo foco é a estrutura normativa, pela sua atualidade e grande aceitação pela doutrina, será utilizada no presente trabalho, com as devidas adaptações, para a análise e classificação dos acontecimentos processuais, dentre os quais se inclui o negócio jurídico processual⁴³.

Antes de se proceder à classificação dos acontecimentos processuais dentro da teoria do fato jurídico, é importante estabelecer o que se entende por ato ou fato *processual*. Em outras palavras, importa investigar quais características devem estar presentes para que se possa atribuir a determinado acontecimento (ato ou fato) a qualidade de *processual*. O ato ou fato deve ocorrer no processo, durante a sua tramitação, ou pode ser-lhe anterior, apenas produzindo efeitos no processo em andamento?

A respeito dessa questão, que é importante para que se estabeleça o regime jurídico a que referido ato ou fato estará submetido, a doutrina diverge. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, por exemplo, entende que só pode ser considerado *processual* o ato realizado por algum dos sujeitos processuais e que seja dotado de capacidade de produzir efeitos sobre o próprio processo⁴⁴. Compartilhando desse entendimento, CALMON DE PASSOS ressalta que não basta que os atos (aqui considerados em sentido lato) produzam efeitos processuais; para serem considerados eles mesmos processuais, é imprescindível serem praticados no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo e terem aptidão de produzir efeitos no processo também⁴⁵.

⁴³ Conforme aduz BRUNO GARCIA REDONDO, “essa classificação geral, muito referida no Direito Civil, vem sendo transportada, com as adaptações necessárias, para o Direito Processual Civil, tornando-se cada vez maior o contingente de processualistas que passam a fazer referência expressa aos fatos jurídicos processuais” in *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil brasileiro*. 2013. 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 23. No mesmo sentido, BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual... *op. cit.*; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. 1, 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 237 ss.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 32.

⁴⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 485.

⁴⁵ *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 53. No mesmo sentido, ainda, SANDRO GILBERT MARTINS, para o qual o ato processual “a) somente pode e deve ser praticado no processo, sendo regido, pois, pela disciplina estabelecida pelas leis do processo (tipicidade); b) ser praticado por sujeito que se apresente no processo ou na relação processual; c) que integre o procedimento; e d) que produza no processo efeitos processuais” in *Processo, procedimento e ato processual: o plano da eficácia*. São Paulo: Elsevier, 2012, p. 18. Esse mesmo autor apresenta na página mencionada extensa lista de

Em contrapartida, FRANCESCO CARNELUTTI, em monumental obra dedicada ao assunto, considera que um fato jurídico pode ser considerado processual não porque seja realizado no processo, mas porque seja capaz de transformar-se em uma situação jurídica processual, a que chama “transcendência jurídica”⁴⁶. Isso porque certos fatos realizados fora do âmbito processual, ou seja, em circunstâncias de tempo e lugar distintas daquelas do processo, possuiriam efeitos processuais, sendo que, por outro lado, diversos fatos realizados no processo poderiam não ter efeitos processuais. Apresenta como exemplo de fato que ocorre no processo, mas não se torna processual, uma testemunha que ofende o juiz durante uma audiência; como exemplo de fato realizado fora do processo que se torna processual, a cláusula compromissória assinada pelas partes em um contrato, momento em que sequer há um litígio ou um processo entre elas⁴⁷.

PONTES DE MIRANDA parece possuir posição intermediária, já que, por um lado, considera processuais os atos que se praticam à parte ou fora do processo com finalidade processual, fazendo referência aos atos do “direito material pré-processual”, os quais, ao entrarem no processo, se revestiriam de processualidade. Por outro lado, aduz que “o que é de direito material continua preso, lá fora, a esse direito”. Dessa forma, para o autor, o ato de direito material praticado fora do processo, mesmo com a finalidade de fazer parte dele, não poderia ser considerado, em si, processual. Ele apenas adquiriria tal característica quando

outros autores adeptos da mesma concepção de ato processual, a qual não será repetida no presente estudo, cujo foco se afasta de maior aprofundamento da questão.

⁴⁶ *Sistema de derecho procesal civil, v. III: actos del proceso*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944, p. 69-70.

⁴⁷ *Ibidem*. A esse respeito, ANTONIO PALERMO apresenta a seguinte distinção entre fatos jurídicos e fatos jurídicos *processuais*: “I fatti giuridici in genere quindi, si distinguono dai fatti giuridici processuali secondo questo criterio: ogni fatto (naturale o umano) al quale il diritto ricollegghi direttamente ed immediatamente conseguenze giuridiche, cioè la nascita, la modificazione o l’estinzione di rapporti giuridici, è fatto giuridico; sarà fatto giuridico processuale, invece, quel fatto (naturale o umano) al quale il diritto ricollegghi, per il tramite della funzione giurisdizionale, conseguenze dirette a produrre la nascita, la modificazione o l’estinzione di un rapporto giuridico processuale, in considerazione dello scopo al quale tale fatto è diretto, che è l’attuazione del diritto obbiettivo” in *Contributo alla teoria degli atti processuali*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938, p. 19. (Tradução livre: “Os fatos jurídicos em geral, portanto, distinguem-se dos fatos processuais de acordo com este critério: cada fato (natural ou humano) ao qual o direito atribua direta e imediatamente consequências jurídicas, isto é, o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas, é fato jurídico; ao contrário, será fato jurídico processual aquele fato (natural ou humano) ao qual o direito atribua, por meio da função jurisdicional, consequências que produzam diretamente o nascimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica processual, tendo em vista o escopo a que tal fato é direcionado, que é a atuação do direito objetivo”).

passasse pelo expediente de “processualização”, que se constituiria na maior parte dos casos, na homologação pelo juiz⁴⁸.

FREDIE DIDIER JR. e PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA resumem a divergência doutrinária sobre o conceito do fato jurídico processual, apresentando quatro correntes distintas, as quais consideram processuais os fatos que *a)* produzam efeitos no processo, *b)* sejam praticados apenas pelos sujeitos da relação processual, *c)* sejam praticados apenas em sede processual, ou ainda *d)* sejam concomitantemente praticados no processo e pelos sujeitos processuais⁴⁹.

Referidos autores, por sua vez, defendem a ideia de que a sede em que o ato é realizado é irrelevante para defini-lo como processual ou não: “o ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento”⁵⁰. E acrescentam que esse ato pode ser realizado durante o percurso do procedimento ou fora do processo, bastando que interfira de algum modo na relação jurídica processual⁵¹.

O Código de Processo Civil de 2015, que disciplina os atos processuais em seu livro IV a partir do artigo 188, dentre os quais se incluem os negócios processuais, não apresenta conceito ou critério caracterizador desses atos como processuais.

Ora, para que se desenvolva o conceito não apenas de fato jurídico processual, mas principalmente de negócio processual, é indispensável que a estanque separação entre atos materiais e processuais – antes tão importante para a afirmação da autonomia do Processo –, seja relativizada. Há atos praticados fora do processo, por pessoas que podem nunca se tornar partes em um processo, que possuem *eficácia processual*, como é o caso da cláusula de eleição de foro inserida em um contrato de compra e venda ou de locação. Há também atos praticados dentro do processo cujos efeitos serão produzidos no âmbito do direito material: é o caso da citação válida que interrompe a prescrição⁵². Um ato pode ter certos aspectos regulados pelo direito material e outros pelo direito processual: trata-se do regime jurídico

⁴⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 154-281)*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 17-18.

⁴⁹ Cf. *Teoria dos fatos jurídicos processuais... op. cit.*, p. 29-30.

⁵⁰ *Teoria dos fatos jurídicos processuais... op. cit.*, p. 31.

⁵¹ *Ibidem*. No mesmo sentido, ANTONIO DO PASSO CABRAL ressalta que “não importa se o acordo foi firmado dentro ou fora do processo, ou se foi celebrado por sujeitos processuais. Também não é útil verificar se seu objeto abrange a aplicação de norma processual. O melhor critério é aquele que leva em consideração os efeitos que a convenção pretende produzir. (...) Relevante é a aptidão do acordo para produzir efeitos jurídicos no processo, ou sua referibilidade a um processo, atual ou potencial” in *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 62.

⁵² NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais... op. cit.*, p. 42.

misto⁵³, ao qual o negócio processual se submete e no qual se entrelaçam normas materiais e processuais (*infra*, capítulo IV).

Caso se considere que processuais são os atos realizados apenas *no processo*, perde-se em grande parte a utilidade do instituto analisado, justamente revitalizado pelo novo Código de Processo Civil com o objetivo de tornar mais célere e participativo o processo⁵⁴. Isso porque o momento anterior à instauração do processo judicial é o mais adequado para a celebração entre as partes de negócios jurídicos que tenham por objeto matéria processual. Nesse momento, ainda predomina entre as partes clima amistoso no qual se torna mais fácil estabelecer regras sobre o eventual descumprimento do acordado e sobre o processo que poderá ser instaurado caso isso aconteça⁵⁵.

Dessa forma, para que sejam desenvolvidas as investigações que se pretende no presente trabalho, acolhe-se a definição de fato processual levando-se em consideração principalmente a *eficácia processual* do evento, o qual pode ocorrer dentro ou fora do processo. Assim, são fatos jurídicos *lato sensu* processuais quaisquer acontecimentos, incluindo-se manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, que estejam descritos em normas jurídicas processuais e cujos efeitos se produzam no processo⁵⁶.

⁵³ De acordo com FREDIE DIDIER JR. e PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA “não interessa, dogmaticamente, discutir se o fato em questão, diante de tais circunstâncias, seria de direito substancial ou de direito processual. Esse fenômeno pode ser satisfatoriamente explicado como manifestação da incidência múltipla das normas jurídicas” *in Teoria dos fatos jurídicos processuais... op. cit.*, p. 34.

⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, um dos primeiros processualistas brasileiros a discorrer sobre o negócio jurídico processual – a que denomina “convenção sobre matéria processual” expôs o problema da seguinte forma: “poucas questões são mais controvertidas em doutrina que a da identificação da diferença específica pela qual os atos processuais se destacam da massa dos atos jurídicos em geral. (...) Se para a caracterização se exigir a inserção do ato na cadeia procedimental, a circunstância de realizar-se *no processo* – conforme tem sustentado vozes de prestígio – inevitavelmente se terão de excluir da espécie muitas das convenções de que cuida este trabalho” *in Convenções das partes sobre matéria processual, Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, p. 182-191, jan/1984.

⁵⁵ Conforme aduz o professor francês LOÏC CADIET, “il est plus facile de se mettre d’accord sur la manière de régler le litige à naître que sur le règlement d’un litige né et déjà cristallisé” *in Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges, Revista de Processo*, São Paulo, v. 160, p. 61, jun/2008. Tradução livre: É mais fácil obter um acordo sobre a forma de resolver um litígio que ainda não nasceu do que sobre a resolução de um litígio instaurado e já solidificado. Ainda sobre o estabelecimento de regras processuais antes do surgimento do litígio, o autor considera que tal ato constitui um exercício de “sabedoria contratual”, pois nesse momento inicial de celebração de contrato, “l’accord règne entre les parties et cette entente leur permet précisément d’envisager, à froid si ce n’est avec sérénité, l’inexécution éventuelle de leurs obligations et la solution du désaccord futur qui pourrait en résulter” (Tradução livre: existe acordo entre as partes e esse entendimento lhes permite justamente projetar, refletidamente, se não com serenidade, o eventual descumprimento de suas obrigações e a solução do futuro desacordo que disso possa resultar).

⁵⁶ De acordo com FREDIE DIDIER JR. e PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, “todo fato processual há de pressupor um procedimento a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior, isto é, fora da ‘sede’ processual. Essa

1.2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Apresentadas essas premissas, passa-se à efetiva análise dos fatos jurídicos processuais. O fato jurídico *lato sensu* processual se divide em (a) fato jurídico *stricto sensu* processual, (b) ato-fato jurídico processual e (c) ato jurídico *lato sensu* processual, que por sua vez se subdivide em (c.1) ato jurídico *stricto sensu* processual e (c.2) negócio jurídico processual⁵⁷.

O *fato jurídico stricto sensu processual* é o acontecimento para cuja realização não se exige a participação de conduta humana, e que seja apto a gerar consequências jurídicas no processo. Exemplo sempre apresentado pela doutrina que trata do assunto é a morte da parte, seu representante ou procurador, que é acontecimento natural e gera a suspensão do processo (artigo 313 do Código de Processo Civil). Outros exemplos são o avançar da idade, que pode levar à prioridade na tramitação processual (artigo 71 do Estatuto do Idoso) ou à desnecessidade de representação processual (artigo 71 do Código de Processo Civil), uma inundação que configure motivo de força maior e leve à suspensão de um prazo processual (artigo 313 do Código de Processo Civil), ou ainda um raio que cause incêndio no fórum e

contemporaneidade entre o fato e o procedimento não significa simultaneidade, por ser possível a não coincidência, cronologicamente falando, dos dois elementos (v.g., a cláusula compromissória e o posterior ajuizamento da ação; a cessão de direito litigioso quando já pendente o processo)” in *Teoria dos fatos jurídicos processuais... op. cit.*, p. 32. No mesmo sentido, PAULA SARNO BRAGA entende que o fato jurídico processual em sentido lato é “o fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência de uma norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo. Frise-se, o fato pode ser intraprocessual – ocorrendo no curso do procedimento – ou extraprocessual – ocorrendo fora do procedimento, tanto faz. O que importa é que recaia sobre ele hipótese normativa processual, juridicizando-o, e potencializando a produção de consequência jurídica no bojo de um processo” in *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência... op. cit.*

⁵⁷ Há autores que não admitem essa divisão teórica do fato processual em categorias. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, por exemplo, considera que todos os acontecimentos que repercutem no processo são *fatos jurídicos processuais*, veja-se: “existem acontecimentos – humanos ou não, voluntários ou não, realizados ou não no processo – que, mesmo sem se qualificarem como *atos jurídicos* produzem efeitos sobre o processo e por isso precisam ser considerados no sistema processual. Eles são os *fatos jurídicos processuais*, que se integram no conceito mais amplo de fato jurídico *lato sensu*.” In *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 2... *op. cit.*, p. 485. Apresentando classificação semelhante à adotada no presente trabalho, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 45.

queime os autos físicos, gerando a necessidade de restaurá-los (artigo 712 do Código de Processo Civil)⁵⁸.

Já o *ato-fato jurídico processual* caracteriza-se como uma conduta humana que igualmente provoca mudanças no processo, mas para cuja realização não é considerada a vontade da parte. Em outras palavras, trata-se de fato produzido por uma pessoa, sem que a norma processual que prevê tal conduta julgue relevante a vontade de realizar o ato, pois considera somente a consequência prática resultante no processo⁵⁹. A revelia (artigo 344 do Código de Processo Civil), por exemplo, é vista como ato-fato processual, já que é irrelevante saber se o réu quis deixar de contestar a demanda ou não. Independentemente de sua real vontade, os efeitos processuais da revelia são os mesmos⁶⁰. Outros exemplos de ato-fato processual abrangem o adiantamento de custas processuais, o preparo (artigo 82 e seguintes do Código de Processo Civil) e a responsabilidade decorrente da reforma de sentença objeto de execução provisória (artigo 520 do Código de Processo Civil)⁶¹.

O *ato jurídico lato sensu processual*, por sua vez, é a conduta humana que gera consequências processuais e em que o elemento volitivo é considerado, produzindo no processo resultados juridicamente protegidos ou pelo menos não proibidos pela norma processual. Subdividem-se em *ato jurídico stricto sensu processual* e *negócio jurídico processual*.

São *atos jurídicos processuais em sentido estrito* aqueles comportamentos humanos, para os quais o elemento volitivo é considerado pela norma processual e os quais produzem efeitos processuais previamente estabelecidos. Em outras palavras, “há vontade de praticar o ato, mas não importa se há vontade em produzir os efeitos, pois eles são necessários, pré-

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3... *op. cit.*, p. 485; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência... *op. cit.* e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais...* *op. cit.*, p. 33.

⁵⁹ Cf. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência... *op. cit.* ANTONIO DO PASSO CABRAL não reconhece a categoria do ato-fato processual, pois em seu entendimento “trata-se de uma categoria doutrinária estranha, com nomenclatura confusa, e que parte de premissas, com a devida vênia, antiquadas. (...) Pregar contra a vontade nos atos processuais, ou imaginar que, aqui e ali, arbitrariamente, a vontade possa e deva ser ‘desconsiderada’ porque ‘irrelevante’, parece-nos um fragmento teórico não consentâneo com o Direito do séc. XXI.” In *Convenções processuais...* *op. cit.*, p. 45-46.

⁶⁰ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais...* *op. cit.*, p. 33.

⁶¹ Cf. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais...* *op. cit.*, p. 44.

fixados”⁶². Trata-se da maior parte dos atos realizados no processo⁶³, de conhecimento ou comunicação, tais como a contestação, a penhora e a interposição de recursos⁶⁴.

Chega-se então ao conceito de *negócio jurídico processual*, o qual, pela importância nuclear que possui no presente trabalho, será separadamente tratado no item a seguir.

1.3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

1.3.1 CARACTERIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Seguindo-se a classificação até aqui apresentada, é possível conceituar o *negócio jurídico processual* como todo fato jurídico consistente em declaração⁶⁵ de vontade a que o ordenamento jurídico atribua os *efeitos processuais* designados pelas partes como queridos, os quais deverão se submeter aos limites previstos pelo próprio ordenamento. Não é necessário que a vontade seja declarada em processo já instaurado ou pelas partes do processo, bastando possuir *eficácia processual*. Contudo, é preciso que a declaração de vontade tenha por objeto matéria *processual*, pois também outros tipos de declaração de

⁶² BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência... *op. cit.*

⁶³ Apesar de não considerar a categorização dos fatos processuais apresentada na presente dissertação, é pertinente a observação de CALMON DE PASSOS no sentido de que “os atos praticados no processo, em sua quase totalidade, são *atos jurídicos em sentido estrito*, para os quais se exige ‘a vontade do ato’ sem que se deva cogitar da ‘vontade do resultado’, por motivo de ser o resultado predeterminado pela norma (o direito objetivo) retirando do agente, no particular, qualquer poder de determinação” *in Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 69.

⁶⁴ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência... *op. cit.*

⁶⁵ De acordo com ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO a expressão *declaração de vontade* afigura-se mais adequada do que *manifestação de vontade*, pois entende-se “por manifestação de vontade qualquer ato de vontade, isto é, qualquer exteriorização de vontade consubstanciada em palavras, gestos, comportamentos, etc., e, por declaração, tudo aquilo que socialmente se vê como destinado à produção de efeitos jurídicos, ou seja, a opção por uma ou outra expressão não será simples opção terminológica, na medida em que, como parece ser, a palavra ‘manifestação’ tiver sentido amplo, pouco delimitado, a-técnico, e a expressão ‘declaração de vontade’ tiver o significado preciso de todos aqueles atos (e somente aqueles atos), que são *socialmente reconhecíveis como destinados à produção de efeitos jurídicos*” (grifo original) *in Negócio jurídico: existência, validade e eficácia... op. cit.*, p. 121. A questão relativa aos elementos configuradores do negócio jurídico será tratada no capítulo IV.

vontade podem ter efeitos processuais indiretos ou secundários e nem por isso tornam-se negócios jurídicos processuais⁶⁶.

Em outras palavras, para ser considerado processual, o negócio jurídico pode ser celebrado antes ou concomitantemente à tramitação do processo; o importante é que (a) tenha por objeto matéria processual e (b) produza efeitos no processo.

Foi o entendimento adotado pelo Código de Processo Civil promulgado em 2015, que dispõe em seu artigo 190 verdadeira *cláusula geral de negociação processual*⁶⁷. De acordo com esse dispositivo, nos casos em que o objeto do processo seja direito que admite autocomposição, as partes poderão “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*”. Além disso, o §4º do artigo 373 do mesmo diploma, que trata da distribuição do ônus da prova, prevê expressamente que é possível que as partes celebrem convenção para distribuir o ônus da prova de forma diversa da prevista no Código, *antes ou durante o processo*.

Dessa forma, pelo menos em relação aos negócios processuais, não mais persiste a discussão apresentada no item anterior sobre a *processualidade* dos fatos jurídicos: são processuais e submetem-se também ao regime jurídico processual os atos negociais realizados *fora* do âmbito do processo⁶⁸. Conforme explica LEONARDO GRECO, “o que

⁶⁶ É o caso, por exemplo, da transação, que se celebrada após a instauração do processo tem por efeito extingui-lo, sem, contudo, tornar-se negócio jurídico processual, permanece como negócio privado. A diferenciação será aprofundada no capítulo III deste trabalho.

⁶⁷ A esse respeito, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA aduz que “o novo CPC prevê, em seu art. 190, uma cláusula geral de acordo de procedimento. O processo deve, como se sabe, ser adequado à realidade do direito material, valendo dizer que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado. É preciso, enfim, haver uma adequação do processo às particularidades do caso concreto. (...) A novidade inscrita no art. 190 do novo CPC é conferir às partes igualmente o poder de regular ou modificar o procedimento, ajustando-o às particularidades do seu caso. Por meio de um negócio bilateral, as partes podem modificar detalhes do procedimento” – Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 56-57.

⁶⁸ Parece superado, portanto, o entendimento de ANTONIO PALERMO no sentido de que “noi possiamo designare col nome di negozio giuridico processuale la dichiarazione di volontà di una delle parti o di ambedue, processualmente efficace, emessa nel processo, e rivolta direttamente a creare, modificare o estinguere un determinato rapporto processuale o una singola facoltà od onere di cui il rapporto processuale risulta composto. Qualora, invece, una tale dichiarazione non è emessa nel processo, si avrà un negozio giuridico che potrà esplicitare la sua influenza sul processo e che presenta perciò un contenuto di diritto processuale, ma che appunto perchè è stato posto in essere al di fuori del processo si collega a presupposti di sostanza e di forma di gran lunga diversi. A tale seconda specie di dichiarazione di volontà daremo il nome di negozio giuridico extraprocessuale” *in Contributo alla teoria degli atti processuali... op. cit.*, p. 75. (Tradução livre: nós podemos designar com o nome de negócio jurídico processual a declaração de vontade de uma das partes ou de ambas,

caracteriza as convenções processuais ou é a *sede* do ato – ato integrante da relação processual, praticado no processo –, ou é a sua *finalidade* de produzir efeitos em determinado processo, *presente ou futuro*⁶⁹.

Além da aludida cláusula geral, que permite a celebração de negócios processuais atípicos, o novo Código de Processo Civil aumentou as hipóteses de negócios típicos, valorizando a autonomia das partes e a sua efetiva participação no resultado final do processo⁷⁰.

São alguns exemplos de negócios processuais, dentre muitos outros: a eleição do foro competente (artigo 63 do Código de Processo Civil); a suspensão do processo (artigo 313, inc. II do Código de Processo Civil); o adiamento da audiência (artigo 362, inc. I do Código de Processo Civil); a distribuição diversa do ônus da prova (artigo 373, §§3º e 4º do Código de Processo Civil); a renúncia a prazo (artigo 225 do Código de Processo Civil); a redução de prazos peremptórios, (artigo 222, §1º do Código de Processo Civil); a escolha consensual de perito (artigo 471 do Código de Processo Civil); a audiência para saneamento em cooperação entre as partes e o juiz (artigo 357, §3º do Código de Processo Civil); o saneamento consensual, que delimita os pontos controvertidos a serem examinados pelo juiz (artigo 357, §2º do Código de Processo Civil); a fixação de calendário processual, grande novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 no âmbito da matéria analisada (artigo 191); o chamado *pactum de non petendo*, por meio do qual as partes se comprometem a não ingressar em juízo para solucionar os litígios decorrentes do contrato que celebram⁷¹; e a própria convenção de arbitragem.

processualmente eficaz, emitida no processo, e que visa diretamente a criar, modificar ou extinguir uma determinada relação processual ou uma única faculdade ou ônus de que a relação processual seja composta. Se, no entanto, tal declaração não é emitida no processo, ter-se-á um negócio jurídico que poderá exercer influência sobre o processo e que, portanto, apresenta conteúdo de direito processual, mas que, precisamente porque foi celebrado fora do processo, se associa a pressupostos de forma e conteúdo muito diferentes. A este segundo tipo de declaração dá-se o nome de negócio jurídico extraprocessual).

⁶⁹ Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... *op. cit.*, p. 8. Em sentido contrário, TRÍCIA NAVARRO XAVIER CABRAL entende que “o objeto da convenção em matéria de processo e os sujeitos que a estipulam, isoladamente, não se prestam a qualificar sua natureza jurídica, pois se a convenção é entabulada extrajudicialmente, não pode ser considerada de cunho processual, sujeitando-se, assim, às regras do direito material.” *in* Convenções em matéria processual, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 489-516, mar/2015.

⁷⁰ “o novo CPC contém diversas normas que prestígiam a autonomia da vontade das partes, permitindo que elas negociem sobre o processo, de modo mais evidente do que no CPC/1973. O autorregimento da vontade no processo é permitido, assegurado e respeitado.” – CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 49.

⁷¹ Cf. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... *op. cit.*, p. 14-15.

A definição apresentada se coaduna com os conceitos oferecidos pelos principais autores nacionais que tratam do tema. FREDIE DIDIER JR e PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA definem o negócio jurídico processual como o “fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”⁷².

PAULA SARNO BRAGA, por sua vez, entende haver negócios processuais “quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (como limites variados)”⁷³.

BRUNO GARCIA REDONDO considera que os negócios processuais são aqueles em que a vontade humana se dirige à prática do ato e aos efeitos jurídicos dele decorrentes, sendo o ato mero instrumento para atingir-se a finalidade voluntariamente desejada. O autor ressalta que “o que caracteriza o negócio jurídico como *processual* é tanto o seu *objeto* (procedimento), quanto a sua *finalidade* (produzir efeitos em determinada demanda, presente ou futura)”⁷⁴.

Optando pela denominação *convenção processual*, DIOGO ASSUMPCÃO REZENDE DE ALMEIDA apresenta conceito ligeiramente distinto. Para o autor, as convenções são “pactos firmados entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de fixação de regras entre elas e que servirão para normatizar – de forma distinta daquela prevista na lei – algum aspecto processual ou procedimental da solução de eventual litígio que venha a surgir”⁷⁵. Quando tais convenções são inseridas como cláusulas em determinado contrato, recebem o nome de *cláusulas de diferendo*⁷⁶.

Preferindo também o termo *convenção* para designar os negócios processuais, TRÍCIA NAVARRO XAVIER CABRAL entende que se trata de “fenômeno em que duas ou mais pessoas

⁷² *Teoria dos fatos jurídicos processuais... op. cit.*, p. 58.

⁷³ Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência... *op. cit.*

⁷⁴ *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil brasileiro... op. cit.*, p. 28.

⁷⁵ *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 108.

⁷⁶ *Ibidem*.

expressam declarações de vontade que se fundem para formar um ato uno, novo, com a produção de efeitos processuais”⁷⁷.

Ainda, ANTONIO DO PASSO CABRAL, que elege a nomenclatura *convenção* ou *acordo* para designar o instituto, o conceitua como “negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”⁷⁸.

Diz-se que no negócio jurídico há *autonomia privada* pois o sistema jurídico, ao determinar o conteúdo das relações jurídicas, admite que a vontade das partes escolha, em certos casos, a categoria negocial e as variações quanto a sua irradiação e intensidade⁷⁹. No presente trabalho a expressão *autonomia privada* será usada como sinônimo de autonomia da vontade. Além disso, a expressão *convenção processual* é adequada para designar o instituto objeto do presente estudo quando se estiver diante de negócio bilateral, já que se está sempre diante de vontades convergentes das partes quanto ao escopo do ato praticado⁸⁰. Contudo, a expressão *negócio jurídico processual* abrange também as declarações unilaterais de vontade, além de já ser consagrada na doutrina e de mais fácil compreensão. Por tais motivos, esta última expressão será utilizada nesta dissertação.

Diferentemente do que ocorre no *ato jurídico* stricto sensu *processual*, em que, apesar de haver vontade para a prática do ato, os seus efeitos são invariavelmente dispostos em lei, no *negócio jurídico processual* há vontade da parte tanto em praticar o ato quanto em produzir o seu resultado. E com isso quer-se dizer que a vontade da parte é capaz de fazer com que o ato ingresse em determinada categoria previamente estabelecida em norma e produza os efeitos desejados no processo. Em outras palavras, quando se trata de *ato processual*, a vontade da parte está limitada à escolha entre praticá-lo ou não. Já quando se está diante de *negócio processual*, além de optar pela prática do ato a parte também pode dispor sobre os seus efeitos⁸¹.

⁷⁷ Convenções em matéria processual... *op. cit.*

⁷⁸ *Convenções processuais... op. cit.*, p. 68.

⁷⁹ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 237.

⁸⁰ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 56. No mesmo sentido BARBOSA MOREIRA, *Convenções das partes... op. cit.*

⁸¹ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 49.

Exemplificando, quando uma das partes interpõe recurso de apelação contra sentença, manifesta inequivocamente sua vontade nesse sentido, mas não lhe é dado escolher os efeitos que serão atribuídos ao referido recurso, pois estes estão todos dispostos na lei e ocorrem independentemente da vontade da parte apelante. E, mesmo considerando que a lei disponha sobre determinadas situações em que a apelação não terá efeito suspensivo (artigo 1.012, §1º do Código de Processo Civil), caberá ao recorrente, quando for o caso, simplesmente demonstrar ao juiz que seu caso se enquadra em alguma daquelas disposições (preenche o suporte fático da regra jurídica extraída do artigo 1.012). A eventual produção imediata de efeitos da sentença decorrerá integralmente do que já estava disposto no referido artigo, não importando se a parte queria ou não a produção de tais efeitos. Trata-se de *ato jurídico em sentido estrito processual*.

Por outro lado, quando as partes decidem convencionar a suspensão do processo (artigo 313, inc. II do Código de Processo Civil), lhes é permitido manifestar sua vontade não apenas para escolher entre suspender ou não o processo, mas também para definir as consequências dessa suspensão, como o tempo pelo qual durará e se a prática de determinado ato por alguma das partes implicará em sua revogação, por exemplo. Nesse caso, o resultado do ato praticado pelas partes não está disposto na lei, que lhes deixa certa margem de autonomia para estabelecer elas mesmas tais efeitos. Assim, às partes é permitido escolher ingressar na categoria e também produzir o resultado, o que configura o *negócio jurídico processual*.

A diferença é muito tênue⁸², mas é suficiente para que se reconheça às partes poder de autorregramento, o que não seria possível caso se entendesse que todos os efeitos dos atos processuais decorrem única e exclusivamente da lei⁸³. Mas atente-se para o fato de que tais efeitos tampouco decorrem exclusivamente da vontade manifestada pelas partes; procedem sim de ambos, por meio do fenômeno da *imputação*, ou seja, da atribuição de efeitos jurídicos aos fatos pela lei⁸⁴.

⁸² “Diferentemente do ato jurídico *stricto sensu*, no negócio jurídico a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um” in MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 222.

⁸³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3... *op. cit.*, p. 484.

⁸⁴ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 209.

Essa discussão é importante pois, durante muito tempo, deixou-se de cogitar a possibilidade de celebração de negócios processuais por entender-se que no âmbito do Processo, ramo do Direito Público, todos os efeitos dos atos praticados decorreriam da lei e não necessariamente da vontade, a qual não teria qualquer relevância na produção de tais efeitos⁸⁵. Contudo, deve-se esclarecer que mesmo no plano do direito material não há sempre correspondência entre manifestação de vontade e efeitos resultantes do ato⁸⁶.

Conforme explica EMILIO BETTI, no momento em que se conclui um negócio jurídico, “il processo volitivo deve avere, ed ha normalmente, già percorso il suo *iter*, ha raggiunto la sua mèta definitiva: si è già esaurito e concretato in una ferma risoluzione, e gli effetti sono determinati dall’ordine giuridico in conformità con la funzione del negozio”⁸⁷. Sobre o assunto e fazendo referência específica ao direito brasileiro, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO reforça que “o ordenamento jurídico procura tomar a declaração de vontade como hipótese normativa (hipótese legal) dessa espécie de fato jurídico, que é o negócio jurídico”⁸⁸.

Ora, assim como ocorre no âmbito do direito material, no processo a previsão dos efeitos do negócio jurídico também se encontra na norma jurídica, com a única peculiaridade de que o espaço conferido à autonomia privada no processo judicial é significativamente menor do que aquele existente no direito privado, já que se trata, antes de tudo, de atividade

⁸⁵ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 37.

⁸⁶ “Essa necessidade de correspondência unívoca entre a vontade e os efeitos resultantes do ato – como se todos os efeitos do ato estivessem ligados ao querer do agente –, nem mesmo no plano do direito material se verificaria, daí porque a rejeição ao negócio jurídico processual, por tal argumento, não nos parece decisiva” *in* DIDIER JR.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais... op. cit.*, p. 63.

⁸⁷ *Teoria generale del negozio giuridico... op. cit.*, p. 55. (Tradução livre: o processo volitivo já deve ter, e tem normalmente, percorrido o seu *iter*, atingiu o seu objetivo final: já se exauriu e se concretizou em uma decisão firme, e os efeitos são estabelecidos pela ordem jurídica em conformidade com a função do negócio jurídico). No mesmo sentido a opinião do Professor WERNER FLUME, para o qual “los efectos jurídicos producidos em virtud de la autonomía privada son siempre, ciertamente, efectos jurídicos legales, en la medida en que el acto de autonomía privada sólo tiene eficacia jurídica en virtud del Ordenamiento jurídico.” *In El negocio jurídico: parte general del derecho civil... op. cit.*, p. 25.

⁸⁸ *Negócio jurídico... op. cit.*, p. 18. A esse respeito, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA demonstra que são necessárias tanto a vontade quanto a norma jurídica para que o negócio jurídico produza efeitos: “no negócio jurídico há, pois, a convergência da atuação da vontade e do ordenamento jurídico. Uma vontade orientada no sentido de uma finalidade jurídica, em respeito à qual atribui efeito ao negócio, e em razão de que se diz que aquele efeito decorre diretamente da vontade. Mas não são somente os efeitos previstos ou limitados pela vontade, pois que, muitas vezes, as consequências vão além da previsão do agente. Podemos dizer que a vontade desfecha o negócio no rumo dos efeitos queridos, mas tem de suportar o agente as consequências ligadas pelo ordenamento jurídico à disciplina do próprio ato” - *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil... op. cit.*, p. 401.

estatal por meio da qual se exerce a função pública da jurisdição. Não se pode, contudo, negar vigência à autonomia privada no processo: ela existe, ainda que ocupe espaço consideravelmente menor⁸⁹.

1.3.2 CLASSIFICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Os negócios jurídicos processuais podem ser divididos em diversas classes, de acordo com variados critérios. A importância em classificá-los decorre da necessidade de diferenciá-los de acordo com as consequências decorrentes da aplicação do direito a cada espécie, além de se tratar de método de estudo facilitador da compreensão dessa matéria complexa⁹⁰.

Com esses objetivos, passa-se a analisar nos itens a seguir as diversas classes de negócios jurídicos.

1.3.2.1 NEGÓCIOS TÍPICOS E ATÍPICOS

A classificação dos negócios em (a) *típicos* ou (b) *atípicos* tem como critério a sua prévia disposição e regulamentação em lei. Assim, se a lei disciplina tipicamente o negócio, isto é, dispõe sobre estrutura, conteúdo, objeto e formalidades necessárias para seu aperfeiçoamento, trata-se de *negócio típico*. Por outro lado, se há liberdade na configuração do negócio jurídico, cuja forma e conteúdo não correspondam a nenhum tipo legal previamente estabelecido, está-se diante de *negócio atípico*. Neste segundo caso, trata-se de negócio realizado sem a existência de um modelo a ser seguido, ou seja, o ordenamento

⁸⁹ A mesma opinião foi expressada por BRUNO GARCIA REDONDO, para o qual “a peculiaridade de o autorregramento da vontade encontrar limites mais severos em relação às normas processuais cogentes – se comparado à maior liberdade de que desfruta no âmbito do direito privado – não inviabiliza o reconhecimento da existência de negócios jurídicos processuais” in *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil brasileiro... op. cit.*, p. 30.

⁹⁰ Cf. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico... op. cit.*, p. 275-276.

jurídico permite que as partes envolvidas estruturem um negócio diverso daqueles já dispostos na lei, justamente para que possam adequá-lo aos seus interesses e necessidades⁹¹.

A importância desta classificação decorre da impossibilidade de as partes celebrarem negócios *típicos* de forma diversa daquela disposta na lei. Se há um tipo legal prevendo de forma cogente o conteúdo ou a forma do negócio que se pretende celebrar, a inobservância desses requisitos pode acarretar a sua *nulidade*. Mas não é só. A divisão dos negócios processuais entre típicos e atípicos representa um grande avanço no estudo da matéria, que é a admissão da possibilidade de celebração de negócios não previstos no Código de Processo Civil ou qualquer outra lei que discipline o processo.

Conforme visto, apesar de o Código de Processo Civil de 1973 conter dispositivo admitindo a possibilidade de as partes celebrarem negócios *atípicos* no processo (artigo 158), a interpretação restritiva dessa norma impediu sua aplicação prática. Entendia-se que qualquer possibilidade de modificação procedimental deveria ser *típica* e, portanto, estar previamente disciplinada na lei, sob pena de sua invalidade⁹². Contudo, o Código de Processo Civil de 2015 deixou mais explícita a possibilidade de celebração de negócios processuais *atípicos*, por meio da chamada *cláusula geral de acordo de procedimento*⁹³. Além disso, os negócios típicos passaram a ser mais numerosos, conforme demonstra a análise dos exemplos a seguir expostos.

São exemplos de negócios jurídicos processuais *típicos* (a) o acordo de eleição de foro, disposto nos artigos 62 e 63 do Código de Processo Civil; (b) a convenção para suspensão do processo, disciplinada nos artigos 313, inc. II e 922 do Código de Processo Civil; (c) a convenção de arbitragem, disposta na lei n. 9.307/1996; (d) a convenção sobre a distribuição do ônus da prova, disposta nos parágrafos 3º e 4º do artigo 373 do Código de Processo Civil; (e) o adiamento da audiência por convenção das partes, disposta no inciso I

⁹¹ Os negócios típicos também podem ser chamados *nomeados* ou *nominados*, por possuírem designação própria. Já os negócios atípicos também são conhecidos como *inominados*. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...* op. cit., p. 273.

⁹² Conforme explica ANTONIO DO PASSO CABRAL, “Tradicionalmente, em decorrência da concepção publicista do processo, muitos autores compreendiam que a validade e eficácia dos acordos processuais dependiam de interposição legislativa. Somente a lei poderia estabelecer norma processual, e portanto as convenções processuais só seriam admissíveis quando a lei fosse expressamente providente: só existiriam acordos processuais típicos, tais como o compromisso arbitral, o foro de eleição, as convenções sobre os prazos etc.” in *Convenções processuais...* op. cit., p. 89.

⁹³ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais...* op. cit., p. 90; NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64/2015, p. 261-274, out-dez/2015.

do artigo 362 do Código de Processo Civil; (f) a convenção acerca do calendário dos atos processuais, expressa no artigo 191 do Código de Processo Civil; (g) a liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes, tipificada no inciso I do artigo 509 do Código de Processo Civil; (h) a audiência para saneamento em cooperação entre as partes e o juiz, tipificada no artigo 357, §3º do Código de Processo Civil; (i) o saneamento consensual, que delimita os pontos controvertidos a serem examinados pelo juiz, disposto no artigo 357, §2º do Código de Processo Civil; (j) a escolha consensual de perito, disposta no artigo 471 do Código de Processo Civil.

São exemplos de negócios processuais *atípicos* (a) acordo de rateio de despesas processuais; (b) dispensa consensual de assistente técnico; (c) acordo para não promover execução provisória; (d) acordo para limitar o número de testemunhas; (e) estabelecimento de deveres ou sanções para o caso de descumprimento de determinado negócio jurídico processual; (f) pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória; (g) pacto de disponibilização prévia de documentação; (h) convenção que tenha por objeto intervenções atípicas de terceiro⁹⁴.

1.3.2.2 NEGÓCIOS UNILATERAIS, BILATERAIS E PLURILATERAIS

Os negócios jurídicos processuais também podem ser classificados em (a) *unilaterais*, quando a declaração de vontade de apenas uma parte é necessária para o aperfeiçoamento do negócio; (b) *bilaterais*, quando são necessárias declarações de vontade de duas partes para que o negócio se complete, sendo que tais declarações são convergentes, ou seja, se completam para atingir um fim comum⁹⁵; ou ainda, (c) *plurilaterais*, quando a declaração de vontade de mais de duas partes é precisa para que um fim comum também seja atingido⁹⁶.

⁹⁴ De acordo com HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a possibilidade de se acordar a intervenção atípica de terceiro é uma aplicação muito útil do negócio processual. Apresenta como exemplos a ampliação das hipóteses de assistência e da permissão para denunciação da lida, sucessiva e *per saltum*. In *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*, 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 483.

⁹⁵ De acordo com a clássica lição de EMILIO BETTI, “alla dichiarazione o al comportamento dell’una parte deve di necessità corrispondere una congrua dichiarazione (anche silenziosa: §14) o un congruo contegno dell’altra o delle altre parti. L’incontro e l’esteriore congruità degli atti rispettivi esprime l’accordo delle parti sul regolamento d’interessi in questione.” in *Teoria generale del negozio giuridico... op. cit.*, p. 304. (Tradução livre: “à declaração ou ao comportamento de uma parte deve necessariamente corresponder uma declaração

A importância dessa classificação reside no fato de haver institutos aplicáveis somente aos negócios jurídicos bilaterais, tais como a exceção de contrato não cumprido, disposta nos artigos 476 e 477 do Código Civil, e a resolução por onerosidade excessiva, disposta nos artigos 478 a 480 do mesmo diploma⁹⁷. Além disso, quando se pensa no problema da revogação dos atos das partes, a distinção entre atos ou negócios unilaterais e bilaterais é importante porque, no primeiro caso pode haver a sua revogação por simples declaração unilateral, enquanto no segundo, a revogação unilateral não é possível⁹⁸.

São exemplos de negócios *unilaterais* a desistência do recurso, a renúncia ao direito de recorrer, a desistência do prosseguimento do processo antes da apresentação de contestação e a renúncia a prazo estabelecido exclusivamente em favor de uma das partes. Os negócios *bilaterais* são a maioria, podendo-se apresentar como exemplos, entre outros, o acordo de eleição de foro, a convenção para suspensão do processo, a escolha consensual do perito, conciliador ou mediador e a convenção de arbitragem. Como exemplos de negócios *plurilaterais*, pode-se incluir a celebração de calendário processual⁹⁹ e o saneamento em cooperação entre partes e juiz.

1.3.2.3 NEGÓCIOS PRÉVIOS E INCIDENTAIS

Os negócios jurídicos processuais também podem ser divididos em (a) *prévios*, quando celebrados antes da instauração de um processo judicial, e que geralmente estão

congruente (ainda que silenciosa) ou um comportamento congruente da outra ou das outras partes. O encontro e a congruência externa dos respectivos atos exprimem o acordo das partes a respeito do regramento do interesse em questão”).

⁹⁶ Cf. WALD, Arnoldo. *Direito civil, vol. I: introdução e parte geral*, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 227-228; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral, v. 1... op. cit.*, p. 178.

⁹⁷ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 51.

⁹⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual... op. cit.*

⁹⁹ De acordo com DIOGO ASSUMPCÃO REZENDE DE ALMEIDA, “Como o calendário inclui atos processuais judiciais, a aceitação pelo juiz é imprescindível, não somente como órgão fiscalizador, mas também, nesse caso, como um próprio contratante do acordo processual” in *Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 209-210. Em sentido contrário, EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA aduz que o calendário processual é “negócio bilateral. Dele o juiz não participa como declarante. Limita-se a homologá-lo (o que é um elemento integrativo de eficácia do negócio, não elemento constituinte do seu suporte fático no plano da existência)”. *Calendarização Processual* in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 361. Essa discussão será melhor desenvolvida no capítulo III desta dissertação.

previstos em cláusula de contrato celebrado entre as partes¹⁰⁰; ou (b) *incidentais*, quando celebrados após o processo judicial já ter sido instaurado, e que podem se aperfeiçoar nos próprios autos do processo ou fora deles, dando-se notícia ao juiz em seguida¹⁰¹.

Os negócios do primeiro grupo funcionam não apenas como método de adequação do processo aos interesses das partes envolvidas, mas muitas vezes também como *prevenção* à instauração de processos judiciais, como é o caso das cláusulas que pretendem retirar do Judiciário a solução do litígio. Já em relação aos negócios incidentais, deve-se ressaltar a sua função de instrumento de gestão processual, adequando o procedimento ou incluindo mecanismos complementares aos já previstos na lei processual para adaptar o processo às peculiaridades da causa¹⁰².

São exemplos de negócios processuais *prévios* que visam a excluir do Judiciário o julgamento da demanda, ou, pelo menos, inserir uma fase prévia extraprocessual: (a) o *pactum de non petendo*, por meio do qual o credor se compromete a não cobrar judicialmente seu crédito – e por isso também chamado simplesmente perdão da dívida¹⁰³;

¹⁰⁰ LOÏC CADIET aduz, sobre os negócios *prévios* que “Les parties ne sont pas condamnées à attendre qu’un litige survienne entre elles pour se préoccuper de l’éventualité de le résoudre à l’amiable. En amont de la naissance du litige, le principe de la liberté contractuelle leur offre la possibilité de prévoir, dans leur convention, des clauses relatives à la solution d’un litige éventuel, clauses contractuelles relatives à l’action en justice, plus simplement appelées clauses relatives au règlement des différends, clauses relatives aux litiges ou, de manière encore plus concise, clauses de différend” in *Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges*, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 160, p. 61, jun/2008 (Tradução livre: As partes não estão condenadas a esperar que um litígio surja entre elas para se preocupar com a possibilidade de resolver o problema amigavelmente. Precedendo o nascimento do litígio, o princípio da liberdade de contratar lhes oferece a possibilidade de prever, na sua convenção, cláusulas relativas à solução de um eventual litígio, cláusulas contratuais relativas à ação judicial, mais conhecidas simplesmente como cláusulas de solução de controvérsias, cláusulas relativas aos litígios ou, de maneira ainda mais concisa, cláusulas de diferendo). Observe-se que a nomenclatura “cláusulas de diferendo” é adotada por alguns autores para descrever negócios processuais celebrados no bojo de outro negócio jurídico de direito material. DIOGO ASSUMPTÃO REZENDE DE ALMEIDA explica que “quando inseridas em negócio jurídico que também regula outras questões – como contratos de compra e venda, de aluguel, de mútuo etc. –, recebem o formato de cláusulas de diferendo, que nada mais são do que as disposições contratuais inseridas para disciplinar a solução de eventual contenda que surja da execução do negócio” in *Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 108.

¹⁰¹ Também denominados *antecedentes e subsequentes* por PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA no artigo Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 92.

¹⁰² Cf. CADIET, Loïc. *Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges*, *op. cit.*

¹⁰³ Cf. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... *op. cit.*, A validade de uma cláusula que exclua o acesso das partes ao Judiciário poderia ser questionada, já que violaria diretamente o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal). Contudo, a respeito do assunto, PAULA COSTA E SILVA entende que “o credor que celebra um *pactum de non petendo* não renuncia à titularidade de tal direito, nem tão pouco se vincula a não exercê-lo. Antes fica obrigado a não exercer uma posição jurídica emergente de uma relação jurídico-privada: a exigibilidade (judicial ou

(b) as *obrigações de paz*, de aplicação mais comum no âmbito do direito do trabalho, e que impõem aos interessados a submissão do litígio a um prévio foro de negociação extrajudicial antes da propositura de uma demanda judicial¹⁰⁴; (c) a cláusula compromissória, que exclui a jurisdição estatal para o julgamento do litígio, remetendo-o ao tribunal arbitral. São exemplos de negócios *prévios* que apenas adéquam o procedimento aos interesses das partes: (a) a cláusula de eleição de foro; (b) a redistribuição convencional do ônus da prova; (c) a cláusula que prevê a dispensa de prova de determinado fato; (d) a eleição consensual de perito pelas partes contratantes e quaisquer outras convenções processuais que tiverem por objeto litígio ainda não nascido ou instaurado¹⁰⁵.

Podem ser apresentados como exemplos de negócios *incidentais*: (a) a convenção para a suspensão do processo; (b) a convenção para o adiamento da audiência; (c) a fixação de calendário para a prática dos atos processuais, que não poderia ser objeto de convenção prévia por exigir a participação e concordância do juiz; e (d) o saneamento em cooperação entre as partes e o juiz.

A classificação ora apresentada é importante porque os negócios processuais *prévios* costumam ser parte de outros negócios jurídicos de direito material, inserindo-se em contratos como cláusula processual, chamada cláusula de diferendo¹⁰⁶. Por esse motivo,

extrajudicial) do direito de crédito. E mesmo que se entendesse que estava em causa um dever negocial de não exercício de um direito fundamental, tal não seria razão para excluir peremptoriamente a sua validade, devendo antes aferir-se da possibilidade de uma restrição do direito fundamental em causa (...), dos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade e da ponderação de outros bens constitucionalmente protegidos, entre os quais a liberdade contratual e económica, que poderá merecer particular ponderação nos casos de contratos de exclusão do direito de acção onerosos e, sobretudo, sinalagmáticos. (...) A admissibilidade de uma renúncia extrajudicial ao direito de acção prévia à dedução de certo pedido é derivada directamente do princípio dispositivo: as partes podem dispor – por todos os meios que não seja afectados pelos excepcionais limites à autonomia privada – quer dos factos compreendidos no objecto do processo, quer do próprio direito que os mesmos fundamentam, quer ainda do direito de o fazer valer processualmente.” in *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 311 e 323.

¹⁰⁴ Cf. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... *op. cit.*

¹⁰⁵ Discorrendo acerca do assunto na Itália, FEDERICO CARPI denomina os negócios extraprocessuais como “accordi per il processo”, descrevendo-os como “atti compiuti fuori del processo con efficacia sul processo, ache sui poteri del giudice. Ad esempio: la convenzione d’arbitrato; gli accordi di deroga alla giurisdizione; gli accordi sulle prove; le clausole penali inserite nel contratto” in Introdução. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile – Numero speciale: Accordi di parte e processo*, Milano, p. 1-4, 2008 (Tradução livre: atos realizados fora do processo, com eficácia processual, também sobre os poderes do juiz. Por exemplo: a convenção de arbitragem; os acordos de derrogação da jurisdição; os acordos sobre provas; as cláusulas penais inseridas no contrato).

¹⁰⁶ Cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 108.

regem-se, quanto à forma, pelo direito material e, quanto ao conteúdo, pelo direito processual¹⁰⁷. Além disso, nesses casos aplica-se o mesmo entendimento disposto no artigo 8^a da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), de que as cláusulas de diferendo possuem autonomia em relação às demais previstas no mesmo contrato. Disso decorre que, caso determinado contrato seja considerado nulo, permanece válida a cláusula por meio da qual se realizou convenção processual¹⁰⁸. Já o negócio celebrado no âmbito do processo não goza da mesma autonomia: considerado nulo o ato por meio do qual foi celebrado – por exemplo, uma audiência de conciliação –, não há como considerá-lo subsistente.

Por fim, deve-se ressaltar que quando já instaurado o processo “a liberdade contratual é mais restrita, não apenas pela sede em que a avença terá que ser cumprida – perante o Judiciário – mas também porque entram em jogo interesses públicos”¹⁰⁹.

1.3.2.4 NEGÓCIOS ONEROSOS E GRATUITOS

Os negócios jurídicos também se dividem em (a) *onerosos*, nos quais todas as partes envolvidas obtêm vantagem, a qual corresponde a um sacrifício também de todas as partes, ou, em outras palavras, há *reciprocidade* de prestações entre as partes envolvidas¹¹⁰; e (b) *gratuitos*, que envolvem sacrifício de apenas uma das partes, enquanto a outra apenas obtém vantagem¹¹¹.

¹⁰⁷ Conforme exemplifica ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “um contrato, estipulando qual será o foro em caso de demanda ou que os contratantes terão prazo de recurso em dobro, terá a validade de seu conteúdo fixada pelas leis processuais (será válido, no primeiro caso, art. 111 do Código de Processo Civil, e nulo, no segundo, art. 182 do Código de Processo Civil) e dependerá do direito substancial, quanto a erro, dolo, coação, forma, fim, etc. O compromisso arbitral entra nessa categoria” in *Negócio jurídico e declaração negocial... op. cit.*, p. 55. Os dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 a que o autor faz menção correspondem aos artigos 63 e 222 do novo Código de Processo Civil. A disciplina legal a que se submetem todos os tipos de negócios processuais será estudada mais aprofundadamente no capítulo n. IV desta dissertação.

¹⁰⁸ Cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 114. No mesmo sentido, QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Convenções disciplinadoras do processo judicial, Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 693-732, jan-jun/2014.

¹⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 80.

¹¹⁰ Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral, v. 1... op. cit.*, p. 179. RODRIGUES, Sílvio. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 170;

¹¹¹ Ao apresentar tais categorias de negócio jurídico, EMILIO BETTI aduz que “la questione è sempre di vedere se il profitto destinato alla controparte o al terzo abbia carattere oneroso o gratuito. Il profitto ha carattere oneroso quando rappresenti il corrispettivo di un sacrificio patrimoniale sostenuto in vista de esso, o abbia per contrappeso il compenso di un sacrificio patrimoniale altrui.” In *Teoria generale del negozio giuridico... op.*

No âmbito do processo civil, o benefício que uma das partes obtém em contrapartida ao sacrifício da outra (ou de forma recíproca) corresponde, na verdade a posições jurídicas mais ou menos vantajosas. Não há que se falar em *patrimonialidade* no processo, onde são negociadas situações não patrimoniais – ainda que no âmbito do direito material tais situações possam corresponder a benefício econômico. ANTONIO DO PASSO CABRAL apresenta a seguinte situação, que demonstra a impossibilidade de se atribuir *patrimonialidade* de forma imediata aos negócios processuais: “pensemos na convenção em que as partes renunciam previamente ao recurso em troca de uma negociação que diga respeito à diminuição do valor a que a sentença condenou uma delas”¹¹².

Pode-se considerar como exemplo de negócio *oneroso* a escolha consensual de perito, por meio da qual as partes litigantes obtêm a vantagem de eleger profissional técnico que conheçam ou que seja renomado na área de conhecimento envolvida no processo, mas, por outro lado, sacrificam a possibilidade de arguir o impedimento ou a suspeição do referido *expert*. Como exemplo de negócio *gratuito* pode-se apresentar o *pactum de non petendo*, por meio do qual, como visto, um das partes – o credor – se obriga a não exigir judicialmente seu crédito, temporária ou definitivamente. Trata-se de sacrifício da exigibilidade da dívida sem qualquer benefício correspondente. Outro exemplo de negócio *gratuito* é a distribuição consensual do ônus da prova que atribua apenas a uma das partes o ônus de produzir a prova capaz de solucionar a questão objeto da demanda.

Os negócios jurídicos *onerosos* podem ser subdivididos em (a.1) *comutativos*, quando há necessariamente equivalência entre as prestações das partes, sendo também denominados *sinalagmáticos*; e (a.2) *aleatórios*, quando a prestação de uma parte é certa e a da outra é apenas eventual, inexistindo equivalência entre os direitos e deveres dos interessados. Seu aperfeiçoamento depende de evento futuro, de forma que no momento da celebração do negócio, não é possível saber ao certo quais são exatamente as vantagens e os sacrifícios a que cada parte estará submetida¹¹³.

cit., p. 314. (Tradução livre: a questão diz respeito sempre a ver-se se o proveito à parte contrária ou ao terceiro tem caráter oneroso ou gratuito. O proveito tem caráter oneroso quando representa a contrapartida de um sacrifício patrimonial suportado tendo em vista tal proveito, ou tenha como contrapartida a remuneração de um sacrifício patrimonial de terceiros).

¹¹² *Convenções processuais... op. cit.*, p. 81.

¹¹³ Cf. WALD, Arnoldo. *Direito civil, vol. I: introdução e parte geral*, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 228. No mesmo sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 82.

É exemplo de negócio processual *comutativo* o acordo para eleição de foro, em que as partes abrem mão de propor eventual demanda no foro previsto na lei, como o domicílio do réu, para obter o benefício de escolherem onde desejam demandar¹¹⁴. Já como exemplo de negócio *aleatório* pode ser apresentada a convenção que imponha à parte perdedora em eventual processo judicial que reembolse à outra os custos para demandar. Tais custos podem abranger valores além daqueles a que o juiz costumeiramente já condena a parte sucumbente a pagar, a exemplo de honorários advocatícios contratuais e gastos com o acompanhamento do processo. No momento em que as partes inserem uma cláusula com tal teor em contrato celebrado entre elas, não sabem ainda se haverá litígio, demanda judicial e tampouco quem será a vencedora. Por isso, dependendo o benefício da operação de fato futuro, trata-se de negócio aleatório¹¹⁵.

Por fim, ressalte-se que a importância da divisão dos negócios entre *gratuitos* e *onerosos* e *comutativos* e *aleatórios* está na diferente forma de tutelar aquele que se beneficia de um negócio gratuito e aquele que tem uma situação jurídica sacrificada. Isso porque “a parte que sofre com a redução em sua esfera jurídica apenas deve ser responsabilizada caso atue com dolo”¹¹⁶.

¹¹⁴ Observe-se que não há correspondência exata entre este exemplo e aqueles que costumam ser apresentados no âmbito do direito material, como o contrato de compra e venda, em que as partes possuem interesses materiais contrapostos; no processo, os interesses das partes ao celebrarem negócios jurídicos são convergentes e por isso mesmo, como visto acima, muitos autores preferem chamá-los de *convenções*, como é o caso de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual... op. cit.*; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 53-55; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 108.

¹¹⁵ A rigor, trata-se de negócio jurídico que tem por objeto direito material. Contudo, como se trata de exemplo interessante, aproveita-se para apresentá-lo nesta oportunidade. Incomum no Brasil, tal cláusula na França é chamada “clause de remboursement des frais de procès” e, de acordo com LOÏC CADIET, “ce dispositif peut être associé avec une clause de garantie d’issue, dont l’objet est de faire peser sur l’autre partie au contrat le poids définitif des indemnités auxquelles une partie pourrait être condamnée. D’autres clauses financières sont également envisageables et, du reste, utilisées dans la pratique contractuelle” in *Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges... op. cit.* (Tradução livre: este dispositivo pode ser associado a uma cláusula de garantia de resultado, que tem por objeto impor à outra parte no contrato o peso final das indenizações a que uma parte possa ser condenada. Outras cláusulas financeiras também são possíveis e, afinal, utilizadas na prática contratual).

¹¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 82.

1.3.2.5 NEGÓCIOS SOLENES E NÃO SOLENES

Há negócios jurídicos (a) *solenes*, que precisam ser realizados de determinada e especial maneira para que possam ser válidos; e (b) *não solenes*, ou de forma livre, que são aqueles em que a lei não prescreve forma específica para a sua realização¹¹⁷. Como se sabe, vigora em nosso ordenamento jurídico a regra da *liberdade de forma*¹¹⁸, e por esse motivo, inexistindo prescrição legal quanto à forma, podem os litigantes celebrar negócios processuais no formato que preferirem.

É exemplo de negócio processual *solene* a convenção para eleição de foro, pois a lei impõe como condição indispensável para a produção de efeitos (i) que tal negócio conste de instrumento escrito e (ii) aluda expressamente a determinado negócio jurídico, ou seja, não seja genérico (artigo 63, §1º do Código de Processo Civil).

Como exemplo de negócio processual *não solene* pode ser apresentada a convenção para distribuição diversa do ônus da prova, em que a lei não impõe qualquer solenidade específica para a realização desse negócio, aduzindo apenas que ele pode ser celebrado antes ou durante o processo (artigo 373, §4º do Código de Processo Civil). No caso da convenção sobre o ônus da prova, ROBSON GODINHO defende que mesmo nos casos em que a lei material impõe alguma solenidade para a celebração do negócio jurídico que depois seja objeto do processo em que se pretenda convencionar sobre o ônus da prova, permanece a liberdade de forma, “não só por se tratar de negócio jurídico em todos os aspectos diverso, mas também por não haver disposição acerca do negócio jurídico que é objeto de prova”¹¹⁹.

¹¹⁷ De acordo com a clássica lição de EMILIO BETTI, “negozi formali sono appunto quelli, la cui la forma è tassativamente prefissa dalla legge, cioè vincolata; non formali, quelli in cui la forma è libera, e che pertanto possono compiersi in qualsiasi forma che il costume ritenga strumento di estrinsecazione attendibile e univoco, sufficiente pertanto a rendere socialmente riconoscibile il precetto dell’autonomia privata, di cui in essi si tratta” *in Teoria generale del negozio giurico... op. cit.*, p. 278. (Tradução livre: negócios formais são precisamente aqueles cuja forma é taxativamente prevista na lei, ou seja, vinculada; não formais, aqueles cuja forma é livre, e que, portanto podem realizar-se em qualquer forma que o costume considere como instrumento de manifestação confiável e unívoco, suficiente, portanto, para tornar socialmente reconhecível o preceito da autonomia privada nele referido).

¹¹⁸ O artigo 188 do Código de Processo Civil dispõe que “os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial” e o Código Civil, por sua vez, dispõe em seu artigo 107 que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

¹¹⁹ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 242.

A importância da presente classificação decorre do fato de a *forma* do negócio jurídico, quando estabelecida por lei, constituir um de seus requisitos de validade. Impondo a lei, portanto, que determinado negócio deva ser escrito, realizado na presença de testemunhas, ou qualquer outra solenidade que se possa cogitar, o descumprimento desta determinação pode levar à nulidade do negócio celebrado¹²⁰.

¹²⁰ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência... op. cit.*, p. 272.

2 CAPÍTULO II – BREVE HISTÓRICO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Há notícias sobre o negócio jurídico desde a época de Roma¹²¹ e, certamente, se voltarmos ainda mais no tempo, será também possível encontrar registros dessa espécie de fato jurídico. De acordo com ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o negócio jurídico existe desde a pré-história, sendo “um modo de comportamento humano, uma forma – a jurídica – de os homens se relacionarem, como acontece com a linguagem e a convivência social. Não há sociedade sem negócio jurídico”¹²².

De forma semelhante, também é possível associar determinados institutos romanos com o que atualmente se denomina negócio jurídico *processual*. Um exemplo dessa admissível aproximação é a aceitação, pelas partes, da *litiscontestatio* durante o período *formulário*¹²³, em que a força obrigatória da sentença advinha não da autoridade do seu prolator, mas da convenção por meio da qual autor e réu se comprometiam a acolher e cumprir o que o juiz decidisse¹²⁴. Lembre-se de que, como a função judiciária era exercida por particulares, e não por uma autoridade estatal, referida convenção tinha caráter arbitral e era indispensável ao próprio funcionamento do processo¹²⁵. Durante o mesmo período

¹²¹ Deve-se esclarecer que o direito romano não desenvolveu o conceito unitário de negócio jurídico e sequer empregava essa nomenclatura, que, como visto no capítulo anterior, é atribuída aos Pandectistas, que a teriam utilizado pela primeira vez no início do século XIX. De qualquer forma, diversos institutos podem ser comparados com os negócios jurídicos atualmente presentes em nossa sociedade, tais como a *emptio venditio* (compra e venda), a *locatio conductio* (locação), a *societas* (sociedade) e o *mandatum* (mandato). É interessante também notar que outras convenções recebiam o nome genérico de *pactum*, cf. MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 120-121. PONTES DE MIRANDA apresenta, ainda, as expressões *negotium*, *gestum*, *factum*, *actus*, *actum* e *contractum* como correspondentes à ideia de negócio jurídico no direito romano in *Tratado de direito privado: parte geral, tomo I*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 90.

¹²² *Negócio jurídico e declaração negocial... op. cit.*, p. 4. De acordo ainda com o referido autor, o negócio jurídico não é uma criação teórica ou doutrinária de grandes juristas: “o máximo que se pode dizer é que, em determinado momento histórico, alguns estudiosos tomaram consciência de sua existência e, a partir daí, isto é, de duzentos anos para cá, começaram a teorizar sobre ele” in *Ibidem*, p. 3.

¹²³ O período *formulário* teve início em 149 a. C. e perdurou até o século III da Era Cristã, conforme indica SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42. Para informações aprofundadas sobre os demais períodos do processo romano, consultar TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luís Carlos de. *Lições de história do processo civil romano – 2 ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35 e seguintes.

¹²⁴ “A indicação do órgão julgador resultava de um procedimento conjunto levado a cabo pelo magistrado e pelas partes, sendo aquele, em regra, escolhido de um elenco de cidadãos que se encontravam aptos a receber aquela importante incumbência” In TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luís Carlos de. *Lições de história do processo civil romano... op. cit.*, p. 71.

¹²⁵ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil... op. cit.*, p. 42.

formulário, há notícia de que a *lex Julia iudiciorum* autorizava que as partes acordassem em derrogar a competência absoluta dos pretores para julgar sua demanda. Tal competência era fixada de acordo com a cidadania das partes, do território e do objeto do litígio¹²⁶.

Sendo, portanto, o negócio jurídico um instituto tão antigo quanto a própria sociedade, não seria possível tratar de toda a sua história em um trabalho que não fosse integralmente dedicado ao tema. Por esse motivo, no presente capítulo será tratada de forma breve a história legislativa do negócio jurídico *processual* no Brasil, analisando-se como a legislação processual pretérita disciplinava o tema¹²⁷. Tal pesquisa dará maiores subsídios para analisar-se o regramento disposto no Código de Processo Civil promulgado em 2015.

2.1 ORDENAÇÕES DO REINO

O primeiro diploma analisado são as Ordenações Filipinas¹²⁸, que vigoram no Brasil desde que foram promulgadas, em 1603, até serem gradativamente substituídas pela legislação nacional após a independência do Brasil, em 1822¹²⁹. O processo civil estava tratado no Livro III, e era dominado pelo princípio dispositivo e impulsionado apenas pela

¹²⁶ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luís Carlos de. *Lições de história do processo civil romano...* *op. cit.*, p. 66.

¹²⁷ Deve-se esclarecer desde já que a lista de dispositivos legais apresentada abrange não apenas negócios jurídicos processuais, mas também negócios jurídicos de direito material, atos jurídicos *stricto sensu* e outras declarações das partes que tenham por objeto a modificação do procedimento ou que, de alguma forma tenham eficácia processual. Tudo o que possuir ao menos aparência de negócio jurídico processual será incluído. O objetivo do esboço histórico ora apresentado é demonstrar, da forma mais completa possível, como ao longo do tempo tais atos, negócios e declarações estiveram disciplinados na legislação brasileira. Não cabe nesse momento desenvolver uma discussão ampla e minuciosa acerca da natureza jurídica de cada um dos dispositivos apresentados. Tal atividade será objeto do próximo capítulo.

¹²⁸ Antes das Ordenações Filipinas, disciplinaram, entre outros assuntos, o processo português, as Ordenações Afonsinas, entre 1446 e 1521, e as Ordenações Manuelinas, entre 1521 e 1603. Contudo, devido à sua semelhança com as Ordenações Filipinas e ao limitado período de sua aplicação no Brasil, iniciar-se-á a análise das referências ao negócio jurídico processual com as Ordenações Filipinas. Referindo-se à semelhança entre as Ordenações Filipinas e as leis precedentes, IGNACIO M. POVEDA VELASCO explica que “não se trata de obra inovadora. No fundo, a preocupação principal foi reunir, num mesmo texto, as Ordenações Manuelinas, a Coleção de Duarte Nunes do Leão e as leis a esta posteriores” *in* Ordenações do reino de Portugal, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 18, n. 69, p. 57-75, julho-setembro/1994.

¹²⁹ “A conquista da independência política não levou o Brasil a rejeitar em bloco a legislação lusitana, cuja continuidade foi assegurada pelo decreto de 20 de outubro de 1823 em tudo que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro. Assim, o país herdava de Portugal as normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas e em algumas leis extravagantes posteriores” *in* CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo...* *op. cit.*, p. 127.

atividade das partes¹³⁰. Apesar disso, não havia uma cláusula geral que permitisse às partes realizar acordos processuais; havia sim alguns dispositivos esparsos prevendo a possibilidade de eleição de foro, de celebração de convenção tendo por objeto a produção de provas, a celebração de convenção de arbitragem e alguns outros mecanismos para a modificação do procedimento.

A título exemplificativo, observe-se o §3º do Título VI do Livro III, que era dedicado à citação, dispunha sobre a competência especial determinada em razão do “foro do contrato”. De acordo com PEREIRA E SOUZA, tal expressão abrangia tanto o lugar em que se celebrava o contrato quanto o lugar em que alguém se obrigava a responder por ele¹³¹. Veja-se o teor do referido dispositivo:

E quando alguma pessoa se obrigar geralmente responder perante quaisquer Justiças, onde o autor o quiser demandar, poderá sòmente ser demandado no lugar, onde fôr achado, mas não poderá em outra parte ser citado para ir responder a outro lugar, que não seja do seu foro, ainda que o autor aí o queira demandar, posto que em tal obrigação renunciasse o Juiz de seu foro.¹³²

O §2º do mesmo Título admitia que as pessoas se obrigassem a responder por algum motivo ou a pagar dívida em lugar determinado ou perante juiz certo, restando clara a admissão do foro de eleição pelas Ordenações Filipinas:

E se algum privilegiado se obrigar por escritura pública, ou que tenha fôrça de escritura pública nos casos em que ela se requer, a responder por alguma razão, ou a pagar alguma dívida em certa Villa ou lugar, ou perante certo e declarado Juiz, poderá aí perante êle ser citado e demandado, pôsto que aí não seja achado sem embargo de qualquer privilégio, que em contrário tenha. O que haverá lugar assim nos que, sendo demandados, podem escolher por seu Juízo os Corregedores da Côrte, e o Juiz das ações novas na Casa do Pôrto, ou os Juizes ordinários de seu fôro, como nos outros, que diretamente devem ser demandados na Côrte, pois por vontade se obrigaram a isso.¹³³

¹³⁰ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo... op. cit.*, p. 127.

¹³¹ *Primeiras linhas sobre o processo civil; accommodadas ao fôro do Brazil até o anno de 1887 por Augusto Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro: Perseverança, 1879, p. 35.

¹³² PORTUGAL, Ordenações Filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d’el Rei D. Felipe, o Primeiro – 3º Vol. Texto, com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 33.

¹³³ *Ibidem*, p. 34.

Outra passagem merecedora de destaque se encontra no Título XVI das Ordenações, que dispunha a respeito “Dos Juízes Árbitros” e dispunha que, caso as partes firmassem compromisso arbitral, obrigando-se a aceitar a sentença arbitral e contra ela não interpor qualquer recurso, e viessem a descumprir o avençado, teriam que pagar certa quantia à parte contrária como penalidade¹³⁴.

Merecem igualmente relevo as convenções sobre provas dispostas no Título LIV do Livro III das Ordenações, denominado “Das dilações que se dão às partes para fazerem suas provas”. O §10º do referido Título dispunha que seriam produzidas primeiro as provas no local em que a demanda tramitava e depois nos demais lugares necessários, salvo se as partes acordassem de outra maneira¹³⁵.

As Ordenações Filipinas também enumeravam no Título LIX do Livro III as provas que deveriam constar de escritura pública, incluindo nesse rol a composição, a renúncia, a transação e outros pactos ou obrigações decorrentes de feitos cíveis ou criminais¹³⁶. Contudo, a escritura pública seria dispensada se tais atos se realizassem por termo nos autos. Nesse caso, seriam aplicáveis os parágrafos 20 e 21 do Título XXIV do Livro I das Ordenações, que dispunham sobre a confissão¹³⁷ e outros pactos e convenções¹³⁸ que se fizessem em juízo¹³⁹.

¹³⁴ “Pôsto que as partes comprometam em algum Juízo, ou Juízes árbitros, e se obriguem no compromisso estar por sua determinação e sentença, e que dela não possam apelar, nem agravar, e o que o contrário fizer pague à outra parte certa pena, e ainda que no compromisso se diga, que paga a pena, ou não paga, fique sempre a sentença dos árbitros firme e valiosa, poderá a parte, que se sentir agravada, sem embargo de tudo isto, apelar de sua sentença para os superiores, sem pagar a dita pena; e se os árbitros lhe denegarem a apelação, façam-lha dar os Juízes ordinários. Porém, se os Juízes da apelação confirmarem a sentença dos árbitros, de que fôr apelado, pagará o apelante ao vencedor a pena contida no compromisso, que não se pode escusar de a pagar, pois prometeu não vir contra a sentença, e é achado que injustamente dela apelou. E pôsto que as partes renunciem o benefício desta Lei, tal renúnciação será de nenhum efeito” *in ibidem*, p. 63.

¹³⁵ “E quando as partes, ou cada uma delas disserem, que hão de fazer, o Juiz do feito verá as repartições, e as concordará o mais a proveito das partes, que puder. E se a prova houver de ser assim no lugar, onde se o feito trata, como em outros sempre se acabará primeiro de fazer a prova no lugar onde se a demanda trata, e depois nos outros lugares, segundo sua repartição, salvo se as partes se acordarem em outra maneira” *in ibidem*, p. 199.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 218.

¹³⁷ “E sendo dita confissão, ou resposta feita em alguma causa crime, mandamos ao Escrivão, que requeira a parte nesse dia, que assine, e não querendo assinar, o diga ao Julgador; o que tudo assentirá por termo da confissão ou resposta, e o mesmo Escrivão, que a escreveu, e outro Escrivão que presente estiver às ditas perguntas ou confissão. E não havendo aí outro Escrivão, será assinado por duas testemunhas, que presentes estarão às perguntas e confissões. E feita a dita diligência, será dada tanta fé ao dito termo como se pela parte fôsse assinado. E os termos das confissões, ou respostas, assim em causa cível, como crime, que na sobredita maneira não forem feitos, havemos por nenhum, e de nenhum efeito”. *In PORTUGAL, Ordenações Filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d’el Rei D. Felipe, o Primeiro – 1º Vol. Texto, com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 170.*

¹³⁸ “E quanto aos termos prejudiciais, assim como renúnciações, fianças, cauções, louvamentos, pactos, convenças que em Juízo se fizerem, procurações ‘apud acta’, o Escrivão requererá as partes, que as fizerem,

Além disso, chama atenção a disposição do §2º do Título LXXIX do Livro III, no sentido de que a aceitação, mesmo que tácita, do conteúdo da sentença seria interpretada como renúncia ao recurso, que não poderia ser recebido pelo Tribunal¹⁴⁰.

Por fim, interessante notar a existência de “pacto de não demandar”, ou *pactum de non petendo*, que poderia ser alegado como matéria de defesa e estava disposto no §9º do Título LIX do Livro III das Ordenações¹⁴¹. Conforme explica FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, em comentário ao dispositivo, “êste pacto, como se depreende de seu enunciado, era renúncia expressa à faculdade de agir, transformando a *obrigação positiva* (civil, como dizem os escritores civilistas) em obrigação natural”¹⁴². O autor, que escreveu na vigência do Código de Processo Civil de 1939, entendia não mais cabível tal pacto, aduzindo ainda que “os antigos acreditavam em demasia na dignidade daqueles com quem tratavam. Por isso, faziam essas concessões a título de homenagem ao direito natural, pensando certamente que, em sã consciência, não prescrevem nunca os direitos, quando surgem êles de contratos entre pessoas de bem”¹⁴³.

dentro do mesmo dia, que as assinem. E não as querendo assinar, serão de nenhum efeito, e o Escrivão, que escrever os ditos têrmos, e os não fizer assinar no mesmo dia, ou não declarar ao Julgador até o dia seguinte como a parte não quis, nem foi assinar, sendo-lhe por êle requerido, e sendo o feito cível, pagará à parte tôda a perda e dano, que por sua negligência, ou culpa se causar. E se o feito fôr crime, além da pena sobredita, será suspenso do Ofício um ano. E a todos os outros têrmos, que não forem dos sobreditos, havemos por bem que lhes seja dada tanta fé, como se fossem assinados pelas partes, pôsto que por elas assinados não sejam” *in ibidem*.

¹³⁹ Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII (arts. 496-538)*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 99.

¹⁴⁰ “Nem será recebido a apelar o que por alguma maneira consentiu na sentença dada contra êle: porque se fôsse presente ao tempo que a sentença contra ele fosse publicada, não apelando dela, e fazendo algum auto, por que mostrasse consentir nela, não será jamais recebido a apelar dela; assim como se pedisse tempo para pagar o em que era condenado, em tal caso, ainda que houvesse apelado da sentença, por tal auto mostrava consentir nela e renunciar a apelação, em tanto que já a não pudera prosseguir em algum feito” *in* PORTUGAL, Ordenações Filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d’el Rei D. Felipe, o Primeiro – 3º Vol...*op. cit.*, p. 290-291.

¹⁴¹ “E se o réu, que fôr demandado, alegar alguma exceção, ou razão, assim como absolvição, paga, quitação, espaço, transação, delegação, pacto de não ser demandado, compromisso, ou cousa julgada, ou qualquer outra semelhante razão, em que segundo a determinação desta lei seja necessária escritura pública, não seja recebida tal exceção, ou defesa, se não mostrar instrumento, ou escritura pública, como dito é na parte das ações. E assim por essa maneira se faça na réplica, e tréplica, assim da parte do autor, como do réu. Porém, se o réu antes de vir com contrariedade, ou com exceção, jurar que a não pode formar sem escritura, ou autos, e que estão em certo lugar, seja-lhe dado tempo conveniente para os trazer, e apresentar em Juízo, como dissemos no título 20 (Da ordem do Juízo). E o que dito é da exceção e da réplica, não se entenda naquele, que alegar prescrição, porque esta se poderá provar por testemunhas” *in ibidem*, p. 221-222.

¹⁴² PORTUGAL, Ordenações Filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d’el Rei D. Felipe, o Primeiro – 3º Vol...*op. cit.*, p. 225.

¹⁴³ *Ibidem*.

2.2 REGULAMENTO N. 737 E CONSOLIDAÇÃO RIBAS

Sabe-se que após a proclamação da independência do Brasil o Processo Civil continuou a ser regido pelas disposições do Livro III das Ordenações Filipinas, acrescidas das normas introduzidas pelas leis extravagantes¹⁴⁴. Em 1830 foi promulgado o Código Criminal do Império, que possuía anexa a “Disposição Provisória acerca da administração da Justiça Civil”, que, apesar de representar o início da emancipação do direito processual brasileiro, manteve a estrutura e o conteúdo das Ordenações¹⁴⁵. Por esse motivo, não se encontra qualquer novidade acerca da flexibilização procedimental estudada no presente trabalho.

Em 1850 foi promulgado o Código Comercial, ao qual se seguiu o Regulamento n. 737, promulgado no mesmo ano para disciplinar o processo das causas comerciais¹⁴⁶. Contudo, as causas cíveis continuaram a ser reguladas pelas Ordenações, outras leis e regulamentos esparsos, razão pela qual o Conselheiro ANTONIO JOAQUIM RIBAS foi encarregado de reunir toda a legislação concernente ao processo civil. Em 1876 a sua “Consolidação das Leis do Processo Civil” passou a ter força de lei em virtude de uma resolução imperial¹⁴⁷.

Dessa forma, analisando-se em conjunto o regramento processual vigente nesse período, pode-se ressaltar novamente a possibilidade de eleição de foro pelas partes, disposta nos artigos 168 e 175 da Consolidação¹⁴⁸. A esse respeito JOAQUIM IGNACIO RAMALHO apresentava o conceito de prorrogação de jurisdição como “a extensão da jurisdição ordinária feita em virtude da lei ou da vontade das partes, nos casos em que o podem fazer” e complementava aduzindo que, quando a prorrogação de competência era decorrente da vontade das partes, denominava-se voluntária, que, por sua vez, podia ser expressa ou tácita:

¹⁴⁴ Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 2. De acordo com o mesmo autor, algumas das modificações introduzidas foram logo alteradas ou desfeitas por leis e decretos promulgados em seguida.

¹⁴⁵ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil... op. cit.*, p. 52.

¹⁴⁶ Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura... op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁷ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo... op. cit.*, p. 129.

¹⁴⁸ RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil: commentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas; com a colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879, p. 113-114.

“expressa si o réu, por escriptura, renuncia o proprio fôro a); e tacita si antes de responder á acção não oppõe a excepção de incompetencia, sendo a jurisdicção prorogavel b)”¹⁴⁹.

Além disso, a Consolidação dispunha sobre a possibilidade de as partes acordarem a dilação de prazos peremptórios, entendidos como tais o prazo para o comparecimento do réu, para as partes deduzirem o seu direito, para a produção de provas, para a execução da sentença ou a interposição de qualquer recurso¹⁵⁰. Em comentário ao artigo 291, que descrevia as espécies de dilações peremptórias, o Conselheiro ANTONIO RIBAS esclarecia que, em relação a sua origem, tais dilações poderiam ser legais, convencionais ou judiciais “conforme ella é determinada pela lei, pela convenção das partes, ou pelo juiz”¹⁵¹.

No âmbito probatório, o §4º do artigo 328 dispunha que a prova só poderia ser produzida fora do prazo concedido aos litigantes com o consentimento das partes¹⁵². Os peritos, arbitradores e louvados, por sua vez, deveriam ser livremente escolhidos pelas partes¹⁵³. Cada parte apresentava três *experts* como opção, dos quais a parte contrária deveria escolher um. Dois peritos então, um escolhido pelo autor e outro pelo réu, desincumbiam-se do trabalho técnico. Caso esses dois peritos escolhidos não concordassem acerca do resultado da perícia, seria designado um perito desempatador: as partes apresentariam mais três nomes cada uma e, dessa vez, a escolha caberia ao juiz. Ressalte-se que a função desse terceiro *expert* não era produzir um novo laudo, mas simplesmente concordar com um dos dois já produzidos¹⁵⁴.

Interessante também a manutenção de disposição expressa acerca do *pactum de non petendo*, por meio do qual as partes poderiam estabelecer a impossibilidade de se exigir dívida existente entre elas antes de determinado tempo. Tal pacto poderia ser celebrado com apenas um credor ou com vários ao mesmo tempo e estava disposto no artigo 577, §2º da

¹⁴⁹ *Praxe brasileira*. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869, p. 23.

¹⁵⁰ Conforme se afere da redação do artigo 291: “São peremptórias todas as dilações ou termos estabelecidos pelas leis, quer para o comparecimento do citado, quer para as partes deduzirem o seu direito, para a producção das provas, para a execução da sentença, ou para a interposição de quaesquer recursos.” In RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil: commentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas; com a collaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879, p. 178.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*, p. 190.

¹⁵³ Veja-se o teor do artigo 455: “os arbitradores, peritos ou louvados devem ser livremente escolhidos pelas partes, ou nomeados pelo juiz a revelia destas, e tantos quantos forem os objectos de differentes naturezas que houver para se avaliarem” in *Ibidem*, p. 255.

¹⁵⁴ Cf. *Ibidem* p. 255.

Consolidação¹⁵⁵. A existência de pacto de *non petendo* poderia ser alegada como matéria de defesa em exceção a ser apresentada pelo réu à petição inicial, ou seja, o que se chama atualmente de matéria preliminar, e também em embargos à execução¹⁵⁶.

Ademais, permanecia possível submeter as causas a juízo arbitral, cujo regramento era praticamente idêntico ao já disposto nas Ordenações¹⁵⁷. Por fim, frise-se que também na vigência do Regulamento n. 737 e da Consolidação Ribas não se encontrava cláusula genérica autorizativa de convenções processuais ou de flexibilização procedimental.

Avançando na linha do tempo da evolução da legislação processual brasileira, tem-se que, logo após a proclamação da República, continuaram vigentes o Regulamento n. 737, agora também aplicável às causas cíveis¹⁵⁸, as Ordenações Filipinas e leis complementares compiladas por ANTONIO RIBAS. Logo em seguida, a Constituição de 1891 instituiu o regime federativo e dividiu o poder de legislar sobre direito processual entre a União Federal e os Estados¹⁵⁹.

Interessante notar, contudo, que mesmo antes da promulgação dos códigos estaduais, o Decreto n. 359, de 26 de abril de 1890 aboliu a conciliação como formalidade preliminar essencial¹⁶⁰. Nas Ordenações Filipinas aconselhava-se que os juízes tentassem compor amigavelmente as partes antes de se iniciar o processo¹⁶¹, mas tal providência só se

¹⁵⁵ Em comentário a esse artigo, ANTONIO RIBAS aduzia que “O pacto de *non petendo* pode ser estatuído de dous modos: *in rem* e *in personam*. O pacto *in rem* produz os seus efeitos, não só em relação aos que o estipularam, como em relação aos seus sucessores universaes ou singulares. O pacto *in personam* só produz efeitos entre as próprias partes que o estipularam” *in Ibidem*, p. 417. A respeito dos efeitos desse tipo de convenção processual, explicava o jurista que “o credor que intentar cobrar judicialmente a dívida antes do tempo estipulado entre elle e o devedor, será repellido e condemnado nas custas em dobro, sem cujo prévio pagamento não poderá de novo propôr a mesma acção; além de que, o réu terá o direito de demorar o pagamento pelo dobro do tempo que lhe faltava para poder ser demandado, quando primeiramente o foi” *in Ibidem*, p. 418.

¹⁵⁶ Artigo n. 1.339, §2º, n. 11.

¹⁵⁷ A matéria estava disciplinada nos artigos 871 a 882 da Consolidação.

¹⁵⁸ “Uma das primeiras medidas legislativas adotadas pelo Governo Republicano com relação ao processo civil consistiu em estender às causas civis em geral as normas do Regulamento 737, com algumas exceções (dec. 763, de 16.9.1890)” *in* CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo... op. cit.*, p. 130.

¹⁵⁹ De acordo com MOACYR LOBO DA COSTA, “os códigos de processo estaduais, que foram promulgados em substituição ao Regulamento, para a realização dos desígnios federalistas do novo regime político, entretanto, nada mais fizeram que reproduzir, na sua generalidade, os dispositivos simples, claros e precisos do velho diploma processual” *in Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura... op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁰ Cf. *Ibidem*, p. 57.

¹⁶¹ Dispunha §1º do Título XX do Livro 3º das Ordenações: “E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes façam despesas, e se sigam entre êles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso. E isto, que

tornou obrigatória após a promulgação da Constituição de 1824, cujo artigo n. 161 estabelecia que “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”¹⁶². Dessa forma, caso o processo tivesse andamento sem a prévia tentativa de conciliação, passaria a ser considerado nulo, o que foi modificado pelo decreto acima referido.

2.3 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os estados federados não tiveram pressa em elaborar seus códigos processuais. O Código do Estado de São Paulo, por exemplo, somente foi promulgado em janeiro de 1930 por meio da lei estadual n. 2.421, de 14 de janeiro, e, juntamente com os Códigos da Bahia e de Minas Gerais, foi considerado bastante avançado, com aprimoramento técnico e rigor científico de seu conteúdo¹⁶³. Ora, analisando-se especificamente o Código paulista, pode-se ressaltar que a conciliação prévia à propositura da demanda manteve-se facultativa e era possível quando as partes fossem capazes de transigir e a matéria fosse suscetível de transação¹⁶⁴.

Além disso, às partes era permitido eleger o foro que desejassem para o trâmite da demanda que eventualmente surgisse entre elas, desde que tal acordo constasse de contrato escrito¹⁶⁵. JORGE AMERICANO chama atenção para o fato de que a possibilidade de escolha da

dissemos de reduzirem as partes a concórdia, não é de necessidade, mas sómente de honestidade nos casos que o bem puderem fazer.” *in* Ordenações Filipinas... *op. cit.*, p. 83.

¹⁶² Era competente para conciliar previamente as partes o juiz de paz do lugar em que o réu era domiciliado ou onde fosse encontrado. Ademais, a transação só era admitida nos casos em que as partes podiam transigir, o que excluía as causas em que eram parte entes públicos, as causas submetidas à arbitragem, as relativas a inventários, as de execuções, as de simples ofício do juiz (jurisdição voluntária), as de responsabilidade, e aquelas em que não poderia haver demora, como as demandas incidentes ou preparatórias. Cf. RAMALHO, Joaquim Ignacio. *Praxe brasileira... op. cit.*, p. 93-101 e SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo civil... op. cit.*, p. 71-84.

¹⁶³ Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura... op. cit.*, p. 70.

¹⁶⁴ A conciliação estava prevista no artigo 368 e seguintes do Código paulista. O caráter voluntário de tal expediente foi ressaltado no artigo 368, que dispunha que “as pessoas capazes de transigir, que se apresentarem voluntariamente perante qualquer juiz de paz, declarando que desejam conciliar-se, em matéria susceptível de transação, serão admitidas a expôr verbalmente o caso, dar explicações e provas, e fazer propostas e contra-propostas para a solução da dúvida”.

¹⁶⁵ Regramento disposto no artigo 5º do Código paulista. A esse respeito, JORGE AMERICANO explica que o fundamento da faculdade de escolha do foro competente se “assenta na capacidade das partes e na liberdade contractual, em razão das vantagens que possam assistir aos contractantes, de aforar as questões relativas ao

comarca não implicava a escolha da vara, nos locais que possuíssem mais de uma, devendo os processos ser livremente distribuídos, em respeito à ordem pública¹⁶⁶.

No capítulo dedicado aos prazos, havia a possibilidade de as partes dispensarem, dilatarem ou diminuírem os prazos para alegações e dilação probatória, desde que as partes tivessem capacidade para transigir e tal negócio fosse firmado após a contestação¹⁶⁷. Além disso, segundo ANTONIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, tal acordo deveria “constar do processo, sendo celebrado por petição conjunta ou por termo nos autos”¹⁶⁸.

Em relação à dilação probatória, o § 2º do artigo 180 dispunha que, caso as partes assim acordassem de forma expressa, a carta precatória que tivesse por objetivo a produção de prova perante outro juízo poderia suspender o trâmite do processo principal¹⁶⁹. Além disso, caso fosse designada a realização de prova pericial, às partes era permitido indicar, em comum acordo, o perito que iria produzir a prova técnica requerida pelo juiz ou por elas próprias. Em regra, três peritos eram escolhidos para realizar o trabalho, mas, novamente, caso as partes acordassem de forma diversa, poderiam escolher apenas um para desempenhar essa função¹⁷⁰. O mesmo método era utilizado para a escolha pelas partes de avaliadores em inventário (artigos 862 e 868) e em processo de execução (artigos 1.016 e 1.017)¹⁷¹.

Mais adiante, quando disciplinava questões relacionadas às custas processuais, o Código paulista dispunha que, se o processo terminasse por transação, tais custas deveriam

contracto, em logar diverso do domicilio do réo” in *Commentarios ao codigo de processo civil e commercial do estado de São Paulo*, vol. 1 (arts. 1 a 261). São Paulo: Saraiva, 1934, p. 27.

¹⁶⁶ Cf. *Ibidem*, p. 28.

¹⁶⁷ Assim dispunha o §3º do artigo 164: “Por accordo unanime entre partes capazes de transigir, os prazos para allegações e a dilação probatoria podem ser dispensados, dilatados ou cerceados. O accordo não valerá senão quando posterior á contestação da lide”.

¹⁶⁸ *Commentarios ao Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, vol. I: arts. 1 a 261*. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 407.

¹⁶⁹ Veja-se o teor do referido dispositivo: “Art. 180 – Requerida alguma prova que se deva produzir em outro juízo, marcará o juiz, segunda a natureza della e a distancia prazo razoável para a expedição e cumprimento da precatória. (...) §2º - Sómente será suspensiva a precatória: I – Se nisso convierem expressamente as partes”.

¹⁷⁰ O artigo 310 dispunha que “Requerido o exame pericial, ou determinado pelo juiz, proceder-se-á em audiência, scientes as partes, à louvação dos peritos. § unico – Podem, entretanto, as partes, accordes na designação dos peritos, nomeal-os por petição”. O *caput* do artigo 311, por sua vez, tinha o seguinte conteúdo: “Os peritos serão tres, salvo se as partes concordarem em um só”.

¹⁷¹ A esse respeito CÂMARA LEAL explicava que “Si as partes estiverem accordes relativamente à escolha dos peritos, poderão nomeal-os por meio de petição conjunta, dispensando-se assim a louvação em audiencia (art. 310, § Único). Esta practica que já era observada na designação de avaliadores, nos inventários, foi agora generalizada pelo novo Codigo, extendendo-se a todos os exames periciaes, quer se trate de exame *stricto sensu*, quer de vistoria, arbitramento ou avaliação” in *Commentarios ao Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, vol. II: arts. 262 a 449*. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 175.

ser pagas por ambas as partes, em igual proporção, salvo se as partes convencionassem solução diversa¹⁷².

As partes podiam também escolher o procedimento que considerassem mais adequado ao trâmite da demanda a ser proposta. Isso porque o artigo 474 dispunha que tramitariam pelo procedimento *ordinário* as demandas que por lei *ou convenção das partes* não tivessem forma diferente. Novamente, CÂMARA LEAL esclarece que este dispositivo somente poderia ser lido em conjunto com o inciso XXXI do parágrafo único do artigo 475, que determinava que poderiam seguir o procedimento sumário as demandas cujo valor superasse aquele estabelecido na lei, desde que houvesse convenção das partes nesse sentido¹⁷³. Em outras palavras, as partes somente poderiam convencionar a escolha do procedimento sumário, caso não desejassem que sua demanda seguisse o rito ordinário. Em complemento, o artigo 475 dispunha que, ainda que a lei dispusesse que determinada demanda deveria seguir procedimento especial, poderia o autor optar pelo procedimento ordinário¹⁷⁴.

Relativamente aos procedimentos especiais, deve-se chamar atenção para *a)* a possibilidade de as partes convencionarem a desnecessidade da intervenção judicial para a especialização da hipoteca legal (artigo 430); *b)* o acordo celebrado entre as partes no procedimento de restauração de autos, que supriria nos pontos concordantes o processo extraviado (artigo 467, §1º); *c)* a autorização conferida às partes para indicarem ou limitarem

¹⁷² O artigo 343 disciplinava que “Terminado o processo por desistencia ou confissão, as custas serão pagas pela parte que desistiu ou confessou; se terminar por transacção, as custas serão pagas pelos interessados em partes iguaes, não havendo accordo em contrario”.

¹⁷³ Aduz o autor que “da combinação do art. 474 com o art. 478, n. XXXI, resulta que a única forma em que se poderá, por convenção das partes, converter a ordinaria é a summaria, visto como não há na lei outro dispositivo pelo qual seja facultado ás partes adoptarem para as acções o curso summarissimo ou o especial.” *In Commentarios ao Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, vol. III: arts. 450 a 677.* São Paulo: Saraiva, 1931, p. 83.

¹⁷⁴ Em comentário a este artigo, CÂMARA LEAL apresenta interessante questionamento: “Será facultado ao autor optar pela forma ordinaria quando a acção deva ter, por convenção das partes, o curso summario? O art. 475 só se refere á opção do autor pela acção ordinaria quando seja diversa a forma estabelecida pela lei, nenhuma referencia fazendo á hypothese de ser diversa a forma, não por determinação da lei, mas por convenção das partes. Todavia, não nos parece duvidoso que seja, tambem nesse caso, facultado ao autor optar pela forma ordinaria. Essa foi sempre a doutrina corrente e a jurisprudencia de nossos tribunaes, segundo o atesta Pimenta Bueno (...). E, de facto, quando as partes estabelecem, por convenção, a forma summaria, para as acções resultantes de um contracto, é manifestao que o seu intuito é beneficiar áquella das partes que se tornar autora na acção, e, nessas condições, ao autor será sempre permitido desistir desse beneficio, opinando pela forma ordinaria, pela qual ficará o réo favorecido, ampliada a discussão, facilitados os meios de defesa e dilatados os prazos” *in Commentarios ao Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, vol. III: arts. 450 a 677.* São Paulo: Saraiva, 1931, p. 84.

formalidades ou modificarem o prazo do edital para a venda de coisa comum (artigo 737, IV); *d*) a limitação da competência do juiz deprecado por convenção das partes, nas hipóteses em que, em processo de execução, os bens do executado estivessem em comarca distinta daquela em que tramitava a execução e fosse necessária carta precatória para penhora-los (artigo 955, §3º)¹⁷⁵; *e*) a possibilidade de as partes convencionarem a liquidação de sentença por arbitramento (artigo 960, I); e *f*) a permanência do procedimento arbitral, disciplinado a partir do artigo 1.139 do Código paulista.

Por fim, não existia no Código paulista qualquer dispositivo autorizando a modificação atípica do procedimento. Aliás, referido diploma não vigeu por muito tempo, já que, como se sabe, a Constituição Federal de 1934 restabeleceu a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual, o que foi mantido pela Constituição de 1937 e as subsequentes.

2.4 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

Em 1939 foi promulgado, por meio do decreto federal n. 1.608, de 18 de setembro daquele ano, o novo Código de Processo Civil brasileiro, que entrou em vigor no ano seguinte. Apesar de ter sido considerado moderno¹⁷⁶, descrevia de forma minuciosa inúmeros procedimentos especiais ao longo de mais de quinhentos dispositivos legais¹⁷⁷, o que certamente diminuiu o espaço deixado à criatividade das partes para modificar o procedimento. Além disso, os poderes do juiz na direção do feito foram aumentados¹⁷⁸, o que seguramente também contribuiu para tal fenômeno.

E a autonomia das partes foi de tal forma diminuída no então novo Código que até mesmo a possibilidade de eleição de foro – convenção processual existente em nosso ordenamento desde as Ordenações, conforme visto – deixou de estar expressa em lei. O inciso I do artigo 148 apenas dispunha que haveria prorrogação de competência quando o réu

¹⁷⁵ Para a competência do juiz deprecante, deprecado e o que poderia ser objeto de convenção entre as partes, consultar LEAL, Antonio Luiz da Câmara. *Commentários ao Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*, vol. V: arts. 939 a 1.160. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 40.

¹⁷⁶ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil... op. cit.*, p. 56.

¹⁷⁷ Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura... op. cit.*, p. 101.

¹⁷⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 78, p. 133-144, abr-jun/1995.

não opusesse exceção declinatória do foro. Logo que o Código foi promulgado, esse fato gerou grande discussão entre os juristas da época: teria sido extinta a possibilidade de as partes elegerem o foro onde sua demanda tramitaria?

Alguns autores entendiam prevalecer a possibilidade de eleição de foro pelas partes. De acordo com GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, por exemplo, as matérias relacionadas a domicílio seriam regidas pelo Código Civil, que dispunha que “domicílio não é somente o lugar onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art. 31), mas ainda o lugar onde a pessoa, por alguma convenção, se obrigou a responder por determinada obrigação”¹⁷⁹. No mesmo sentido, JOSÉ FREDERICO MARQUES afirmava ser desnecessário que o Código de Processo Civil “mencionasse a prorrogação de competência por força de algum pacto ou convenção entre as partes, visto que permanece em vigor o art. 42 do Cód. Civil onde a matéria encontra perfeito assento legal”¹⁸⁰.

Rebatendo tais argumentos, PONTES DE MIRANDA era enfático ao defender a separação entre a regra de escolha do foro, de direito processual, da regra de eleição do lugar de execução das obrigações. Para o autor

se redigimos a regra de competência como regra de ser competente o juiz do lugar em que se deveria executar a obrigação, a regra de direito processual deixa de ser de fôro *eleito* para ser de fôro da execução do contrato. Pode, então, no plano do direito processual, não haver eleição nenhuma: o fôro da execução do contrato é fôro oriundo de regra de competência especial. Se, em vez disso, o direito processual contém regra de escolha do fôro, tal *fórum electionis* pode ser o que fôr escolhido, ainda que não seja o da execução do contrato, ou o do lugar da feitura do contrato. Por onde se vê que os dois conceitos não *coincidem*. Não se pode falar de fôro de eleição e de fôro do contrato (da feitura, ou da execução) como sendo o mesmo.¹⁸¹

¹⁷⁹ *Curso de direito processual civil, volume I, 3 ed.* São Paulo: Saraiva, 1952, p. 139.

¹⁸⁰ Complementando sua explicação sobre o assunto, referido autor propõe a seguinte indagação, na qual utiliza inclusive a expressão *negócio jurídico processual*: “De notar, porém, que a competência territorial é fixada, no maior número dos casos, em razão da conveniência das partes. Daí a norma do art. 148, nº I, do Cód. de Proc. Civil, em que a aquiescência do réu, conjugada à vontade anterior do autor propondo a causa em fôro incompetente, constitui elemento bastante para a *prorogatio fori* ou alteração da competência. Por que, então, não se admitir, também, essa conjugação anterior das duas vontades (a do autor e a do réu), através de negócio jurídico processual em que se fixe, de acôrdo com a conveniência de ambos, o fôro da causa?” in *Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 4 ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 344-345.

¹⁸¹ *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II (arts. 80 – 160), 2 ed.* Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 298-299.

Defendendo a mesma posição, LOPES DA COSTA considerava que a eleição de foro teria sido abolida pelo Código de 1939, ressaltando que “parece não se deva dizer que se trata de simples omissão que o intérprete possa suprir”¹⁸².

Na jurisprudência, acabou prevalecendo o primeiro entendimento, que admitia a eleição de foro pelas partes. O Supremo Tribunal Federal pacificou definitivamente a questão, afirmando que, além de o Código Civil manter a noção de domicílio eleito, que não fora revogado pelo Código de Processo Civil, este mesmo admitiria a prorrogação de jurisdição. Isso poderia ocorrer tanto pelo silêncio das partes, nos casos de aquiescência do réu ao foro incompetente em que proposta a demanda pelo autor, quanto por meio da declaração expressa das partes nesse sentido¹⁸³. Ressalve-se que a cláusula de *foro prorrogando* deveria ser escrita¹⁸⁴, clara e inequívoca para ser considerada válida¹⁸⁵ e que não poderia haver escolha de juiz específico para atuar no caso, apenas da comarca em que o processo tramitaria¹⁸⁶.

¹⁸² COSTA, Alfredo de Araujo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro (Código de 1939)*, vol. I, 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, p. 186.

¹⁸³ No julgamento do recurso extraordinário n. 16.634, de relatoria do Min. EDGARD COSTA, ocorrido em 20.04.1951, restou consignado que “dúvida não subsiste mais, pois nesse sentido são muitas as decisões proferidas por êste Tribunal, que não obstante o silêncio do Cod. do Processo perdura a competência do foro eleito nos contratos escritos, por fôrça do que dispõe o art. 42 do Cod. Civil”. No mesmo sentido, os seguintes julgados: recurso extraordinário n. 17.995, de relatoria do Ministro AFRÂNIO COSTA e julgado em 11.07.1952; recurso extraordinário n. 24.354, de relatoria do Ministro NELSON HUNGRIA e julgado em 19.11.1953. O inteiro teor dos acórdãos mencionados pode ser encontrado no *site* do Supremo Tribunal Federal, www.stf.jus.br, acesso em 18 de outubro de 2016. Ressalte-se a enérgica crítica empreendida por PONTES DE MIRANDA ao Supremo Tribunal Federal, que, por meio de tais decisões, demonstraria “indiferença ao conteúdo das regras jurídicas” com o objetivo de “satisfazer o propósito de altas empresas”, chegando a sugerir que a Suprema Corte estaria “com o dever moral de reestudar e rever as decisões das suas turmas” in *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II (arts. 80 – 160)... op. cit.*, p. 302-303.

¹⁸⁴ “A eleição do domicilio póde ter lugar tanto ao tempo da formação do contracto como depois, mas num e noutro caso deve sempre ser feita por escripto, de modo que inoperante pelo direito pátrio é a que se effectuar verbalmente, ainda que a convenção se forme desse modo” in FRAGA, Affonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil, tomo I*. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 459.

¹⁸⁵ No julgamento do recurso extraordinário n. 27.937, ocorrido em 23.06.1958, o Ministro CÂNDIDO MOTTA, relator do caso, afirmou “êste Tribunal, pelas suas Turmas, tem reconhecido que é necessário que a renúncia ou desistência do fôro do domicílio, com preferência a de outro, deve ser clara e sem dúvidas”. No mesmo sentido, os seguintes julgamentos: recurso extraordinário n. 15.991, de relatoria do Ministro OROZIMBO NONATO e julgado em 12.12.1950; recurso extraordinário n. 18.122, de relatoria do Ministro ROCHA LAGOA e julgado em 10.04.1951; recurso extraordinário n. 13.122, de relatoria do Ministro OROZIMBO NONATO e julgado em 18.11.1952. O inteiro teor dos acórdãos mencionados pode ser encontrado no *site* do Supremo Tribunal Federal, www.stf.jus.br, acesso em 18 de outubro de 2016.

¹⁸⁶ “Podem as partes escolher livremente o fôro, mas não o juiz. A competência dos juízes, como se sabe, é matéria de ordem pública, disciplinada pelas leis de organização judiciária. Não pode, por isso, ser modificada por convenções particulares” in REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil... op. cit.*, p. 142.

Relativamente aos demais dispositivos que dispunham sobre a flexibilização do procedimento pelas partes, chama atenção a prevalente participação do juiz, que deveria homologar a desistências para que pudessem produzir efeitos (artigo 16) e que poderia abreviar ou prorrogar os prazos, caso as partes assim o requeressem em conjunto ou se uma requisesse e a outra consentisse (artigo 35).

Além disso, as partes poderiam acordar a divisão do pagamento das custas processuais como preferissem, na hipótese em que o processo terminasse por transação (artigo 55). Já no que diz respeito à produção de provas, as partes poderiam escolher, de comum acordo, o perito que desejassem para realizar a prova técnica. Caso não concordassem, cada parte deveria indicar um *expert*, nomeando o juiz um terceiro para eventual desempate, se fossem produzidos laudos discordantes (artigos 129 e 132).

Ademais, deve-se ressaltar (a) a impossibilidade de o autor alterar o pedido, a causa de pedir ou desistir sem o consentimento do réu, após a apresentação de contestação – sendo que a recusa do réu poderia ser rejeitada caso a desistência não lhe causasse qualquer prejuízo (artigo 181); (b) a possibilidade de as partes convencionarem a suspensão do processo¹⁸⁷ (artigo 197, II); (c) a extinção do processo por transação ou desistência, com necessária homologação do juiz para a produção de efeitos¹⁸⁸ (artigo 206); (d) a confissão, que não dependia da aceitação da parte a quem iria beneficiar para ser válida, mas apenas do juiz¹⁸⁹ (artigo 232); e (e) a possibilidade de as partes convencionarem sobre a divisão do

¹⁸⁷ Interessante notar que a suspensão poderia ocorrer por tempo indeterminado. Conforme explica AFFONSO FRAGA, “a suspensão da instancia, finalmente, pode ocorrer tanto nas causas ordinarias como nas especiaes ou execuções de sentenças, na primeira como na segunda instancia, e só se renova mediante citação feita ao reu para ver proseguir-se nos ultiores termos do processado. O silencio, porém, imposto ao feito deixa de ter a menor influencia sobre a instancia quando os autos se acham conclusos ao juiz. A exigencia de nova citação é necessaria para que o contendor que dorme, confiado na suspensão do combate judiciario, acorde e prepare-se para recomeço das hostilidades” in *Instituições do Processo Civil do Brasil, tomo II*. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 194.

¹⁸⁸ Cabe aqui apresentar a ressalva de PONTES DE MIRANDA, no sentido de ser a desistência da demanda “negócio jurídico unilateral”. De acordo com o autor, o fato de ela ser apresentada após a contestação não a torna negócio bilateral, mas apenas impõe o assentimento do réu, que seria caracterizado como “declaração de vontade receptícia”. No seu entendimento, “esse assentimento não bilateraliza a desistência, se nenhum prejuízo advém, com ela, à outra parte, ou a alguma das outras partes. Se há tal prejuízo, a desistência é ineficaz, porque o juiz não poderia homologar ato processual nocivo. Na doutrina, há construções bilateralizantes, mas temos de afastá-las, a despeito da aparência de aceitabilidade” in *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 161-272)*, 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 261.

¹⁸⁹ De acordo com PONTES DE MIRANDA a confissão era considerada ato jurídico *stricto sensu*, que não dependia da aceitação da parte contrária para ser eficaz: “A confissão não é negócio jurídico, menos ainda dependente de aceitação. (...) Tão-pouco, ‘aceita’, se fecham todas as possibilidades ao juiz para se desvincular do ato do confitente.” in *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 161-272)*... *op. cit.*, p. 373. Além disso,

tempo para terem a palavra em audiência, nos casos em que havia litisconsórcio ou intervenção de terceiros¹⁹⁰ (artigo 269, §1º).

Considerando-se a excessivamente minuciosa regulação dos procedimentos especiais do Código de 1939, destacam-se as seguintes possíveis modificações de situações jurídicas processuais e do próprio procedimento pelas partes: (a) na ação de consignação em pagamento, o acordo realizado entre o autor e o pretendente que comparecer em juízo, que impede que a demanda siga pelo procedimento ordinário (artigo 318, I); (b) nos inventários, a possibilidade de as partes convencionarem com os credores das dívidas do espólio o seu rateio e as preferências de seu pagamento, sendo que, sem tal acordo o procedimento ordinário seria seguido¹⁹¹ (artigo 496); (c) além disso, também nos inventários, a dispensa da realização de venda judicial de bens quando as partes, “maiores e capazes”, concordassem na adjudicação dos bens ao inventariante ou qualquer dos herdeiros e se um ou outro se propusesse a pagar os impostos e as custas decorrentes do processo (artigo 498, parágrafo único); (d) no processo de arrecadação e administração de herança jacente, no caso de existência de dívida do *de cuius*, a possibilidade de o seu pagamento ser realizado independentemente da instauração de um processo judicial, se assim concordassem o representante da Fazenda Pública e o curador¹⁹² (artigo 571); e (e) na restauração de autos, a possibilidade de o réu concordar com o estado da causa ao tempo da perda dos autos descrito

PEDRO BATISTA MARTINS ressaltava a necessidade de aprovação da confissão pelo juiz: “Hoje, no regimento da concepção publicística do processo, há, na relação processual, permeando o interesse egoístico das partes, o interesse geral da comunidade, representado pelo juiz. Se, para decidir a lide, o juiz houvesse que se ater apenas à consideração do interesse particular dos litigantes, é claro que a confissão do pedido, ou a confissão do fato fundamental, desde que aceita pela parte adversa, devia implicar a terminação do processo, equivalendo a uma renúncia ou transação. Ainda, porém, que a parte aceite a confissão, ao juiz incumbe, no regime em vigor, não só verificar se é lícito o objeto da confissão, mas ainda se ela colide com outras provas constantes dos autos, ou se, por meio dela, não visam as partes assegurar êxito a processos simulados” in *Comentários ao Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939), vol. III – Arts. 216 a 297*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, p. 67.

¹⁹⁰ Além disso, poderiam as partes convencionar a supressão do debate oral em audiência, conforme aduz novamente PONTES DE MIRANDA: “As partes, ou seus procuradores, de acordo com elas, ou a risco dêsses, podem prescindir do debate oral, ou alguma delas, ou êles, declinar da palavra que lhes fôr dada pelo juiz” in *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 161-272)... op. cit.*, p. 476.

¹⁹¹ Deve-se chamar atenção para o fato de tal acordo ser formado por “declarações de vontade em conjunto” in PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII (arts.465-599)*, 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, p. 118.

¹⁹² Deve-se ressaltar que “tal concordância não é *comunicação de conhecimento*, de modo que não se rege pelo art. 209, e sim *declaração de vontade*, elemento componente ‘voluntário’ da executividade mesma da ação de autorização de pagamento” in PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII (arts.465-599)... op. cit.*, p. 336-337.

pelo autor, com a lavratura de auto e posterior homologação pelo juiz, que tornaria desnecessária a tramitação de todo o processo de restauração (artigo 777, parágrafo único).

Já em relação aos recursos, o Código de 1939 dispunha apenas que o recorrente poderia desistir do recurso interposto a qualquer tempo, sem necessidade de anuência do recorrido (artigo 818). Quanto à execução, o Código dispunha que (a) a liquidação por arbitramento seria realizada quando, entre outras hipóteses, as partes expressamente o convencionassem (artigo 909, I); (b) a arrematação de imóvel poderia ocorrer com o pagamento de apenas cinquenta por cento do preço à vista e com a constituição de hipoteca sobre o imóvel para o pagamento do valor restante, desde que as partes assim acordassem (artigo 967, §4º); (c) as partes poderiam escolher o leiloeiro responsável pela venda dos bens e, no caso de existirem bens de incapazes, o credor poderia requerer, em acordo com os representantes do incapaz, que o juiz mandasse arrendá-los, caso não alcançassem mais de 80% sobre o preço da avaliação na venda (artigo 972, *caput* e §2º).

Por fim, cumpre ressaltar que permanecia disciplinado no Código de Processo Civil o procedimento arbitral, a partir do artigo 1.031, sendo certo também que inexistia dispositivo que autorizasse a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

2.5 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Com o passar do tempo, a aplicação do Código de 1939 trouxe à tona diversos de seus defeitos, o que, conjugado à excessiva promulgação de leis extravagantes para disciplinar também o processo, levou à necessidade de um novo Código¹⁹³. Em janeiro de 1973 foi então promulgado novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 1º de janeiro do ano seguinte. Mais técnico do que o diploma precedente – decorrência lógica da grande evolução doutrinária experimentada nas décadas que os separam¹⁹⁴ –, procurava simplificar e tornar o processo mais célere e acessível às partes. Aliás, tais objetivos, somados à posterior necessidade de adequar o Código à Constituição Federal de 1988, levaram a uma série de

¹⁹³ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo... op. cit.*, p. 131.

¹⁹⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro... op. cit.*

reformas em seu texto¹⁹⁵, sendo a mais significativa delas ocasionada pela Lei do Cumprimento de Sentença, promulgada em 2005, que eliminou os processos autônomos de execução ou liquidação e fundiu todos em um processo único¹⁹⁶.

Apesar de os poderes de direção processual conferidos ao juiz terem sido ampliados em comparação ao Código de 1939¹⁹⁷, o Código de 1973 possuía número bem maior de negócios jurídicos processuais *típicos* disciplinados por seu texto. Relativamente ao processo de conhecimento, deve-se ressaltar (a) a convenção sobre pagamento das despesas processuais de forma distinta da prevista no Código, em caso de transação (artigo 26, §2º)¹⁹⁸; (b) a sucessão voluntária das partes, assim como a do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (artigos 41 e 42, §1º)¹⁹⁹; (c) a modificação do réu na nomeação à autoria (artigos 65 e 66); (d) a eleição de foro, que voltou a estar expressamente disposta na lei (artigo 111); (e) a redução ou a prorrogação de prazos dilatatórios pelas partes (artigo 181)²⁰⁰; (f) a renúncia de prazo estabelecido exclusivamente em favor de uma parte

¹⁹⁵ Conforme explica BARBOSA MOREIRA “As modificações do Código têm um traço comum evidentíssimo: inspiram-se todas no propósito de tornar mais ágil a marcha do feito, eliminando formalidades supérfluas e simplificando a prática de atos processuais” in Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro... *op. cit.*

¹⁹⁶ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo...* *op. cit.*, p. 137.

¹⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro... *op. cit.*

¹⁹⁸ De acordo com PONTES DE MIRANDA três possíveis situações deveriam ser consideradas em relação às custas e honorários em caso de transação: “a) se na transação nada se estabeleceu quanto às despesas, e essas são divididas entre as partes, mas a cada uma delas cabe prestar os honorários dos seus advogados; b) se algo se disse quanto às despesas e nada sobre os honorários advocatícios, atende-se ao que foi disposto e cada parte paga os honorários dos seus advogados; c) se as partes algo acertaram sobre despesas e honorários dos advogados, então se tem de respeitar, rigorosamente, o que resolveram a respeito. Dá-se o mesmo se nada disseram quanto às despesas e só determinaram o que concernia aos honorários advocatícios: as despesas são divididas igualmente e os honorários conforme o que consta da transação” in *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I (arts. 1º a 45)*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 553.

¹⁹⁹ “A regra jurídica do art. 42, §1º, fez-se cogente, a despeito do que pode ter-se passado no plano do direito material. Vamos aos exemplos: o autor ou o réu pode ter alienado o bem móvel ou imóvel, cuja transmissão da propriedade dependia do registro e foi feito; a despeito disso, não se opera a substituição voluntária. Para que ela se dê, é de mister que a outra parte consinta em que o adquirente substitua o alienante, posto que a substituição no direito material já se consumou” in *idem*, p. 608-609.

²⁰⁰ Tal dispositivo, que não foi repetido no Código de Processo Civil de 2015 por seu conteúdo já estar abrangido pela disposição do artigo 190, possuía um problema de redação, de acordo com HÉLIO TORNAGHI, “Diz o dispositivo: ‘a convenção, porém, só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo.’ *Data venia*, não me parece feliz a redação; ela faz crer que a convenção é requerida. Não! A convenção é ato das partes; o que eles requerem é o reconhecimento pelo juiz da legitimidade do motivo e a fixação do dia de vencimento” in *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II: arts 154 a 269*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 67. Em sentido contrário, PONTES DE MIRANDA: “a prorrogação, que só se dá a requerimento do interessado e consentimento dos demais, depende de decisão constitutiva do juiz (art. 181, *verbis*, ‘o juiz poderá’), e não simplesmente homologatória” in *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 154- 281)*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 132.

(artigo 186)²⁰¹; (g) a modificação do pedido ou da causa de pedir após realizada a citação (artigo 264); (h) a suspensão do processo por convenção das partes, pelo prazo máximo de seis meses (artigo 265, II); (i) o reconhecimento da procedência do pedido, a transação judicial e a renúncia ao direito sobre o qual se funda a demanda, assim como a conciliação em audiência (artigos 269, II, III e V e 447); (j) a convenção de arbitragem, que posteriormente deixou de ser disciplinada pelo Código e passou a ser regida pela Lei n. 9.307/96 (artigos 267, VII e 301, IX); (k) a convenção que tem por objeto a distribuição do ônus da prova (artigo 333, parágrafo único)²⁰²; (l) o acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (artigo 392, parágrafo único)²⁰³; (m) o adiamento da audiência por convenção das partes (artigo 453, I), (n) a convenção sobre alegações finais de litisconsortes ou terceiro (artigo 454, §1º); (o) a desistência de recurso interposto ou a renúncia ao direito de recorrer, que independiam da aceitação da outra parte (artigos 501 e 502)²⁰⁴; e (p) o requerimento conjunto para obter preferência no julgamento ou adiá-lo, perante os tribunais (artigo 565, parágrafo único). Já no que diz respeito a execução e cumprimento de sentença, chamam atenção os seguintes dispositivos: (a) a liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes (artigo 475-C, I); (b) a desistência da execução ou de medidas executivas (artigo 569); (c) a escolha do foro para propor a execução fiscal (artigo 578, parágrafo único); (d) a escolha da espécie de execução que o credor preferisse, quando por mais de um modo pudesse ser efetuada (artigo 615, I); (e) a

²⁰¹ Como será visto no próximo capítulo, a renúncia a prazo é negócio jurídico unilateral. Discordando desse posicionamento, PONTES DE MIRANDA, ao comentar o dispositivo em referência aduz que mesmo que o prazo tenha sido fixado em favor de mais de uma parte e todas elas queiram renunciá-lo, estar-se-á diante de *ato jurídico unilateral no plural*, consistente nas várias renúncias das partes. In *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 154- 281)*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 144.

²⁰² A inversão convencional do ônus da prova apareceu como novidade inédita no ordenamento jurídico brasileiro, inspirada no direito italiano. Conforme asseverava JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR, “a norma examinada, em si, é mais preventiva de um futuro desequilíbrio de direitos convencioneados, em caso de litígio” in *Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV (arts. 332 a 443)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 64.

²⁰³ A redação do parágrafo único do artigo 392 também mereceu críticas da doutrina, no sentido da “falta de previsão do dispositivo para a hipótese de concordância, da parte que produziu o documento, em retirá-lo, e discordância a seguir da parte argüente, em seu desentranhamento”, conforme explica JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR. O autor conclui que, se o argüente não concordasse com a retirada do documento, deveria se proceder ao exame pericial. In *Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV (arts. 332 a 443)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 226.

²⁰⁴ PONTES DE MIRANDA entendia serem a renúncia e a desistência de recurso negócio jurídico unilateral, veja-se: “a unilateralidade do negócio jurídico da *desistência*, à semelhança da que se observa na *renúncia* e na *denúncia*, faz independente de aceitação ou anuência do recorrido o ato jurídico do desistente. Para que haja exigência, é preciso que exista regra jurídica especial, tal como ocorre com a *desistência da ação*” in *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII (arts. 496-538)*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 103.

desistência pelo credor da penhora de bens litigiosos, penhorados, arrestados ou onerados (artigo 667, III)²⁰⁵; (f) a preferência do credor pela alienação judicial do direito penhorado (artigo 673, §1º); (g) o acordo sobre a administração do estabelecimento comercial penhorado (artigo 677, §2º)²⁰⁶; (h) dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (artigo 684, I); (i) opção do exequente pela substituição de arrematação por alienação via internet (artigo 689-A); (j) possibilidade de o executado requerer o pagamento parcelado da dívida (artigo 745-A); (k) o acordo entre o insolvente e os credores sobre a forma de pagamento (artigo 783)²⁰⁷; e (l) a convenção para a suspensão da execução (artigo 792).

Em relação ao processo cautelar, destaca-se (a) a indicação, de comum acordo pelas partes, de depositário de bem sequestrado (artigo 824, I); e (b) na posse em nome do nascituro, a dispensa de exame que provasse a gravidez, caso os herdeiros aceitassem a declaração da requerente (artigo 877, §2º).

Quanto aos procedimentos especiais, faz-se referência aos seguintes dispositivos: (a) no processo de divisão, a possibilidade de as partes acordarem sobre a forma como as compensações e reposições seriam feitas (artigo 979, IV); (b) no inventário e partilha, a concordância da Fazenda Pública com o valor atribuído aos bens do espólio, que impedia a sua avaliação (artigo 1.007); e (c) a partilha amigável (artigo 1.031); (d) na restauração de autos, a concordância das partes, que supre os autos desaparecidos (artigo 1.065, §1º); (e) nas alienações judiciais, a convenção para alienação independentemente de leilão (artigo 1.113, §3º); e (f) a separação consensual (artigo 1.120 e seguintes). Ressalte-se, por fim, que o procedimento arbitral continuou sendo disciplinado pelo Código até a promulgação da Lei n. 9.307/96.

²⁰⁵ “Tal desistência, que somente ocorre *nesses três casos*, é declaração unilateral de vontade, que retira a comunicação de vontade de que resultou a penhora e tem efeitos *ex tunc*” in PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X (arts. 612-735)*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 282.

²⁰⁶ “A determinação da forma de administração, pelo juiz, nos casos do art. 677, é apenas quando não haja acordo entre as partes. Havendo-o e junto aos autos, a resolução judicial é simplesmente homologatória do negócio jurídico entre o devedor e o exequente” in *ibidem*, p. 330.

²⁰⁷ “O acordo de que se cogita no art. 783 é o negócio jurídico bilateral entre o devedor, de um lado, e todos os credores, ou o único credor que se apresentou. Supõe-se que as cláusulas sejam as mesmas para todos os credores, porque se precisa da mesma declaração de vontade, de um lado e doutro” in PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XI (arts. 736-795)*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 519.

Além do grande número de negócios jurídicos e outros instrumentos de flexibilização procedimental *típicos*, o Código de 1973 apresentava a possibilidade de celebração de negócios *atípicos* por meio do seu artigo 158, dispositivo sem correspondência em qualquer outro diploma precedente e que dispunha que “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”. Como visto, logo que o Código foi promulgado – e durante quase toda a sua vigência – a existência desse inovador dispositivo não teve repercussão considerável e pode-se mesmo dizer que se manteve pouquíssimo utilizado para o fim de autorizar a celebração de negócios processuais *atípicos*.

À época, um dos primeiros juristas a tratar do assunto, ROGÉRIO LAURIA TUCCI atribuiu ao referido dispositivo a natureza de negócio jurídico processual: “verificado que, relativamente à constituição, à modificação e à extinção de direitos processuais, apenas podem ser considerados os *atos das partes*, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade (...), tem-se o conceito de *negócio jurídico processual* expresso no art. 158 do CPC”²⁰⁸.

HÉLIO TORNAGHI, por sua vez, comentando o mesmo artigo, aduziu que “os negócios jurídicos, geradores de consequências no processo, produzem efeitos por si mesmos, automaticamente, sem necessidade de homologação pelo juiz”, complementando que a expressão “direitos processuais” a que o dispositivo faz referência deveria “ser interpretada em sentido amplo, compreensivo das meras faculdades e dos encargos (*ônus*)”²⁰⁹.

Já PONTES DE MIRANDA entendia inexistirem negócios jurídicos *processuais*, mesmo diante da redação do referido dispositivo. Para o autor, haveria apenas negócios jurídicos de direito material que, para obter eficácia processual, deveriam ser comunicados pelas partes no processo, constituindo-se *declarações de vontade*, meros atos jurídicos em sentido estrito. De acordo com seu entendimento, “os atos processuais distinguem-se dos atos jurídicos de direito material em serem praticados com fito de encher certa série de atos, que é o processo. Por isso mesmo, mais lhe importa o fato, ou estado de fato, que deles resulta, do que a

²⁰⁸ Negócio jurídico processual. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54, p. 190-191.

²⁰⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II: arts 154 a 269... op. cit.*, p. 14-15.

vontade que os suscita”²¹⁰. Em outra passagem, aduzia de forma mais incisiva que “as declarações de vontade das partes, coincidentes por vezes, chamados *acordos* das partes, não são, de modo nenhum, negócios jurídicos bilaterais (contratos). São apenas declarações unilaterais de vontade ao juiz ou tribunal, ao Estado”²¹¹.

Seja porque a redação do artigo 158 do Código de Processo Civil de 1973 não deixava clara a possibilidade de alteração *atípica* do procedimento pelas partes como o faz o artigo 190 do Código de 2015; seja porque durante a vigência do Código de 1973 tinha-se como predominante o publicismo processual e a ideia de que o processo não era “coisa das partes”, cabendo ao juiz, com exclusividade, a direção do processo²¹²; na prática, a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos foi pouco explorada pelos operadores do direito. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, são pouquíssimas as referências ao assunto.

Pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, que também era competente para o julgamento de recursos versando matéria sem natureza constitucional até a instalação do Superior Tribunal de Justiça, em abril de 1989, não encontrou qualquer acórdão que tratasse do tema. Foram identificados apenas julgados que tinham por objeto negócios processuais típicos, como a suspensão convencional do processo²¹³ e o acordo sobre o valor atribuído aos bens do espólio no inventário²¹⁴.

²¹⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 154-281)*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 25. E, complementando, reafirmava que “não tem caráter processual o ato de direito material praticado *durante* o processo, ou *dentro* de algum ato processual, ou revestido (*e. g.*, “homologado”) de ato processual. (...) Durante o processo, pode ocorrer que alguma das partes requeira alguma notificação, intimação, ou interpelação, com intuito de conservação, desistência, renúncia, reconhecimento, ou denúncia, conforme o direito material. A forma é processual. Porém somente ela. O negócio jurídico não no é.” *In Ibidem*, p. 26-27.

²¹¹ *Ibidem*, p. 5. Comentando também a opinião de PONTES DE MIRANDA sobre o tema, CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 39.

²¹² Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 106, 112-114.

²¹³ “Essa suspensão decorre da convenção das partes, não dependendo do deferimento do juiz, - que, aliás, não poderá sequer indeferi-la se dentro do prazo de 6 (seis) meses, nem praticar qualquer ato processual (art. 266 do C.P.C.) – para começar a correr.” - STF, 2ª Turma, agravo regimental no agravo de instrumento n. 77.936, rel. Min. MOREIRA ALVES, julgado em 27.06.1980. O inteiro teor do acórdão mencionado pode ser encontrado no *site* do Supremo Tribunal Federal, www.stf.jus.br, acesso em 31 de outubro de 2016.

²¹⁴ “O prazo do artigo 1002 do C.P.C. não é preclusivo, de forma que, se a Fazenda se omitiu em fornecer o valor dos bens de raiz, não está impedida de discordar do valor atribuído, nas primeiras declarações, aos bens do espólio, sendo capazes todas as partes, pois o artigo 1007 diz respeito a negócio jurídico processual, que só se realiza com a concordância expressa da Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com o negócio jurídico processual a que alude o artigo 1008, em que a concordância será dos herdeiros com relação ao valor declarado pela Fazenda Pública. Como se vê, não admite o C.P.C. que a omissão da Fazenda implique concordância tácita.” - STF, 2ª Turma, recurso extraordinário n. 100.547-5, rel. Min. MOREIRA ALVES, julgado em

No repositório do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, há número considerável de julgados que tratam de negócios processuais *típicos*, tais como a suspensão convencional do processo²¹⁵, a modificação de prazos dilatatórios²¹⁶ e a eleição de foro²¹⁷. Contudo, não foram encontrados julgados que discutissem a possibilidade de celebração de negócios *atípicos*, sendo que os acórdãos que se referem ao artigo 158 do Código de Processo Civil de

20.09.1983. O inteiro teor do acórdão mencionado pode ser encontrado no *site* do Supremo Tribunal Federal, www.stf.jus.br, acesso em 31 de outubro de 2016.

²¹⁵ “A suspensão convencional, em regra, não pode ser obstada pelo juiz. A suspensão do processo obedece o prazo máximo de 6 (seis) meses, por isso que, superado este, retoma-se o curso do prazo processual. Efetuado o julgamento do recurso 8 (oito) meses após a suspensão, revelou-se obedecido o pleito das partes, passando daí por diante a regê-lo as normas cogente, tanto mais que o processo começa por iniciativa das partes mas se desenvolve por impulso oficial” – STJ, 1ª Turma, recurso especial n. 617.722-MG, rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 19.08.2014. O inteiro teor do acórdão mencionado pode ser encontrado no *site* do Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br, acesso em 5 de novembro de 2016.

²¹⁶ “O prazo de contestação, peremptório por natureza, não se suspende por mera convenção entre as partes” - STJ, 3ª Turma, agravo regimental recurso especial n. 1.160.145-MG, rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 28.02.2012. O inteiro teor do acórdão mencionado pode ser encontrado no *site* do Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br, acesso em 5 de novembro de 2016.

²¹⁷ “Já está consolidado o entendimento desta Corte, no sentido de que é válida a cláusula de eleição de foro nos contratos de uma forma geral, sendo que – fora os casos de aplicação do direito consumerista, bem como não havendo relação de hipossuficiência entre as partes – o foro eleito prepondera, exceto se for demonstrada sua abusividade, ou seja, que dificulte ou impossibilite o acesso das partes à tutela jurisdicional” STJ, 4ª Turma, agravo regimental no agravo de instrumento n. 1.304.551-RJ, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 2.08.2011. O inteiro teor do acórdão mencionado pode ser encontrado no *site* do Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br, acesso em 5 de novembro de 2016.

1973 tratavam sempre de transação²¹⁸, renúncia a direito²¹⁹, reconhecimento do pedido²²⁰, ou desistência da demanda²²¹.

2.6 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Conforme acima já referido, o Código de 1973 passou por substanciais alterações em seu sistema jurídico-positivo, operadas a partir de 1994 com a promulgação da Lei n. 8.952, que tornou mais abrangentes as hipóteses de antecipação da tutela jurisdicional e instituiu a execução direta das obrigações de fazer. Diversas outras reformas se seguiram às mencionadas²²² e todas tinham como objetivo principal a aceleração da tutela jurisdicional. Contudo, devido à profunda alteração do modelo processual até então vigente no ordenamento brasileiro, sentiu-se a necessidade da organização de um novo Código. O seu anteprojeto foi apresentado pelo Senado Federal em 2009 e, após seis anos de tramitação

²¹⁸ “A sentença que chancelou o acordo firmado entre as partes é meramente homologatória; nela o juiz limitou-se a examinar-lhe os requisitos formais, sem entrar no mérito da transação. Quaisquer vícios na transação devem ser discutidos em ação constitutivo-negativa, ou seja, na ação anulatória, e não em sede de embargos à execução” - STJ, 3ª Turma, recurso especial n. 187.537-RS, rel. Min. ARI PARGENDLER, julgado em 23.11.2000. O inteiro teor do acórdão mencionado pode ser encontrado no *site* do Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br, acesso em 5 de novembro de 2016.

²¹⁹ “Com a homologação do acordo entabulado entre as partes, o ato de renúncia ao direito que fundamentou as razões dos Embargos à execução, fez perder o objeto do recurso de apelação anteriormente interposto. Independentemente da discussão quanto à extensão do acordo, não se vislumbra a existência de interesse recursal em homenagem ao que dispõe o artigo 158, do Código de Processo Civil. Isso porque, sua exegese é clara: o ato da parte, unilateral ou bilateral, consistente em declaração de vontade, sobretudo, quando se trata de um acordo, deve produzir efeitos imediatos” – STJ, 3ª Turma, recurso especial n. 1.044.810-SP, rel. Min. MASSAMI UYEDA, julgado em 7.04.2011. O inteiro teor do acórdão mencionado pode ser encontrado no *site* do Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br, acesso em 5 de novembro de 2016.

²²⁰ “O reconhecimento de pedido é ato privativo da parte e deve ser considerado pelo magistrado sem a imposição de maiores óbices, mormente em se tratando de direito disponível. Insta salientar que o magistrado não deve valorar o motivo que levou ao reconhecimento do pedido da parte adversa, pois o próprio artigo 158 do CPC não prescreve a necessidade de se averiguar a sua idoneidade” - STJ, 2ª Turma, recurso especial n. 723.614-AL, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 15.09.2009. O inteiro teor do acórdão mencionado pode ser encontrado no *site* do Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br, acesso em 5 de novembro de 2016.

²²¹ “Há que se reconhecer que, diversamente de outras declarações unilaterais expendidas pelas partes no curso do processo, o pedido de desistência da ação somente produz efeitos a partir da correlata homologação judicial, nos termos do parágrafo único do artigo 158 do Código de Processo Civil. Escorreita, pois, a compreensão de que, enquanto não homologado o pedido de desistência, possível à parte empreender sua retratação ou retificação, conclusão, inclusive, que encontra ressonância na jurisprudência desta Corte de Justiça” - STJ, 3ª Turma, agravo regimental no recurso especial n. 1.401.725-MS, rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 4.08.2015. O inteiro teor do acórdão mencionado pode ser encontrado no *site* do Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br, acesso em 5 de novembro de 2016.

²²² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 37-39.

entre as casas legislativas, foi o novo Código promulgado em 2015, entrando em vigência em março de 2016.

De acordo com a exposição de motivos apresentada pela Comissão de Juristas que elaborou o projeto do novo Código, cinco foram os principais objetivos que a nova lei buscou atingir: (a) harmonizar-se com a Constituição Federal, (b) proporcionar decisões que considerem o contexto social subjacente à causa, (c) simplificar procedimentos e recursos, (d) conferir o maior rendimento possível a cada processo, e (e) imprimir maior grau de organicidade ao sistema²²³. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ressalta que a tais objetivos devem ser somados outros dois, quais sejam, “(f) a adoção de um modelo *colaboracionista*, com a explícita e ampla imposição às partes do *dever de cooperação* de cada uma delas com o juiz (art. 6º), e, ao próprio juiz, do dever de *dialogar* com as partes (arts. 9º, 10º, etc.) e (g) a *nova estrutura* do próprio Código de Processo Civil”²²⁴. Tudo isso sem esquecer-se da incessante busca pela celeridade processual, convertida inclusive em princípio constitucional pela emenda n. 45/2004.

Dentre os objetivos acima elencados, o negócio jurídico processual visa a concretizar especialmente o da maior consideração ao contexto social e fático subjacente à causa (letra b). Isso porque o artigo 190 do novo diploma permite que as partes alterem, de acordo com seus interesses, preferências e as peculiaridades do caso, não apenas as regras de procedimento estabelecidas em lei, mas também a própria relação processual²²⁵. Além disso, as convenções processuais abrem um espaço maior do que o conferido anteriormente pela lei ao consenso e à autorregulação das partes, o que certamente correspondente ao modelo colaboracionista e cooperativista proposto pelo novo Código. Dessa forma, os negócios processuais possibilitam uma maior colaboração entre todos os sujeitos do processo, partes e juiz²²⁶. De acordo com o entendimento de ANTONIO DO PASSO CABRAL, “o marco da

²²³ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 5 de novembro de 2016.

²²⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 8 ed... *op. cit.*, p. 42-43.

²²⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 187.

²²⁶ Para LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA o modelo cooperativo de processo “funciona como um modelo intermediário entre o modelo social ou publicista e o modelo garantista. O juiz mantém seus poderes, mas é preciso atender aos deveres de cooperação, esclarecendo, prevenindo, auxiliando e consultando as partes. O modelo cooperativo diminui o protagonismo do juiz, mas também restringe sua passividade, evitando o resgate

contratualização não se esgota no acordo ou contrato, mas representa sobretudo a tendência de favorecer vínculos cooperativos e fomentar a solução negociada para os conflitos sociais²²⁷. Frise-se que a solução consensual dos conflitos e a cooperação estão expressas como diretrizes do processo judicial, nos parágrafos 2º e 6º, respectivamente, do artigo 2º do novo diploma processual.

Trata-se de grandiosa mudança em relação ao regime do Código de 1973, que impunha a legalidade estrita na determinação dos procedimentos e na configuração da relação processual das partes²²⁸. Como visto, tal disciplina permitiu que, na prática, apenas os negócios tipificados na lei fossem realizados pelas partes, permanecendo ao longo de toda a vigência do referido diploma dúvida em relação ao real alcance do artigo 158. E o objetivo do legislador de 2015 de colocar fim a essa dúvida foi claro: caso fosse pacífico o entendimento de que qualquer negócio jurídico processual pudesse ser celebrado entre as partes com base no artigo 158 do Código de 1973, bastaria a reprodução de tal dispositivo no novo Código para que se mantivesse tal juízo.

Isso, de fato, aconteceu. A redação do artigo 158 do Código de 1973 (“Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença”) é praticamente *idêntica* à redação do artigo 200 do novo Código (“Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial”).

Mas o legislador de 2015 foi além: autorizou de forma clara e expressa às partes celebrarem negócios processuais atípicos por meio do artigo 190, espancando qualquer dúvida que permanecesse a respeito dessa possibilidade. Não por outro motivo, o dispositivo vem sendo chamado pela doutrina de *cláusula geral de convencionalidade*²²⁹. Conforme

da ideia liberal do processo como uma ‘luta’ ou ‘guerra’ entre as partes.” *In* Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 46.

²²⁷ *Convenções processuais... op. cit.*, p. 169.

²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 8 ed... *op. cit.*, p. 45.

²²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 148; REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada

explica ANTONIO DO PASSO CABRAL, “com a edição do CPC/2015, e a partir da redação ainda mais clara e permissiva do art. 190, não há mais como negar a possibilidade de celebração de convenções processuais”²³⁰.

Ressalte-se que, apesar de a contratualização processual ser um fenômeno global e de o legislador brasileiro ter se inspirado em ordenamentos estrangeiros para dispor sobre os negócios processuais no novo Código, não se encontram no direito francês ou no italiano uma *cláusula geral* de negociação semelhante ao artigo 190 do diploma brasileiro, ora analisado. Na França, em que pese as partes celebrarem negócios processuais na prática, não há um dispositivo legal que os regule, restando à jurisprudência tal tarefa²³¹. Já na Itália, o processo mais rígido torna menos amplo o uso dos negócios processuais, em comparação com a França²³². Há negócios processuais dispostos na lei, como o calendário processual, mas tampouco existe dispositivo legal tratando, de maneira geral, sobre o instituto.

Por fim, frise-se que, além da inovadora cláusula geral de negociação sobre o processo, o diploma brasileiro promulgado em 2015 dispõe sobre número maior de negócios típicos, introduzindo o sofisticado mecanismo do calendário processual (artigo 191), o saneamento compartilhado (artigo 357, §2º e §3º) e a escolha consensual do perito (artigo 471). Estes e os demais negócios dispostos no novo Código de Processo Civil serão mais bem analisados no próximo capítulo.

compreensão da inovação do CPC/2015 in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 273.

²³⁰ *Convenções processuais... op. cit.*, p. 148. O autor menciona ainda, sobre o artigo 190 do Código de Processo Civil vigente que “a previsão legislativa sepulta, de uma vez por todas, o debate sobre a possibilidade de celebração dos negócios (e convenções) processuais. Ainda que pudesse parecer absurda a conclusão em sentido contrário, vimos que, mesmo diante da literalidade do art. 158 do CPC/73 (art. 200 do CPC/2015), parte da doutrina insistia em afirmar que as convenções processuais não eram admissíveis no processo brasileiro.” in *ibidem*.

²³¹ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges... *op. cit.*

²³² GHIRGA, Maria Francesca. Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto, *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, vol. 67, n. 1, p. 166-187, gen-feb/2012.

3 CAPÍTULO III – OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS TÍPICOS DISPOSTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O presente capítulo será dedicado à análise dos negócios jurídicos processuais dispostos no Código de Processo Civil vigente. Tal atividade será útil não apenas para a definição da natureza jurídica e do regramento a que se submete cada um dos negócios tipificados, mas também para o desenvolvimento das bases de uma teoria geral do negócio jurídico processual. Sabe-se que a possibilidade de celebração de negócios *atípicos* traz a responsabilidade do estabelecimento dos seus limites. Assim, a consolidação do regramento a que os negócios típicos se submetem pode auxiliar enormemente nessa tarefa, pois certamente haverá características dos negócios atípicos semelhantes àsquelas de determinados negócios típicos, podendo-se aplicar o mesmo entendimento em ambos os casos.

Ressalte-se que a análise considera que há negócios processuais no ordenamento jurídico brasileiro que são mais aplicados na prática, como a eleição de foro, e outros menos, como o pacto de impenhorabilidade. Por outro lado, há negócios, como o calendário processual e o saneamento compartilhado, que são novidade e requerem, por isso, uma análise mais aprofundada do que outros já consolidados na legislação ao longo do tempo. Todas essas características foram consideradas e acabaram se refletindo na extensão das observações acerca de cada um dos negócios dispostos na lei.

3.1 ELEIÇÃO DE FORO

O mais antigo e comum negócio jurídico processual continua disposto no Código de Processo Civil de 2015, nos mesmos moldes do Código anterior, nos artigos 62 e 63. Permanece inderrogável a competência em razão da matéria, da pessoa ou da função, podendo as partes modificá-la em razão do *valor* e do *território*²³³. A respeito da redação do artigo 63, algumas alterações promovidas pela nova lei merecem ser ressaltadas.

²³³ Interessante notar que, no direito francês, a possibilidade de as partes alterarem a competência territorial do juiz não está expressamente disposta na lei. Conforme explica LOÏC CADIET, “les parties peuvent tout d’abord convenir de porter leur litige devant un juge qui n’est pas le juge territorialement compétent en vertu de la loi. La solution ne résulte d’aucune disposition expresse du nouveau Code de procédure civile. Mais elle s’évince de

Primeiramente, em relação ao *caput*, poderia ter sido alterada e não foi a expressão “direitos e obrigações” prescrita para designar a origem das demandas em que pode haver foro de eleição. Conforme crítica desenvolvida por HÉLIO TORNAGHI ao artigo 111 do Código de Processo Civil de 1973, que continha a mesma redação, essa expressão é dúbia, de forma que “bastaria falar em ‘ações oriundas de obrigações’. Como está, ela acabou ensejando uma interpretação pela qual se inclui o que ela quis excluir”²³⁴. O dispositivo, portanto, permanece devendo ser interpretado como abrangente apenas de relações jurídicas obrigacionais (patrimoniais)²³⁵.

O §1º do artigo 63 traz limitações outras ao poder de disposição das partes, além daquelas dispostas no artigo 62, aludindo que a eleição só produz efeitos quando constar de instrumento escrito e fizer menção expressa a determinado negócio jurídico. Por um lado, andou bem o legislador ao trocar a expressão “contrato escrito”, disposta no §1º do artigo 111 do Código de 1973, pela fórmula mais abrangente “instrumento escrito”, já que há negócios jurídicos escritos que não são contratos²³⁶. Por outro lado, manteve-se como penalidade ao

l'article 48 qui ne condamne, entre commerçants et non-commerçants, que les 'clauses' attributives de compétence territoriale, c'est-à-dire les conventions de compétence conclues alors que le litige n'est pas encore né. En revanche, une fois le litige né, la condamnation cesse et la convention des parties retrouve sa pleine et entière efficacité dans les limites ordinaires de la faculté, pour le juge saisi, de soulever d'office son incompétence territoriale dans un certain nombre de cas (article 93)." *in* Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges... *op. cit.* (Tradução livre: as partes podem, primeiramente, acordar de submeter seu litígio a um juiz que, de acordo com a lei, não seria competente para julgá-lo em razão do território. A solução não resulta de nenhuma disposição expressa do novo *Code de Procédure Civile*. Mas ela decorre do artigo 48, que veda, entre comerciantes e não comerciantes, as 'cláusulas' atributivas de competência territorial, ou seja, as convenções sobre competência celebradas antes de o litígio ter surgido. No entanto, uma vez proposta a demanda, a vedação cessa e o acordo das partes torna-se plena e inteiramente eficaz, dentro dos limites comuns da faculdade de o juiz perante o qual a demanda foi proposta, declarar de ofício sua incompetência territorial apenas em um determinado número de casos (artigo 93).

²³⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II: arts 154 a 269... op. cit.*, p. 358.

²³⁵ “Ao instituir expressamente a eficácia das eleições de foro e limitá-las ‘às ações oriundas de direitos e obrigações’, ele [Código de Processo Civil] claramente alude a demandas fundadas em *direito obrigacional*. Esse dispositivo autoriza a eleição de foro, portanto, em relação aos *contratos em geral* e às *estipulações em favor de terceiro* (às quais o próprio terceiro se considera vinculado – CC, art. 436, par.) (...) A expressa menção do art. 63 a *direitos e obrigações* exclui por completo a eleição de foro em relação a causas envolvendo *direitos indisponíveis*. Tais são em princípio, ao menos para esse efeito, a generalidade das relações de puro direito público envolvendo o Estado (matéria estatutária, tributária *etc.*) e as que digam respeito ao direito de família e sejam relacionadas com o *estado e capacidade das pessoas*.” *in* DINAMARCO Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, v. I... op. cit.*, p. 788-789.

²³⁶ Para PONTES DE MIRANDA a referência a “contrato escrito” do §1º do artigo 111 do Código de 1973 consistia erro que deveria ser afastado, pois “há negócios jurídicos escritos que não são contratos. Vamos a exemplo: publicou A, num jornal ou em jornais, que dá prêmios a quem se inscrever no seu escritório, ou numa faculdade de ciências, às pessoas que fizerem os três melhores estudos sobre o que se passou nos últimos quarenta anos a propósito da teoria da relatividade; e pôs-se cláusula de ser o foro escolhido o de Brasília” *in* *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II (arts. 46 a 153)*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 412.

não cumprimento das formalidades dispostas no §1º do artigo 63 a *ineficácia* da eleição de foro, o que não se afigura tecnicamente correto, já que a forma escrita e a expressa referência a negócio jurídico são *requisitos de validade* da eleição de foro, cujo descumprimento enseja a *nulidade* da cláusula²³⁷. Ora, o próprio Código Civil dispõe, em seu artigo 166 que é *nulo* o negócio jurídico que não revestir a forma prescrita em lei (inciso IV) e preterir alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade (inciso V), hipóteses em que se encaixam perfeitamente as exigências estabelecidas no artigo 63, §1º do Código de Processo Civil. De qualquer forma, o objetivo do legislador é que a cláusula só seja aplicável ao próprio contrato em que está inserida. Conforme explica HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “não é possível, destarte, um acordo geral e indeterminado para todas as ações que surgirem entre as partes, ou mesmo para um grupo de negócios”²³⁸.

O §2º do artigo 63 mantém intocada a prescrição já existente no Código de 1973 de que o foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes, inexistindo maiores considerações a serem feitas a esse respeito.

Já o §3º do mesmo artigo merece análise minuciosa, devido às inovações trazidas pelo novo texto legal, em comparação com o parágrafo único do artigo 112 do Código de 1973. O Código de 2015 dispõe que a cláusula de eleição de foro pode ser “reputada ineficaz” de ofício pelo juiz caso seja considerada abusiva. O Código de 1973, por sua vez, dispunha que o juiz poderia declarar a “nulidade” da cláusula de eleição de foro, quando esta estivesse inserida em contrato de adesão. Trocou-se a *declaração de nulidade* por *reputação de ineficácia*, o que constitui a mesma atecnia presente no §1º do artigo 63 acima já demonstrada.

Ora, o parágrafo único do artigo 111 foi inserido no Código de 1973 em 2006 pela Lei n. 11.280, com o intuito principal de proteger consumidores que, ao firmarem contratos, geralmente de adesão, acabavam tendo sua defesa dificultada devido à eleição de foro

²³⁷Adota-se no presente trabalho a classificação desenvolvida por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, que será aprofundada no próximo capítulo. De acordo com o referido autor, “a validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’)”. Em relação especificamente à forma, aduz que “ou será livre, porque a lei nenhum requisito nela exige, ou deverá ser conforme a prescrição legal” in *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia... op. cit.*, p. 42-43.

²³⁸ *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 252.

diverso de seu domicílio²³⁹. A expressão “cláusula abusiva” foi tomada do Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 51 considera “nulas de pleno direito” determinadas cláusulas contratuais que possam prejudicar o consumidor, tais como aquelas que estabeleçam a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor ou determinem a utilização compulsória de arbitragem (incisos VI e VII, respectivamente). Portanto, está-se diante de caso de *nulidade* e não ineficácia, como dispõe o novo Código de Processo Civil²⁴⁰.

Em contrapartida, a retirada da alusão a contrato de adesão foi apreciável, já que o simples fato de um contrato ser de adesão não implica abusividade, existindo contratos de altos valores que são realizados por meio de instrumentos padronizados por simples imposição mercadológica. O problema reside no fato de que, quando não se está diante de uma relação de consumo, não há disposição legal de nulidade de pleno direito para cláusulas abusivas, como ocorre com o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, se a relação entre as partes se rege pelo Código Civil, é preciso investigar a abusividade da cláusula e a eventual ocorrência de vício de consentimento, o que torna necessário ouvir o réu antes de se declarar de ofício a nulidade da eleição de foro. Aplica-se integralmente ao

²³⁹ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR explica o contexto que deu origem à reforma que inseriu o parágrafo único no artigo 112 do Código de Processo Civil de 1973: “em defesa do contratante vulnerável, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos contratos de adesão, especialmente nas relações de consumo, seria abusiva a cláusula imposta pela parte mais forte para deslocar a competência do foro natural do domicílio do consumidor. Diante disso, passou a decidir que o juiz do foro eleito por meio do contrato de adesão poderia declarar *ex officio* a nulidade da cláusula, declinando da sua competência para o juízo do foro do domicílio do réu. Foi em consonância com essa orientação jurisprudencial que a Lei 11.280/2006 acrescentou ao art. 112 o parágrafo único, para abrir uma exceção à regra nele contida de que só por meio de exceção se pode arguir a incompetência relativa, e permitir que, a nulidade de cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, seja declarada de ofício pelo juiz. Como consequência dessa nulidade a declinação de competência dar-se-ia por iniciativa do juiz da causa, sem necessidade de prévia exceção manifestada pela parte débil prejudicada pela cláusula presumida como abusiva. Ao transplantar para o texto codificado, a reforma legislativa foi além da jurisprudência. Permitiu a declinação de ofício genericamente em todo e qualquer contrato de adesão, e não apenas aqueles firmados com consumidores, para os quais a lei reconhece expressamente a vulnerabilidade negocial em face dos fornecedores.” *In Alterações recentes do Código de Processo Civil em matéria de competência e de alguns atos do processo de conhecimento, Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, p. 180-198, jan-jun/2007.

²⁴⁰ Não se pode concordar com o comentário de FLÁVIO GALDINO, no sentido de que “o fato de o legislador do NCPC ter permitido o reconhecimento pelo juiz da ineficácia da eleição de foro ao invés de sua invalidade é deveras significativo. Como a cláusula preserva a sua validade, nada impede que seja reconhecida como ineficaz para um determinado processo (em que se verifica a excessiva dificuldade de defesa para uma das partes) e seja eficaz em outro processo, no qual não se verifique a mesma dificuldade. Em uma palavra: a análise acerca da eficácia jurídica da cláusula de eleição de foro é casuística e depende das circunstâncias concretas de um dado processo” *in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 112. Ora, o fato de uma cláusula ser declarada *nula* em determinado processo, que tem por objeto específica relação jurídica, não implica que o mesmo ocorra em processo diverso – inexistente essa eficácia extraprocessual da declaração de nulidade de que o comentário pressupõe.

Código de 2015 a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR de que “fora das típicas relações de consumo, seria pouco recomendável que o juiz, de ofício, tomasse a iniciativa de invalidar a convenção, sem aguardar a manifestação da parte que imagina estar tutelando e que, nas circunstâncias, é a única que realmente pode definir a conveniência ou não de manter a competência contratual”²⁴¹.

Ainda sobre a declaração de nulidade da cláusula de eleição de foro de ofício, deve-se observar que, apesar de o §3º do artigo 63 do Código de Processo Civil mencionar que o juiz determinará a remessa dos autos ao juízo do *foro do domicílio do réu*, deve-se entender que remeterá os autos ao juízo *legalmente competente* para o julgamento da demanda, que poderá ou não ser o do domicílio do réu, de acordo com as regras estabelecidas no Código de Processo Civil²⁴². Caso não haja a declaração de nulidade de ofício, caberá ao réu arguir a abusividade da cláusula e a conseqüente incompetência do juízo em preliminar de sua contestação (§4º do artigo 63 do Código de Processo Civil).

Esclareça-se também que a eleição de foro tem por objeto a escolha do território em que o processo irá tramitar, o que corresponde uma *seção judiciária*, no caso da Justiça Federal, ou *comarca*, caso se trate de Justiça Estadual. Não é possível a escolha específica de um juízo, seja juiz, seja vara, que integre a comarca ou a seção judiciária eleitas, pois isso violaria a garantia constitucional do *juiz natural*²⁴³. De acordo com tal garantia, a competência do juiz decorre da disposição na Constituição e da indicação taxativa na lei processual das hipóteses em que ele tem a função de julgar. Ainda que seja possível *flexibilizar* as normas que tratam da competência do juiz, essa flexibilização não é livre, restringindo-se estritamente às hipóteses autorizadas expressamente pelo Código de Processo

²⁴¹ Alterações recentes do Código de Processo Civil em matéria de competência e de alguns atos do processo de conhecimento... *op. cit.* No mesmo sentido, LEONARDO GRECO aduz que “parece-me que a nulidade ou a excessiva onerosidade da cláusula de eleição de foro constituem matéria que pode exigir dilação probatória, ainda que sumária. Assim, se a parte não arguiu a nulidade do foro de eleição através da exceção de incompetência e o juiz não declinou dessa competência até o despacho saneador, pois é até esse momento que ele deve examinar as questões processuais pendentes (art. 331, §2º, do CPC de 1973), ficará prorrogada a competência do juízo perante o qual foi a ação inicialmente proposta” in *Instituições de processo civil, vol. 1, 5 ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 143.

²⁴² Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil, vol. I... op. cit.*, p. 143.

²⁴³ Entendendo possível a escolha do juiz, desde que respeitadas as regras de competência absoluta, GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil, vol. I... op. cit.*, p. 63.

Civil. Ou seja, autorizando o Código a eleição de *foro*, que corresponde a *território*, é apenas sobre tal objeto que pode recair a convenção²⁴⁴.

Interessante questão para reflexão diz respeito à possibilidade da eleição de mais de um foro para o mesmo negócio jurídico. Caso sejam destinados a regular situações distintas e isso esteja suficientemente claro no instrumento em que previsto, não deve-se obstar tal ajuste. Seria o caso, por exemplo, de partes que elessem dois foros, um para o caso de um dos contratantes ser o autor da demanda e o outro para o caso de o outro contratante ser o autor²⁴⁵.

Outro exemplo de que se pode cogitar é o caso em que as partes, domiciliadas em determinada cidade, contratam a realização de determinada obra de engenharia em cidade distinta e inserem cláusula de eleição de foro por meio da qual se prevê que, caso a demanda a ser proposta tenha por objeto a inexecução ou execução defeituosa da obra ou outro fato que enseje a produção de prova técnica ou inspeção no local em que a obra está localizada, a demanda deverá ser proposta lá. Por outro lado, se a demanda tiver por objeto fato que não enseje a realização de prova técnica ou inspeção no local da obra, como no caso da simples cobrança por ausência de pagamento do preço ajustado, as partes acordam que a demanda será proposta no local de seu domicílio.

Além disso, deve-se entender possível a existência, no mesmo ajuste, de cláusula arbitral e de eleição de foro. Conforme explica FREDIE DIDIER JR, “nesse caso, o foro de eleição servirá para identificação do juízo competente para futura execução da sentença arbitral ou para a demanda para efetivação de medidas urgentes, hipóteses que fogem da competência do juízo arbitral”²⁴⁶.

Alguns autores defendem a existência de eleição de foro *tácita*, nos casos em que o réu deixa de alegar, em preliminar de contestação, a incompetência relativa do foro em que a demanda foi proposta e, como consequência, a competência daquele foro é prorrogada (artigo

²⁴⁴ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ensina que “a própria lei indica os casos em que se *prorroga* a competência de algum juízo ou tribunal, tornando-se competente quando ordinariamente não o seria (casos de incompetência relativa). Mas também da lei vêm as regras sobre essa flexibilização, seja mediante a determinação dos casos em que a competência se prorroga (competência territorial), seja estabelecendo taxativamente as causas das possíveis prorrogações (p. ex., eleição de foro nos casos previstos no art. 62 do CPC)” *in Instituições de Direito Processual Civil, v. I... op. cit.*, p. 788-789.

²⁴⁵ Exemplo apresentado por FREDIE DIDIER JR em seu *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 226.

²⁴⁶ *Ibidem*.

65 do Código de Processo Civil)²⁴⁷. Contudo, trata-se na verdade de hipótese de prorrogação de competência como mera consequência prefixada e invariável do não cumprimento de determinado ônus processual, assim como a revelia se impõe àqueles que não apresentam contestação. Lembre-se que o suporte fático dos atos jurídicos *stricto sensu* é constituído por manifestação unilateral de vontade, mas seus efeitos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, “não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas”²⁴⁸. A diferença é bastante sutil, mas suficiente para descaracterizar a prorrogação de competência disposta no artigo 65 do Código de Processo Civil como negócio jurídico processual.

É necessário, ainda, fazer referência à novidade representada pelo conteúdo do artigo 25 do Código de Processo Civil de 2015. Tal dispositivo estabelece a incompetência do Judiciário brasileiro para processar e julgar demanda que decorra de contrato internacional em que há cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, desde que o réu argua tal incompetência em contestação. Tratando-se de competência relativa, torna-se prorrogável na ausência de impugnação. Não havia disposição equivalente no Código de 1973. Ressalte-se que, conforme disposto no §1º do artigo analisado, caso se trate de hipótese de competência internacional *exclusiva* da autoridade judiciária brasileira, como, por exemplo, demanda relativa a imóvel situado no Brasil (artigo 23 do Código de Processo Civil), a cláusula de eleição de foro será *nula*, prevalecendo o foro brasileiro²⁴⁹. Será igualmente nula referida cláusula caso não se observem os limites dispostos nos artigos 62 e 63 do Código de Processo Civil, acima referidos.

Por fim, deve-se chamar atenção para o inciso I do artigo 781 do Código de Processo Civil, que dispõe que a execução fundada em título extrajudicial pode ser ajuizada, de acordo com a livre escolha do exequente, no foro (a) do domicílio do executado, (b) de situação dos bens a ela sujeitos, ou ainda, (c) de eleição constante do título. À inserção de cláusula de eleição de foro nos documentos a que a lei atribuiu exequibilidade, dispostos no artigo 784 do Código, permanecem todas as limitações e exigências destinadas à propositura de demanda de conhecimento, acima já referidas. Ressalte-se que tal dispositivo não possui

²⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 383.

²⁴⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...* *op. cit.*, p. 220.

²⁴⁹ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I...* *op. cit.*, p. 196.

correspondência no Código de Processo Civil de 1973 e que a lei não prioriza um foro sobre o outro, cabendo a escolha inteiramente ao exequente, de acordo com sua conveniência²⁵⁰.

3.2 INVERSÃO CONVENCIONAL DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Processo Civil de 1973, como visto, já dispunha sobre a possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico com o objetivo de dividir o ônus da prova de forma diversa daquela estabelecida na lei. O parágrafo único de seu artigo 333 estabelecia que seria nula a convenção que recaísse sobre direito indisponível da parte ou tornasse excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Sabe-se também que, apesar da disposição expressa em lei, a possibilidade de realizar esse tipo de negócio jurídico processual não foi muito utilizada na prática²⁵¹.

O Código de Processo Civil de 2015, apesar de manter intocados os limites ao poder de disposição das partes, dá novo fôlego ao instituto. Inicialmente, dispõe de forma mais clara a possibilidade de celebração desse tipo de convenção, diferentemente do que ocorria no Código anterior, em que a modificação do ônus da prova era autorizada de modo *indireto*. Diz o §3º do referido artigo 373 do novo diploma processual: “a distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. Além disso, como o artigo 190 do Código deixa expressa a possibilidade de celebração de negócios processuais pelas partes, espera-se que referida convenção passe a ser mais utilizada pelas partes, sempre que lhes for conveniente²⁵².

²⁵⁰ “A escolha, como já se afirmou, cabe ao exequente, uma vez que a execução tem por finalidade a satisfação daquele que a promove. Ou seja, ‘realiza-se a execução no interesse do exequente’” in THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III*, 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 301.

²⁵¹ O comentário de ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA certamente representa a opinião da comunidade jurídica acerca do dispositivo estudado durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973: “O Código de Processo Civil admitiu, em princípio, a validade e eficácia de convenção das partes tendo por objeto a distribuição do ônus da prova de maneira diversa da estabelecida em lei. Dessa forma, a lei afastou controvérsia doutrinária a respeito do assunto. Na prática, porém, parece quase nenhum o interesse de se lançar mão dessa faculdade que, é certo, deveria se materializar mediante incorporação de cláusula contratual dispondo sobre a inversão do ônus da prova” in *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV (arts. 332 a 475)*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23.

²⁵² No mesmo sentido GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil... op. cit.*, p. 227.

A inversão convencional do ônus da prova tem por objeto a alteração da sua distribuição prevista nos incisos I e II do artigo 373 do Código de Processo Civil, que dispõem que incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu, provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ao juiz também é atribuída tal iniciativa (§1º do artigo 373), mas disso não decorre que ele possa deixar de inverter o ônus probatório quando as partes assim acordarem. Nesse caso, como a lei não impõe como fator de eficácia a homologação judicial, a convenção desde logo produz efeitos. Conforme explica BARBOSA MOREIRA, “o que cabe ao órgão judicial é, pura e simplesmente, se for o caso, e desde que o ato não seja nulo, aplicar as regras convencionais, em vez das legais, para decidir a lide”²⁵³. Portanto, ao juiz cumprirá apenas verificar se a convenção não recai sobre direito indisponível ou torna excessivamente difícil o exercício do direito de uma parte.

Em contrapartida, a divisão do ônus probatório de forma diversa daquela prevista na lei não impede o exercício pelo juiz de seus poderes instrutórios, que permanecem inalterados (artigo 370 do Código de Processo Civil)²⁵⁴. Assim, caso não venha aos autos a prova de algum fato relevante, antes de lançar as consequências da convenção sobre o ônus

²⁵³ Convenções das partes sobre matéria processual... *op. cit.* No mesmo sentido, GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil... op. cit.*, p. 261. Discorda-se da posição defendida por LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI DE MEDEIROS PEIXOTO, para quem o juiz “precisa participar do negócio. Isso não significa que se faz indispensável uma análise da conveniência e oportunidade do negócio pelo magistrado, ou que ele poderá recusá-lo por qualquer motivo. Não. Na verdade, embora possa ser dito, peremptoriamente, que a vontade do Estado-juiz é imprescindível, isso não significa que cabe ao juiz verificar sua concordância pessoal com o negócio. Incumbe-lhe unicamente verificar a validade e a eficácia da convenção, o que lhe vincula à retificação do negócio.” *in* Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 463-487, mar/2015. Ora, se não é necessária nem a homologação para que a convenção produza efeitos, não é possível aduzir que o juiz *participa* da convenção em comento. Caso eventualmente haja algum defeito que a invalide o juiz poderá atuar, de maneira repressiva e a *posteriori*, mas apenas como fiscal, sem manifestação de vontade.

²⁵⁴ Interessante exemplo a respeito desse tema é apresentado por ARAKEN DE ASSIS: “figure-se a hipótese de dois empresários (A e B) estipularem que, nos seus negócios, o pagamento da prestação ulterior à primeira não induz a presunção do art. 322 do CC, cabendo ao devedor provar a realização de atribuição patrimonial relativamente a cada prestação devida. Na ação de cobrança movida por A contra B, o credor invoca a convenção sobre o ônus da prova, mas o réu B não se desincumbe desse ônus. Ao menos duas relevantes questões se põem nessa conjuntura: (a) a possibilidade de o juiz determinar a produção de prova (v.g., perícia), *ex officio*, a fim de apurar se ocorreu, ou não, o pagamento (art. 370, *caput*); (b) subsistindo a falta de prova, a adstrição do juiz à convenção das partes, imputando a consequência desfavorável ao devedor, e, não, ao credor, invertendo a regra especial de julgamento prevista na lei”. O próprio autor responde a essas indagações, aduzindo que “o juiz sempre poderá suprir a inércia da parte gravada com o ônus da prova convencional”, de forma que “o negócio jurídico sobre ônus da prova subordina o julgamento só no caso da falta ou insuficiência da prova” *in* *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 199-200.

probatório estabelecida pelas partes, é lícito ao juiz, por sua própria iniciativa, determinar a realização da prova destinada a suprir aquela lacuna²⁵⁵. Deve-se lembrar sempre de que “a disposição refere-se ao ônus objetivo e não ao sujeito que deverá produzir a prova – que, como cediço, por conta do princípio da comunhão da prova, é questão irrelevante quando há suficiência probatória”²⁵⁶.

Cumpra analisar, então, de forma específica cada uma das limitações à vontade das partes na celebração da convenção sobre o ônus da prova, acima já referidas. Inicialmente, só quanto à prova dos direitos *disponíveis* as partes podem convencionar (artigo 373, I), o que significa que são *nulos* os negócios que tenham por objeto, por exemplo, direito da personalidade ou relação de direito de família²⁵⁷. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO explica ser “natural que só quanto à prova dos direitos *disponíveis* possam as partes transigir, porque o *onus probandi* é um encargo tão próximo à vida dos direitos, que dispor sobre ele é pôr em risco o próprio direito”²⁵⁸. Ressalte-se, ainda, que, apesar de a menção à nulidade da convenção – presente no Código de 1973 – ter sido retirada do dispositivo em comento no novo Código, deve permanecer o entendimento de que a convenção que recaia sobre direito indisponível é nula. Isso porque a disponibilidade do direito tem a ver com licitude do objeto do acordo, de forma que se está diante de requisito de validade, que, inexistindo, torna a convenção nula.

A limitação disposta no inciso II do §3º do Código de Processo Civil, por sua vez, não diz respeito, a rigor, a requisito de validade do negócio jurídico, mas sim, a causa de extinção da obrigação: a *impossibilidade* de a parte cumprir a prestação a que está obrigada devido à sua *excessiva oneração*. ORLANDO GOMES esclarece que “se deve admitir como impossível a prestação cujo cumprimento exija do devedor esforço extraordinário e injustificável”²⁵⁹.

²⁵⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, p. 9-21, abr/2005.

²⁵⁶ MACÊDO, Lucas Buril De; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova... *op. cit.*

²⁵⁷ Para reflexão aprofundada sobre a indisponibilidade dos direitos a que a norma analisada faz referência, consultar GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil... op. cit.*, p. 247-257. Pertinente a ressalva do autor quanto à impossibilidade de se confundir “patrimonialidade com disponibilidade” *in ibidem*.

²⁵⁸ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77.

²⁵⁹ *Obrigações*, 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 176. O conceito de impossibilidade de cumprimento de obrigação está também no Código Civil: relativamente às obrigações de fazer, categoria à qual pode amoldar-se a produção de prova, o artigo 248 daquele diploma dispõe que “se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos”.

Dessa forma, o Código de Processo Civil, adiantando a eventualidade de a inversão do ônus da prova acordado pelas partes tornar excessivamente difícil o exercício do direito de uma delas, impediu desde logo a convenção nesse caso. A impossibilidade de cumprimento da obrigação pode estar relacionada à extrema dificuldade em obter-se documento ou no altíssimo custo financeiro que a realização de uma prova técnica pode ensejar. É claro que, na prática, somente as circunstâncias de cada caso concreto poderão determinar a excessiva dificuldade no cumprimento do encargo e, nessa hipótese, o juiz simplesmente declarará resolvida a obrigação.

Há autores que acreditam que seria necessário limitar as convenções processuais apenas nos casos em que torne excessivamente difícil o exercício de um direito, sendo desnecessária a limitação estabelecida pelo inciso I do §3º do artigo 373 do Código de Processo Civil. FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL DE OLIVEIRA explicam que “se a convenção firmada recai sobre fatos ligados a direito indisponível tornando mais fácil para a parte a comprovação desses fatos, obviamente que ela não pode ser invalidada”²⁶⁰.

Ora, na verdade, como visto acima, cada vedação tem uma razão de ser distinta, sendo que uma corresponde a requisito de validade do negócio celebrado e outra a hipótese de extinção por impossibilidade de seu cumprimento. Convenção que tenha por objeto direito indisponível será sempre nula. O que o sistema jurídico permite, em situações muito específicas, é que se preserve o ato nulo, caso não haja nenhum prejuízo à parte (artigo 282, §1º do Código de Processo Civil), ou quando o mérito da demanda possa ser decidido em favor da parte a quem aproveitaria a decretação de nulidade (artigo 282, §2º do Código de Processo Civil)²⁶¹. Disso não decorre, em absoluto, que seja inútil a vedação de que a convenção tenha por objeto direitos indisponíveis.

²⁶⁰ *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, vol. 2, 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 123. No mesmo sentido, RINALDO MOUZALAS e JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JÚNIOR aduzem que “se o direito for indisponível, mas a convenção beneficiar o seu titular, não haverá que se falar em invalidade do ato, porque o titular do direito disponível não será onerado. E é isso que a disposição legal visa (evitar que o titular do direito indisponível seja onerado com o negócio jurídico processual em torno da distribuição do ônus da prova)” *in* Distribuição do ônus da prova por convenção processual, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 399-423, fev/2015. Ainda, MACÊDO, Lucas Buril De; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova... *op. cit.*

²⁶¹ “A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. *Não há nulidade processual sem prejuízo (pas de nullité sans grief)*” *in* DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 410.

A respeito do momento em que tal convenção pode ser celebrada, o próprio §4º do artigo 373 do Código de 2015 esclarece que o acordo pode se dar “antes ou durante o processo”. Se o processo já estiver tramitando, é mais oportuno que ocorra até o seu saneamento e organização, para que as partes possam se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Trata-se de disposição expressa do §1º do artigo 373 direcionada à inversão judicial do ônus da prova (“...deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”), inexistindo qualquer motivo para que tal exigência não seja aplicada também em relação à inversão convencional do ônus probatório²⁶². Assim, a celebração da convenção após o saneamento e a organização do processo pode ensejar a revisão, pelo juiz, da decisão a respeito das provas a serem produzidas²⁶³.

Quanto à forma, o Código de Processo Civil não estabelece qualquer exigência. Desse modo, a inversão do ônus da prova pode ser convencionalizada por qualquer forma idônea, seja instrumento público ou particular, por petição conjunta dirigida ao juiz, durante a audiência de conciliação e de mediação – hipótese em que o acordo será oral, ainda que provavelmente reduzido a termo nos autos do processo – e, por fim, pode ainda ser inserida em cláusula de contrato celebrado entre as partes, e que seja objeto da demanda em que o ônus da prova será redistribuído²⁶⁴.

Ressalte-se, por fim, que se trata de negócio jurídico bilateral. Contudo, apesar de muito improvável, em tese é admissível a inversão unilateral do ônus da prova, desde que, é claro, seja para que a própria parte que declara vontade nesse sentido assumam o ônus e sejam respeitados os limites acima referidos²⁶⁵.

²⁶² Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, vol. 2... *op. cit.*, p. 127.

²⁶³ Cf. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... *op. cit.*, p. 23.

²⁶⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entende que, apesar de não haver nenhuma formalidade, o acordo deve ser escrito: “quanto à forma, não há exigência alguma no dispositivo pertinente no Código, de sorte que as partes são livres para ajustar a distribuição negocial do ônus da prova, o que, obviamente, terá de ser feito em instrumento escrito, para ser apresentado em juízo” in *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I...* *op. cit.*, p. 916.

²⁶⁵ Nesse sentido ROBSON GODINHO afirma que “obviamente é possível a inversão unilateral do ônus da prova, porque a outra parte poderá produzir as provas que entender cabíveis, inexistindo qualquer vinculação, prejuízo ou limitação pelo comportamento da outra parte” in *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil...* *op. cit.*, p. 234-235.

3.3 SANEAMENTO COMPARTILHADO DO PROCESSO

Uma das grandes novidades introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 é a possibilidade de as partes participarem mais ativamente do saneamento e da organização do processo, por meio da apresentação ao juiz de acordo delimitando as questões de fato e de direito sobre as quais recairá a atividade probatória e as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (artigo 357, §2º). Além disso, caso o processo envolva questão de fato ou de direito complexa, é possível também que o saneamento seja feito em cooperação por partes e juiz, em audiência designada especificamente para esse fim (artigo 357, §3º).

Sabe-se que o Código de Processo Civil de 1973 dispunha sobre tais atividades no artigo 331, inicialmente sob a denominação “do despacho saneador”, que foi modificada antes mesmo que o Código entrasse em vigor, pela Lei n. 5.925/73, para “do saneamento do processo” e, finalmente, a partir da alteração empreendida pela Lei n. 10.444/02, passou a ser chamada “audiência preliminar”²⁶⁶. Naquela audiência, além de se tentar conciliar as partes, deveriam ser fixados pelo juiz os pontos controvertidos, decididas as questões processuais pendentes e determinadas as provas a serem produzidas. Na prática, contudo, os juízes, quase sempre sobrecarregados de trabalho, não haviam previamente estudado o caso, estando inaptos a promover oralmente o saneamento naquela ocasião²⁶⁷.

Além disso, as constantes modificações na redação do referido artigo tornaram muito pouco aplicado o saneamento em audiência: a Lei n. 8.952/1994 alterou a redação do *caput* do artigo 331, passando a chamar a “audiência preliminar” de “audiência de conciliação”, impropriedade que só foi corrigida em 2002, com o retorno da denominação “audiência preliminar”, por meio da já aludida Lei n. 10.444. Contudo, apesar da mudança na nomenclatura, esta última lei excluiu a audiência preliminar em processos que envolvessem direitos que não admitissem transação ou se as circunstâncias da causa evidenciassem ser improvável a conciliação. Dessa forma, até a revogação do Código de 1973 prevaleceu o

²⁶⁶ Para histórico completo sobre a origem do saneamento do processo e sua complexa evolução no processo brasileiro, que inclui diversas alterações legislativas, consultar BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, p. 109-135, out-dez/1985; HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 106 e seguintes; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, p.435-460, mai/2016.

²⁶⁷ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo... *op. cit.*

entendimento de que tal audiência tinha por principal escopo apenas a conciliação das partes e que, portanto, não seria obrigatória. O saneamento concentrado e com a participação das partes não existia *na prática* na vigência do Código anterior²⁶⁸.

Nesse contexto, o legislador de 2015, ao dispor sobre o saneamento e a organização do processo, certamente procurou favorecer a participação das partes, mas, diante do fracasso do modelo anterior, de forma diversa do que dispunha o artigo 331 do Código de 1973. No que concerne especificamente ao objeto do presente trabalho, permitiu que as partes delimitem de forma consensual, mas *escrita*, as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e de direito relevantes para a decisão do mérito (§2º do artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015).

A delimitação consensual das questões de fato e de direito relevantes ao julgamento da causa tem inspiração no *Code de Procédure Civile* francês²⁶⁹. Tal diploma autoriza que as partes interfiram diretamente na atividade do juiz, ora restringindo-a, como nos casos em que demarcam as questões sobre as quais ele deverá se manifestar, ora alargando-a, como quando acordam que é possível que ele decida por equidade. No direito francês também é possível a escolha da lei que o juiz deverá aplicar ao caso²⁷⁰.

²⁶⁸ HEITOR SICA explica que a referida alteração no texto do artigo 331, “deixando ao arbítrio dos magistrados a realização da audiência, fez com que ela fosse dispensada com maior frequência que o desejado ou que sua realização fosse ‘terceirizada’ para auxiliares da justiça (de modo que sua utilidade fosse reduzida à tentativa de conciliação)” in *Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo... op. cit.*

²⁶⁹ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. VII (arts. 318 a 368)*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 307. O artigo 12 do *Code* francês dispõe que “Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s’arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d’un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l’ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d’appel si elles n’y ont pas spécialement renoncé” (Tradução livre: o juiz resolve o litígio conforme as regras de direito que lhe são aplicáveis. Ele deve atribuir ou restituir a exata qualificação aos fatos e atos controvertidos independentemente da denominação que as partes lhes tenham atribuído. No entanto, ele não pode alterar a denominação ou o fundamento jurídico que as partes, em virtude de um acordo expresso e que tenha por objeto direitos disponíveis, tenham atribuído a determinado fato ou direito a que queiram limitar o debate. Após instaurado o litígio, as partes podem também, a respeito das mesmas matérias e sob as mesmas condições, atribuir ao juiz a função de atuar como conciliador, decidindo por equidade, ficando a decisão sujeita a recurso caso as partes não tenham especificamente renunciado a ele).

²⁷⁰ Cf. CADIET, Loïc. *Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges... op. cit.* Após discorrer sobre a delimitação das questões sobre as quais o juiz deve se manifestar, o autor ressalva que a possibilidade atualmente não vem sendo exercida pelas partes na prática: “A dire vrai, ni l’accord de droit applicable, ni l’accord d’amiable composition ne sont beaucoup utilisés, pas plus d’ailleurs que la requête conjointe, évoquée plus haut, qui participe du même esprit d’ouverture. Cet hommage

No Brasil a possibilidade de as partes celebrarem esse tipo de negócio jurídico processual deve ser interpretada em consonância com o que dispõe o artigo 190 do Código de Processo Civil, ou seja, o saneamento e a organização consensuais devem ter por objeto processo que verse sobre direitos que admitam autocomposição e ser acordados por partes plenamente capazes²⁷¹. Acerca do objeto do acordo, apesar de o §2º do artigo 357 do Código dispor que as partes podem delimitar as questões de fato a serem provadas e as de direito sobre as quais haverá decisão de mérito, deve-se entender possível que elas convençionem na mesma ocasião a redistribuição do ônus da prova. O Código nada fala a esse respeito, mas a leitura do referido dispositivo em conjunto com os parágrafos 3º e 4º do artigo 373 do mesmo diploma impõe tal interpretação²⁷².

Ainda em relação ao objeto, FREDIE DIDIER JR. defende que, à semelhança do direito francês, também o ordenamento jurídico brasileiro permitiria, por meio do dispositivo em análise, a escolha do direito aplicável ao caso, nas mesmas hipóteses em que se permite tal escolha no processo arbitral²⁷³. LEONARDO GRECO, por sua vez, desde antes da promulgação do Código de 2015 entende que não apenas é possível a escolha da lei aplicável ao caso, mas também autorização para que o juiz decida por equidade. De acordo com sua opinião, a Lei de Arbitragem autoriza tanto a arbitragem de equidade quanto a escolha da lei aplicável ao procedimento arbitral. Assim, se o juiz estatal cumpre a sentença arbitral proferida nestes termos, “deve ter a possibilidade de receber das partes, ele próprio, a confiança para a

au rôle de la volonté des parties dans la définition de l’office du juge n’est, pour l’heure, qu’une ouverture de principe. Cela tient, pour une part importante, à la sévérité des conditions auxquelles le code subordonne ces accords” (Tradução livre: Na verdade, nem o acordo sobre o direito aplicável, nem o acordo de composição amigável são tão utilizados como o requerimento conjunto, acima referido, que possui o mesmo espírito de abertura. Este tributo ao papel da vontade das partes na definição da atuação do juiz é, por enquanto, apenas uma possibilidade aberta. Isso se deve, em grande medida, às severas condições a que o Código subordina esses acordos).

²⁷¹ “Naturalmente, esse ajuste só será lícito se a causa referir-se a direitos disponíveis e travar-se entre pessoas capazes. Verificada a regularidade e a não ofensa à ordem pública, o juiz o homologará, e após isso a delimitação vinculará as partes e o juiz” in THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 849.

²⁷² Nesse sentido, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO aduz que “não se pode recusar que as partes, nessa oportunidade, assumam os custos financeiros dos meios de prova e, voluntariamente, distribuam diferentemente o ônus da prova, a despeito da ausência de remissão expressa do §2º do art. 357, observando-se, nesse caso, a autorização mais específica (e os limites) constante do §3º do art. 373” in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil... op. cit.*, p. 564.

²⁷³ *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p.706.

formulação de juízos alheios a critérios de estrita legalidade”²⁷⁴. O autor menciona, ainda, que o direito italiano admite a possibilidade de o juiz decidir por equidade, desde que a causa verse sobre direitos disponíveis e haja pedido conjunto das partes²⁷⁵.

Contudo, com base no disposto no §2º do artigo 357 do Código de Processo Civil brasileiro não é possível concluir que haja autorização para as partes irem tão longe. As hipóteses a respeito das quais pode haver convenção estão bem delimitadas no referido dispositivo e, mesmo que se cogite da realização de um negócio processual *atípico*, com base no artigo 190 do Código de Processo Civil, estar-se-ia violando a ordem pública, caso em que mesmo os negócios atípicos devem ser rejeitados²⁷⁶.

Ora, tanto o código francês (artigo 12) quanto o código italiano (artigo 114) possuem autorização *expressa* de que as partes convençionem a decisão por equidade ou escolham lei estrangeira a ser aplicada pelo juiz²⁷⁷. O mesmo não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, em que, além de não haver qualquer autorização nesse sentido, há expressa vedação a que o juiz decida por equidade em casos não previstos em lei (parágrafo único do artigo 140 do Código de Processo Civil)²⁷⁸.

²⁷⁴ Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁵ A hipótese é disposta no artigo 114 do *Codice di procedura civile*, nos seguintes termos: “Il giudice, sai in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equita’ quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta” (Tradução livre: o juiz, tanto em primeira instância quanto em instância recursal, julga o mérito da demanda de acordo com a equidade, quando o processo verse sobre direitos disponíveis das partes e elas lhe façam um pedido conjunto).

²⁷⁶ “Essas aberturas para o reconhecimento da configurabilidade de negócios jurídicos processuais segundo o vigente direito positivo brasileiro não chegam ao ponto de desnaturar a visão geral do processo como categoria jurídica de *direito público*” in DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil... op. cit.*, p. 188.

²⁷⁷ Ressalte-se que o Codice italiano não autoriza expressamente a escolha da lei aplicável pelas partes, apenas o julgamento por equidade. A esse respeito, GIORGIO DE NOVA esclarece que “le parti possono concordare sulla legge applicabile con una clausola espresa. (...) La suggestione che viene dall’art. 12, comma 3º, del nuovo codice di procedura civile francese (...) è molto forte. Ma credo che solo una eventuale futura espresa previsione legislativa possa condurre, per diritto italiano, a questa conclusione.” in *Accordi delle parti e decisione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile – Numero speciale: Accordi di parte e processo*, Milano, p. 59-68, 2008 (Tradução livre: as partes podem convençionar a lei aplicável por meio de uma cláusula expressa. (...) A sugestão que vem do artigo 12, §3º do novo Código de Processo Civil francês (...) é muito expressiva. Mas acredito que somente uma eventual futura previsão expressa na lei possa conduzir ao direito italiano esta conclusão).

²⁷⁸ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA aduz que “A exigência da licitude e da possibilidade do objeto, expressa no Código Civil [de 1916] (arts. 82 e 145, II), deve reputar-se implícita no ordenamento processual. Absurdo supor que este prescindisse de semelhante requisito nos atos das partes, unilaterais ou bilaterais que sejam. Aqui, por conseguinte, afigura-se desnecessário recorrer a distinção acima lembrada: seja como for, ninguém hesitará em repelir a admissibilidade de uma convenção pela qual as partes, exemplificativamente, ajustassem dispensar o juiz da observância do direito positivo e autorizá-lo a decidir por equidade, em caso não previsto em

Além disso, ao contrário do que ocorre na arbitragem, no processo judicial utiliza-se o aparato estatal para o trâmite do processo, de forma que, a convenção para a escolha de lei diversa da brasileira, poderia inviabilizar o exercício das funções públicas do juiz e dos auxiliares da justiça que desconhecem as leis de outros países e cuja função não exige o domínio de línguas estrangeiras²⁷⁹. Em última instância, convenção desse tipo acabaria por tornar mais complexo e moroso o processo, na contramão do que se objetiva com a abertura conferida às partes para ajustar o modo como o processo se realizará.

Os limites à celebração de negócios jurídicos processuais em geral serão aprofundados no próximo capítulo, mas desde logo é possível concluir que, atualmente, devido à inexistência de autorização legal e à inviabilização da tramitação do processo, deve ser considerado inválido, por ilicitude do objeto, o negócio processual que estabeleça lei estrangeira a ser aplicada pelo juiz ou que o autorize a julgar por equidade em casos outros além daqueles expressamente dispostos em lei.

Além disso, parece claro que a faculdade de as partes definirem as questões de fato que serão objeto de prova não pode ser exercida de forma desarrazoada. Caso elas pretendam, por exemplo, produzir prova de fatos impertinentes, irrelevantes ou incontroversos, o juiz também poderá deixar de homologar o acordo²⁸⁰. Contudo, não há motivo para que não sejam aceitas convenções que acabem por alterar a causa de pedir e o pedido da demanda, já que o próprio Código de Processo Civil dispõe que até o saneamento do processo é permitido que as partes alterem, desde que haja consenso, o pedido e a causa de pedir (artigo 329, II)²⁸¹.

lei (cf. CPC, art. 127), ou acordassem em usar nos autos do processo língua estrangeira (cf. CPC, art. 156)” *in* Convenções das partes sobre matéria processual... *op. cit.*

²⁷⁹ “Por vezes os acordos processuais transbordam os limites da autonomia das partes, modificando o procedimento ao ponto de *inviabilizar* a tramitação do processo. Se assim for, o acordo interfere no exercício das funções do Estado, podendo o juiz negar aplicação à convenção.” *In* CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 271.

²⁸⁰ Cf. YARSHELL, Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5: artigos 334 ao 368*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 297. FREDIE DIDIER JR. entende também que o juiz poderá deixar de homologar o negócio jurídico se não houver o mínimo de verossimilhança nos fatos consensualmente havidos como ocorridos, concluindo que “a necessidade de homologação serve exatamente para que não se imponha ao órgão julgador o dever de julgar com base em um absurdo” *in* *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 706.

²⁸¹ Cf. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 424. No mesmo sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. VII (arts. 318 a 368)*... *op. cit.*, p. 312-313.

De acordo com ARAKEN DE ASSIS, a inovação trazida pelo §2º do artigo 357 é importante, pois “permite às partes descartar o que seja irrelevante ou secundário, concentrando-se no cerne do litígio”²⁸². Um exemplo de saneamento e organização consensual é o acordo das partes para que, numa demanda em que se discuta a inexecução de um contrato, seja objeto de decisão apenas a extensão da indenização decorrente do inadimplemento e o seu valor, não podendo ser discutida a validade de eventual cláusula penal existente, ou até mesmo de todo o contrato²⁸³.

A eficácia do negócio dependerá da homologação do juiz, que deverá analisar os aspectos formais do acordo, atentando-se também para eventual ilicitude do objeto, nos termos acima referidos. Não é necessária a sua *concordância*: o juiz nesse caso não é parte do negócio; a sua homologação apenas permite que o negócio produza efeitos, vinculando a sua posterior atividade probatória e decisória.

Além do saneamento e organização consensuais apresentados ao juiz de forma escrita pelas partes para homologação, o Código de Processo Civil de 2015 permite que, nos casos em que haja complexidade em matéria de fato ou de direito, o saneamento seja feito *em audiência*, de forma oral e cooperativa entre partes e juiz (artigo 357, §3º). Trata-se claramente de nova tentativa de que se realize a audiência preliminar para organização conjunta do processo, agora restrita, contudo, aos casos complexos. Tal limitação coloca-se possivelmente para que não haja congestionamento na pauta dos juízes e, assim, tal audiência deixe de ser realizada, como aconteceu na vigência do Código de 1973. Contudo, como identificar demanda que seja *complexa*?

A lei não conceitua o que é uma causa *complexa*. A esse respeito, FLÁVIO YARSELL, GUILHERME SETOGUTI e VIVIANE RODRIGUES aduzem que o sentido da norma sob análise deve ser completado por aquilo que *atualmente* a comunidade jurídica entende como complexo. Assim, “não são atualmente causas complexas aquelas que dizem respeito a questões essencialmente de direito e repetitivas, que, mesmo dependendo de prova oral, não apresentam dificuldade na definição do objeto da controvérsia, tanto de fato quanto de direito”²⁸⁴. Já JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI alega que os profissionais do direito sabem

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ Cf. CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges... *op. cit.*

²⁸⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5: artigos 334 ao 368... op. cit.*, p. 290.

identificar as demandas com maior grau de complexidade, apresentando o seguinte exemplo: “uma causa, na qual se pretende indenização por danos material e moral, provocados pelo extravio de bagagem, é mais simples do que a ação declaratória de nulidade de um contrato, cumulada com pedidos de cancelamento de registro imobiliário e de ressarcimento por perdas e danos e lucros cessantes”²⁸⁵. Portanto, deve-se concluir que apenas na prática, analisando-se as peculiaridades de cada caso será possível aferir a sua complexidade, sendo certo que os tribunais terão papel importante na definição de diretrizes a esse respeito.

Por outro lado, o fato de a lei dispor que, havendo complexidade, o juiz *deverá* designar audiência para saneamento e organização do processo, implica sua obrigatoriedade nesses casos²⁸⁶. Ressalte-se, ainda, que nada impede que a audiência também seja realizada nos processos que tratem de questões menos ou nada complexas²⁸⁷, afinal, as vantagens do saneamento e organização realizados de forma oral e concentrada são muitas. Permite-se ao juiz um exame concentrado dos requisitos de admissibilidade da demanda, antes do início da instrução probatória, o que pode representar economia de tempo e energia²⁸⁸. Além disso, permite-se que as partes elucidem quais são suas alegações de direito e quais são os fatos efetivamente controvertidos a ponto de gerar necessidade de prova²⁸⁹.

Não há dúvida também de que as partes podem celebrar durante a audiência negócio jurídico processual de delimitação consensual das questões de fato a serem provadas e as de direito relevantes à decisão de mérito e, ainda, a inversão consensual do ônus da prova²⁹⁰.

²⁸⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. VII (arts. 318 a 368)... op. cit.*, p. 312.

²⁸⁶ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil... op. cit.*, p. 564.

²⁸⁷ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 705.

²⁸⁸ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo... op. cit.*

²⁸⁹ Cf. YARSHELL, Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5: artigos 334 ao 368... op. cit.*, p. 292.

²⁹⁰ PAULO HOFFMAN, que dedicou-se ao tema antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 e denominou “transação processual” o que no presente trabalho se entende por “negócio jurídico processual”, ressalta a audiência preliminar como um momento profundamente propício para a sua celebração: “A transação processual é possível de ser realizada em qualquer fase do processo, mas será na audiência de saneamento e mediante a participação que terá seu campo de atuação mais fértil, sendo mais um fator a torná-la sempre obrigatória. Ao realizarem o debate e tentarem definir quais são os pontos controvertidos, o juiz e as partes, entre tantas outras situações dependendo do caso concreto, a título exemplificativo e não exaustivo, podem decidir: i) pela realização ou não de provas, ii) pactuar e decidir em conjunto exatamente o que entendem já estar comprovado e o que ainda depende de demonstração, iii) pela juntada de laudos parciais de cada um sem necessidade de perícia, iv) pela não oitiva de depoimento pessoal, v) pela alteração, ampliação ou esclarecimento da causa de pedir e/ou do pedido” in *Saneamento compartilhado... op. cit.*, p. 198.

Trata-se, aliás, de momento muito propício para a celebração desses negócios processuais, sendo imprescindível que partes e juiz estejam bem preparados para participar da audiência, conhecendo de forma profunda as questões objeto do processo e, no caso das partes, os meios de prova de que dispõem²⁹¹. Conforme dispõe o §5º do artigo 357, as partes já devem levar para a audiência o rol de testemunhas que pretendem ouvir.

Ao contrário do negócio previsto no §2º do artigo 357, que é *bilateral*, mas passível de homologação pelo juiz para que produza efeitos, o negócio previsto no §3º é *plurilateral*, concorrendo para seu aperfeiçoamento a declaração de vontade das partes e do juiz²⁹².

Por fim, é possível que, entendendo as partes e o juiz necessária a prova pericial, seja desde logo fixado calendário para sua realização (artigo 357, §8º). A esse respeito, deve-se esclarecer que, apesar de ser também plenamente possível convencionar-se durante a audiência de saneamento e organização do processo calendário para a realização dos atos processuais pelas partes, disposto no artigo 191 do Código de Processo Civil, não se trata do mesmo calendário a que o §8º do artigo analisado faz referência. Neste último caso, trata-se na verdade de planejamento da prova técnica, para torná-la mais célere e organizada: pode desde já ser nomeado perito pelo juiz ou pelas partes, se o tiverem escolhido consensualmente (artigo 471 do Código de Processo Civil) e fixado o prazo para a entrega do laudo. Além disso, pode também ser fixado prazo para que as partes indiquem assistentes técnicos e apresentem quesitos. O §8º se aplica tanto ao saneamento consensual apresentado por escrito pelas partes para homologação do juiz quanto à audiência para o saneamento e organização compartilhados.

Dessa forma, deve prevalecer a interpretação de que, caso as datas relativas à produção de prova pericial tenham sido fixadas unilateralmente pelo juiz e apenas apresentadas às partes, elas devam ser intimadas de cada um desses atos. Por outro lado, caso as datas tenham sido estabelecidas de forma consensual em audiência, de acordo com o que

²⁹¹ A esse respeito, muito pertinente a sugestão apresentada por PAULO HOFFMAN de que o juiz, ao convocar as partes para a realização da audiência para saneamento e organização do processo compartilhados, apresente um relatório do caso, que demonstre seu conhecimento acerca das questões objeto daquele processo. De acordo com seu entendimento, “antes de praticar atos importantes como a tentativa de conciliação ou definição dos pontos controvertidos e das provas que serão produzidas, a parte tem o direito de saber se o juiz que conduz o processo e toma decisões conhece as alegações e provas até ali produzidas” in *Saneamento compartilhado... op. cit.*, p. 158.

²⁹² Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 55.

dispõe o artigo 191 do Código de Processo Civil, a intimação das partes para a realização dos atos programados é dispensada²⁹³.

Nos casos em que a realização da perícia é definida de forma consensual em audiência, se as partes já tiverem escolhido em conjunto o perito responsável pela prova técnica (artigo 471 do Código de Processo Civil) será recomendável que ele esteja presente para auxiliar na fixação não apenas do objeto da perícia, mas também do calendário para sua execução. Se as partes não tiverem escolhido perito, será igualmente recomendável que estejam acompanhadas de seus assistentes técnicos na audiência, para que possam auxiliá-las na definição das questões técnicas controvertidas e na elaboração de eventual calendário para a realização da perícia, estimando prazos plausíveis para sua conclusão. Contudo, se nem perito nem assistentes técnicos participarem desse momento, deve ser possibilitada a flexibilização do calendário fixado, se os prazos se mostrem demasiadamente exíguos ou prolongados²⁹⁴.

3.4 ESCOLHA CONSENSUAL DO PERITO

Por meio da análise do histórico legislativo apresentado no capítulo anterior é possível verificar que a escolha consensual do perito sempre foi a regra no ordenamento jurídico brasileiro. Recorde-se que o Regulamento n. 737 e a Consolidação Ribas dispunham que cada parte deveria indicar um perito para a realização da prova técnica, escolhendo em conjunto o terceiro; caso não houvesse consenso acerca do terceiro perito, o juiz o escolheria, mas as partes poderiam também convencionar que apenas um perito produziria a prova técnica (artigos 192 e 455, respectivamente). O Código do Processo Civil e Comercial de São Paulo também dispunha que as partes poderiam nomear os peritos – mantinha-se o número de três – por meio de petição apresentada ao juiz (artigo 310, parágrafo único).

²⁹³ A esse respeito, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA aduz que “tal calendário, previsto no §8º do art. 357 do NCPC, para a prova pericial, não se confunde com o calendário processual previsto no art. 191. Enquanto este último é fixado, de comum acordo, entre o juiz e as partes para quaisquer atos processuais e, uma vez estabelecido, vincula todos, dispensando as intimações dos atos agendados, o calendário da prova pericial é imposto pelo juiz, não dispensando as intimações.” In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 53.

²⁹⁴ Cf. YARSHELL, Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5: artigos 334 ao 368... op. cit.*, p. 300-301.

Já o Código de Processo Civil de 1939, inicialmente, dispunha em seu artigo 129 que a prova técnica seria realizada por apenas um perito, de livre escolha do juiz. Contudo, o Decreto Lei n. 4.565/42 alterou a redação do aludido dispositivo, mantendo a unicidade do perito, mas permitindo que as partes o indicassem de comum acordo. Pouco tempo depois novo decreto modificou novamente o artigo 129, que passou a dispor que as perícias seriam realizadas por apenas um perito se as partes assim concordassem; se não houvesse acordo, cada uma indicaria um perito e o juiz nomearia um terceiro para desempate (Decreto-Lei n. 8.570/46). Rompendo completamente com a tradição de escolha dos peritos pelas partes, o Código de Processo Civil de 1973 dispunha que apenas ao juiz incumbiria nomear o *expert*, que seria apenas um, cabendo às partes indicar assistentes técnicos (artigo 421)²⁹⁵.

Portanto, o que parece novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 é, na verdade, o resgate do modelo já disposto na legislação antecedente, com algumas modificações: o artigo 471 mantém a realização da prova técnica por apenas um perito, mas este pode ser indicado pelas partes de comum acordo, mediante requerimento direcionado ao juiz. Os incisos I e II do referido artigo dispõem que tal acordo só pode ser realizado por partes plenamente capazes e em causas que possam ser resolvidas por autocomposição. Trata-se dos requisitos de validade de qualquer negócio jurídico processual e que, justamente por isso, estão colocados no artigo 190 do novo Código²⁹⁶.

²⁹⁵ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 30.

²⁹⁶ O Código de Processo Civil de Portugal, promulgado em 2013 e atualmente em vigor, possui dispositivo de redação semelhante àquela do artigo 471 do Código brasileiro, veja-se: “1 - A perícia, requerida por qualquer das partes ou determinada oficiosamente pelo juiz, é requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não seja possível ou conveniente, realizada por um único perito, nomeado pelo juiz de entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte. 2 - As partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundamentadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência.” (artigo 467, primeira parte). Naquele país é possível que a perícia seja realizada por mais de um perito nas causas complexas ou quando as partes assim requererem, sendo também autorizada a escolha dos peritos pelas partes: “1 - A perícia é realizada por mais de um perito, até ao número de três, funcionando em moldes colegiais ou interdisciplinares: a) Quando o juiz oficiosamente o determine, por entender que a perícia reveste especial complexidade ou exige conhecimento de matérias distintas; b) Quando alguma das partes, nos requerimentos previstos no artigo 475.º e no n.º 1 do artigo 476.º, requerer a realização de perícia colegial. 2 - No caso previsto na alínea b) do número anterior, se as partes acordarem logo na nomeação dos peritos, é aplicável o disposto na segunda parte do n.º 2 do artigo anterior; não havendo acordo, cada parte escolhe um dos peritos e o juiz nomeia o terceiro. 3 - As partes que pretendam usar a faculdade prevista na alínea b) do n.º 1 devem indicar logo os respetivos peritos, salvo se, alegando dificuldade justificada, pedirem a prorrogação do prazo para a indicação. 4 - Se houver mais de um autor ou mais de um réu e ocorrer divergência entre eles na escolha do respetivo perito, prevalece a designação da maioria; não chegando a formar-se maioria, a nomeação devolve-se ao juiz. 5 - Nas

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 mantém o acompanhamento da perícia por assistentes técnicos, que devem ser indicados pelas partes na mesma ocasião em que é nomeado conjuntamente o perito (artigo 471, §1º). Deve-se entender possível também que nesse requerimento conjunto as partes já formulem quesitos e até mesmo estipulem o local e a data para a realização da prova – que obviamente deverão ter sido previamente acordados com o perito eleito²⁹⁷. Deve-se acrescentar que, diante da inexistência de qualquer disposição na lei, a forma para a celebração desse negócio jurídico processual é livre, podendo ser apresentado ao juiz por meio de requerimento conjunto escrito ou até mesmo oralmente durante audiência de saneamento compartilhado, por exemplo.

O dispositivo estudado também dispõe que a perícia consensual substitui, *para todos os efeitos*, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz (artigo 471, §3º). Isso deixa claro que a “perícia consensual” não é nova *modalidade* de prova, mas sim de *escolha* do perito, que agora pode ser eleito pelo juiz ou pelas partes²⁹⁸. Todos os atos posteriores à escolha transcorrem da mesma forma e estão sujeitos às mesmas regras em ambos os casos, assim como são os mesmos os poderes e deveres do *expert*. Aliás, justamente por isso a designação “perícia consensual” é imprópria: “o consenso respeita unicamente à louvação do perito. Fora daí, *mutatis mutantis*, aplica-se o procedimento próprio da perícia”²⁹⁹.

O perito escolhido pelas partes certamente deve ser profissional legalmente habilitado ou pertencente a órgão técnico ou científico, conforme dispõe a primeira parte do §1º do artigo 156 do Código de Processo Civil. Contudo, não se pode exigir que seja profissional inscrito no cadastro mantido pelo tribunal, pois tal regra aplica-se apenas à escolha do perito feita pelo juiz. Nesse caso, a escolha consensual do perito deve ser interpretada de forma análoga à escolha consensual de mediador ou conciliador, que podem ou não estar

ações de valor não superior a metade da alçada da Relação, a perícia é realizada por um único perito, aplicando-se o disposto no artigo 467” (artigo 468).

²⁹⁷ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 1.012.

²⁹⁸ “Não se trata de um novo tipo de perícia. É uma prova pericial como outra qualquer. O detalhe está apenas na escolha do perito: em vez de ser escolhido pelo juiz, será escolhido por comum acordo entre as partes. Será, enfim, alguém de confiança das partes.” In CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios Processuais... op. cit.*, p. 55.

²⁹⁹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)... op. cit.*, p. 1.050.

cadastrados no tribunal, de acordo com o disposto no §1º do artigo 168 do Código de Processo Civil³⁰⁰.

Apesar disso, parece clara a impossibilidade de que alguma das partes que concordaram com a escolha do perito posteriormente argua o seu impedimento ou suspeição. Isso porque tal comportamento violaria a boa-fé de acordo com a qual todo aquele que participa do processo deve se comportar (artigo 5º do Código de Processo Civil) e todo negócio jurídico deve ser interpretado (artigo 113 do Código Civil)³⁰¹. Por outro lado, permanece plenamente possível a impugnação ao laudo apresentado pelo perito consensualmente eleito; caso contrário, a indicação de assistentes técnicos pelas partes seria inútil, com o que não se pode concordar. Contudo, é possível que as partes acordem a *aceitação* do resultado da perícia, conforme explicam FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL DE OLIVEIRA: “nada impede que, no próprio negócio de escolha do perito, haja uma cláusula em que as partes renunciem ao direito de impugnar o laudo pericial; seria uma espécie de arbitragem de fato: as partes escolhem o perito para decidir sobre se determinado fato ocorreu ou não”³⁰².

Por fim, deve-se ressaltar que a escolha consensual do perito é negócio jurídico *bilateral*, ao qual o juiz deve dar cumprimento, desde que presentes os requisitos dispostos nos incisos I e II do artigo 471, independentemente de homologação. Contudo, não se pode acordar que o juiz ficará vinculado ao *resultado da perícia*, pois, como se sabe, às partes não é dado dispor sobre prerrogativas do juiz³⁰³. Apesar de ficar vinculado e dar cumprimento à convenção das partes, o juiz mantém integralmente as iniciativas probatórias que o Código de Processo Civil lhe atribui. É possível, assim, que ele determine a realização de nova perícia com perito por ele eleito, caso entenda que o fato não foi suficientemente esclarecido (artigo

³⁰⁰ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, vol. 2... *op. cit.*, p. 295.

³⁰¹ “A escolha consensual do perito implica a perda do direito de questionar sua imparcialidade. As partes não poderão arguir a suspeição ou o impedimento do perito – seria conduta contraditória, claro exemplo de *venire contra factum proprium*, comportamento ilícito por força do princípio da boa-fé processual” *in ibidem*, p. 296.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 226. A esse respeito, LEONARDO GRECO defende que “no sistema brasileiro, não podem as partes limitar os poderes do juiz na investigação da verdade. Ainda que deva exercê-los normalmente em caráter subsidiário, não pode deles abrir mão. Este pode aceitar a indicação do perito feita de comum acordo pelas partes, mas a deliberação final será de sua responsabilidade, não daquelas.” *in Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... op. cit.*

480) ou, até mesmo, desconsidere as conclusões do laudo, desde que o faça motivadamente, é claro (artigo 479).

3.5 SUSPENSÃO CONVENCIONAL DO PROCESSO

A suspensão é situação processual provisória em que o processo deixa de seguir seu curso sem, contudo, extinguir-se³⁰⁴. Dentre diversas hipóteses que importam a temporária interrupção da marcha processual, o Código de Processo Civil dispõe sobre a possibilidade de as partes convencionarem tal suspensão, tanto no processo de conhecimento (artigo 313, II) quanto no de execução (artigos 921, I e 922). Como visto, o Código de 1939 e o de 1973 já autorizavam a suspensão convencional do processo (artigos 197, II e 265, II, respectivamente), mas apenas o de 1973 o permitia também em relação à execução (artigos 791, II e 792). Não se trata, portanto, de novidade trazida pelo Código de 2015.

O que o novo Código de Processo Civil traz de original a respeito do tema é a suspensão dos processos que tenham por objeto direito de família, ou seja, divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação, enquanto os litigantes se submeterem a mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar (artigos 693 e 694). A existência de dispositivo que trate especificamente da suspensão nesse tipo de processo decorre da diretriz adotada pelo Código de 2015 no sentido de que *todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia*. Assim, é certo que a possibilidade de suspensão do processo representa uma medida de apoio e incentivo para que as partes tentem solucionar consensualmente conflitos familiares, que envolvem muitas vezes questões afetivas, para além das patrimoniais.

Em todos os casos dispostos no Código, trata-se de negócio processual *bilateral*, que pode ser celebrado por qualquer forma idônea, já que inexistente prescrição a esse respeito na lei. Por isso, cabe ao juiz unicamente verificar a legalidade da convenção e declarar a suspensão do processo³⁰⁵, determinando as medidas administrativas necessárias para a sua

³⁰⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil... op. cit.*, p. 195.

³⁰⁵ HUMBERTO THEODOR JÚNIOR explica que “permite o art. 313, II, do NCPC, que as partes convencionem a suspensão do processo, mas seu acordo para produzir efeito depende de ato subsequente do juiz, posto que, no sistema do Código, o impulso do procedimento é oficial, isto é, o andamento do processo não fica na

concretização³⁰⁶. Diz-se que a decisão do juiz é declaratória porque ela apenas reconhece que o processo já está suspenso³⁰⁷.

Tal convenção decorre geralmente da tentativa de conciliação das partes, cujos termos e condições devem ser amplamente discutidos pelas partes e seus advogados, o que certamente requer tempo³⁰⁸. Contudo, o tempo requerido por essas tratativas não é indeterminado: o §4º do artigo 313 dispõe que a suspensão convencional não pode ultrapassar o prazo de seis meses³⁰⁹, após o qual o juiz poderá retomar o curso do processo de ofício, sem que isso dependa de prévia provocação das partes (§5º do artigo 313).

Conforme leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “não convém aos desígnios buscados pela justiça a eternização da relação processual, ou a excessiva procrastinação da composição da lide”³¹⁰. Ressalve-se que tal prazo não se aplica aos processos que tenham por objeto litígios familiares, pois, além de o parágrafo único do artigo 694 não estabelecer qualquer limite temporal, é possível que a autocomposição seja mais difícil e demorada nesses casos, justamente por envolver questões afetivas.

dependência da vontade ou colaboração das partes (art. 2º)” in *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 727.

³⁰⁶ Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil, vol. II: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 344.

³⁰⁷ Em sentido contrário, ARAKEN DE ASSIS entende que “há casos em que a suspensão convencional prejudica o interesse social ou de terceiros. Tais razões autorizam o indeferimento da suspensão entre outros ordenamentos. Idêntica orientação há de ser acolhida no direito pátrio. Os negócios processuais, à semelhança dos contratos, não de cumprir a respectiva função social. Dependerá do juiz a verificação das hipóteses em que se configura essa contrariedade. Por exemplo, as partes convergem em suspender o processo, pelo prazo máximo na expectativa que, no entretanto, haja movimentação do órgão judiciário, provocando a substituição do juiz ou da juíza que lhes pareça despreparado para julgar a causa” in *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2... op. cit.*, p. 856.

³⁰⁸ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil... op. cit.*, p. 494.

³⁰⁹ Os Códigos de Processo Civil de Portugal e da Itália, que possuem dispositivos semelhantes, estabelecem prazo máximo para a suspensão do processo inferior ao Código brasileiro: três meses. No Código português, o n. 4 do artigo 272 dispõe que “As partes podem acordar na suspensão da instância por períodos que, na sua totalidade, não excedam três meses, desde que dela não resulte o adiamento da audiência final.”, e tal dispositivo é complementado pelos nn. 2 e 3 do artigo 273: “2- Sem prejuízo do disposto no número anterior, as partes podem, em conjunto, optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância nos termos e pelo prazo máximo previsto no nº 4 do artigo anterior. 3- A suspensão da instância referida no número anterior verifica-se, automaticamente e sem necessidade de despacho judicial, com a comunicação por qualquer das partes do recurso a sistemas de mediação.”. O Código italiano, por sua vez, dispõe em seu artigo 296 apenas que “Il giudice istruttore, su istanza di tutte le parti, ove sussistano giustificati motivi, può disporre, per una sola volta, che il processo rimanga sospeso per un periodo non superiore a tre mesi, fissando l’udienza per la prosecuzione del processo medesimo” (Tradução livre: O juiz de instrução, a pedido de todas as partes, se houver razões justificadas, pode ordenar, por apenas uma vez, que o processo permaneça suspenso por um prazo não superior a três meses, agendando a audiência para o prosseguimento do mesmo processo).

³¹⁰ *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 728.

A questão do prazo da suspensão se torna um pouco mais complexa quando analisada sob a perspectiva do processo de execução. Isso porque o inciso I do artigo 921 do Código de Processo Civil dispõe que a execução pode ser suspensa nas hipóteses do artigo 313, dentre as quais se inclui a convenção das partes, submetendo-se a suspensão, portanto, ao mesmo prazo de seis meses também estabelecido no próprio artigo 313. Contudo, o artigo 922 deixa aberto o período máximo durante o qual a execução poderá permanecer suspensa no caso em que a suspensão decorre da concessão de prazo para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação. Nesta segunda hipótese, o prazo de suspensão será exatamente o mesmo daquele concedido ao executado e certamente poderá superar seis meses. Portanto, deve-se atentar para a distinção entre a suspensão convencional comum, fundamentada em qualquer motivo, muito possivelmente tratativas de um acordo entre exequente e executado, e a suspensão de natureza dilatória³¹¹, que decorre da efetiva concessão de prazo para o executado adimplir a dívida. A primeira se submete ao limite de seis meses, a segunda não, podendo ultrapassá-lo.

Apresentados os possíveis termos finais da suspensão, resta refletir sobre a partir de qual momento exatamente se suspende o processo: quando é convencionada a suspensão pelas partes, ou quando o juiz, ao tomar conhecimento do requerimento, declara suspenso o processo? Como visto acima, ao juiz não é dado perquirir a conveniência da suspensão, que deve sempre ser por ele declarada. Além disso, o Código de Processo Civil não impõe a homologação como fator de eficácia para esse negócio processual e o artigo 200 do Código estabelece como regra geral a eficácia imediata dos negócios celebrados pelas partes. Todos esses aspectos levam à conclusão de que o processo é suspenso a partir do momento em que as partes assim convencionaram, mesmo que o juiz ainda não tenha conhecimento de tal acordo³¹².

LEONARDO GRECO apresenta exemplo elucidativo a esse respeito: “suponha-se que esteja marcada uma audiência para amanhã, e que hoje as partes assinem e protocolam uma

³¹¹ Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 726.

³¹² Conforme expõe FREDIE DIDIER JR. “trata-se de um negócio jurídico processual típico, que, seguindo a regra geral, não se submete à aprovação do órgão jurisdicional para que possa produzir o seu efeito. Eventual ‘homologação’ judicial, exigida por alguns, teria natureza declaratória, de modo que o processo seria considerado suspenso desde a celebração do acordo. De todo modo, não há necessidade de motivação expressa no acordo de suspensão do processo, de modo que o magistrado não pode, em regra, recusar a homologação” *in Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 753.

petição conjunta, suspendendo o processo por seis meses. Amanhã ninguém precisará comparecer à audiência, porque o processo está suspenso desde hoje”³¹³. E o autor complementa a explicação aduzindo que “ainda que a petição somente chegue às mãos do juiz depois de amanhã, no momento em que chegar, o juiz terá de declarar que o processo ficou suspenso desde hoje, anulando quaisquer atos, porventura, praticados desde então”³¹⁴.

Ressalte-se, por fim, que durante o período de suspensão do processo é vedada a prática de qualquer ato processual, salvo o de natureza urgente para evitar dano irreparável (artigo 314 do Código de Processo Civil). Dessa forma, os atos eventualmente praticados durante esse período, se não forem urgentes, deverão ser declarados nulos pelo juiz.

3.6 MODIFICAÇÃO CONVENCIONAL E RENÚNCIA A PRAZO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe considerável mudança no que concerne à modificação de prazos pelas partes. Como se sabe, o Código de 1973 dispunha que as partes poderiam, de comum acordo, reduzir ou prorrogar prazos dilatatórios (artigo 181), sendo, contudo, vedada a modificação dos prazos peremptórios, fosse para diminuí-los, fosse para aumentá-los (artigo 182). O grande empecilho à interpretação dessas normas durante a vigência do Código anterior era a indefinição dos conceitos de prazos peremptórios e dilatatórios, tendo prevalecido o entendimento de que os primeiros seriam aqueles absolutos, ditados por normas cogentes, e os segundos, os que comportariam ampliações consensuais, meramente ordinatórios e que, justamente por isso, seriam mais corretamente denominados *dispositivos*³¹⁵.

Contudo, conforme esclarece ARAKEN DE ASSIS, na verdade, prazo peremptório – ou aceleratório – é aquele que determina a realização de algum ato processual entre o termo inicial e o final, como a interposição de um recurso. Já o prazo dilatatório é aquele que precisa transcorrer para que determinado ato processual se aperfeiçoe, ocasionando uma “pausa no processo”, como, por exemplo, a decorrência do prazo da citação por edital³¹⁶. Portanto, o Código de 1973 não andou bem ao apresentar tais classes de prazos como sendo faces

³¹³ *Instituições de Processo Civil, vol. II: processo de conhecimento... op. cit.*, 2011, p. 343.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 574.

³¹⁶ *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I... op. cit.*, p. 1.425-1.426.

opostas da mesma moeda, deixando de estabelecer qualquer diretriz que permitisse aos aplicadores do direito distingui-los com segurança³¹⁷.

De qualquer forma, ao se deparar com essa difícil questão prática, doutrina e jurisprudência consolidaram o entendimento de que seriam inalteráveis por convenção das partes, entre outros, o prazo para oferecer contestação ou para recorrer, para manifestar incidente de falsidade, para opor impugnação ou embargos à execução, para apresentar declaração de crédito no processo de insolvência civil, para propor a demanda principal no caso de medida cautelar efetivada em caráter antecedente. Por outro lado, eram considerados dispositivos os prazos para apresentar rol de testemunhas, apresentar razões finais em ação rescisória, constituir novo procurador em caso de morte de advogado, pagar despesas da testemunha, prestar cauções em geral, exercer opção em caso de obrigações alternativas³¹⁸.

O Código de Processo Civil de 2015 não repetiu o disposto nos artigos 181 e 182 do Código anterior, aduzindo sobre o tema apenas que “ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes” (artigo 222, §1º). É possível dizer, então, que a partir da vigência do novo Código as partes podem por meio de convenção aumentar ou reduzir todo tipo de prazo processual?

Ora, a revogação dos artigos 181 e 182 associada (a) à expressa permissão para que o juiz dilate quaisquer prazos processuais, independentemente da sua natureza (artigo 139, VI) e (b) à ampla autorização para a celebração de negócios jurídicos processuais conferida às partes pelo artigo 190 do novo diploma processual, impõe resposta afirmativa a essa indagação³¹⁹.

³¹⁷ “À primeira vista, da conjugação dos arts. 181, *caput*, e 182, *caput*, do CPC de 1973 presumir-se-ia que o prazo dilatatório é prorrogável, enquanto o peremptório se revela improrrogável, em duas classes opostas e simétricas. Essas proposições se mostravam flagrantemente tautológicas: prazo peremptório é improrrogável, e prazo improrrogável é peremptório.” in ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 1... op. cit.*, p. 1.426. Tratando também sobre a defeituosa nomenclatura adotada pelo Código de 1973, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO aduz que “o Código emprega terminologia inadequada, ao opor prazos dilatatórios a prazos peremptórios. Dilatatório é aquele que dilata, ou seja, o prazo que desacelera o processo, fazendo-o durar mais. Por isso, chamem-se de dilatatórios os prazos de significado oposto ao dos aceleratórios. Os que se opõem aos peremptórios são dispositivos, ou seja, não-cogentes. Em resumo: a) dilatatório é oposto de aceleratório e (b) o antônimo de peremptório é dispositivo (ou meramente ordinatório)” in *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 576.

³¹⁸ Exemplos apresentados por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO em suas *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 575-576.

³¹⁹ Em sentido contrário, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entende que o Código de Processo Civil de 2015 possibilitou apenas a *redução* dos prazos peremptórios por convenção das partes, mantendo-se a vedação à sua prorrogação: “O tratamento que o NCPC dispensa aos prazos peremptórios repete as hipóteses constantes do art. 182 do Código anterior, acrescentando-lhes, porém, inovação que abranda o antigo rigor com que se

É importante notar que, mesmo antes da promulgação do Código de 2015 já havia vozes na doutrina que defendiam a necessidade de se conferir às partes essa faculdade. LEONARDO GRECO aduzia que o legislador brasileiro atinha-se “a uma rigidez procedimental incompatível com o respeito às garantias fundamentais do processo e totalmente distanciadas do respeito devido à ordem pública processual”³²⁰. FERNANDO GAJARDONI, por sua vez, sugeria “*de lege ferenda*, ampliar a possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico processual quanto ao prazo processual”³²¹.

Da concreta admissão da possibilidade de as partes alterarem os prazos processuais não decorre, por óbvio, que tal alteração se estabeleça de forma desarrazoada. Há, como em todos os negócios jurídicos processuais, limites a serem respeitados e uma diretriz principal a ser seguida: evitar-se o excessivo retardamento do desfecho do processo.

A princípio, é possível que as partes tanto ampliem quanto diminuam os prazos, mas é evidente a pouca aplicação prática desta última hipótese. Conseguindo realizar o prazo antes do seu termo final, estabelecido pela lei ou pelo juiz, elas simplesmente o adiantarão, sendo pouquíssimo provável que se deem ao trabalho de celebrar acordo para limitá-lo. A grande utilidade do instituto analisado decorre da possibilidade de as partes *prorrogarem* os prazos processuais, adequando os limites rígidos dos prazos legais ou judiciais às peculiaridades de cada caso concreto³²².

restringia a redução daqueles prazos. Agora, não há mais proibição de redução dos prazos peremptórios, que será possível, por decisão judicial, mas sempre precedida de anuência das partes (NCPC, art. 222, §1º). Quanto às ampliações, conservam-se as do art. 182 do CPC/1973, quais sejam, as derivadas de dificuldades de transporte na comarca e as decorrentes de calamidade pública (NCPC, art. 222, *caput* e §2º)” *in Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 523.

³²⁰ Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... *op. cit.*, p. 26.

³²¹ *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 221.

³²² Na França não há dispositivo que *expressamente* disponha sobre a possibilidade de as partes modificarem os prazos legais; contudo, deve-se lembrar que o processo judicial naquele país é menos preclusivo e mais flexível que o brasileiro. Dessa forma, os prazos podem ser estabelecidos e modificados pelo juiz de acordo com as peculiaridades do caso, sendo sempre ouvidas as partes. Como se não bastasse, há também a possibilidade de celebração de calendário processual, em que todos os prazos para os atos processuais a serem realizados são estabelecidos em conjunto por partes e juiz. A esse respeito LOÏC CADIET e EMMANUEL JEULAND aduzem que: “Si l’on excepte les délais concernant l’instruction de l’affaire qui sont des délais judiciaires (art. 764, al. 1 et 2), éventuellement convenus avec les parties au moyen d’un contrat de procédure, le juge pouvant ainsi adapter le rythme de l’instance à la nature du litige, les autres délais sont légaux.” *in Droit judiciaire privé*, 8 ed. Paris: LexisNexis, 2013, p. 420. (Tradução livre: excetuando-se os prazos judiciais de instrução processual (art. 764, 1 e 2), que eventualmente são acordados com as partes por meio de um *contrat de procédure* [negócio jurídico processual] para que o juiz possa adaptar o andamento do processo à natureza do litígio, os outros prazos são legais). Por outro lado, dispondo expressamente sobre a possibilidade de as partes alterarem os prazos, o artigo

Trata-se de negócio *bilateral*, sendo necessária a manifestação de vontade de ambas as partes para se aperfeiçoar. Não é possível a modificação unilateral de prazos: caso se esteja diante de prazo estabelecido em favor exclusivamente de uma das partes, esta poderá no máximo renunciar-lhe (artigo 225), mas não diminuir ou prorrogar prazo comum³²³. Por outro lado, se a iniciativa da alteração partir do juiz e o prazo que ele pretender alterar for “peremptório”, o Código de Processo Civil impõe a *concordância* das partes – e não a sua mera ciência (artigo 222, §1º), do que decorre se tratar, nesse caso, de negócio *plurilateral*³²⁴.

É necessário que as partes sejam plenamente capazes e que o processo tenha por objeto direito que admita autocomposição, conforme requer o artigo 190 do Código de Processo Civil. Não há forma prescrita na lei para seu aperfeiçoamento: a convenção pode ser apresentada por escrito nos autos do processo ou ser celebrada de forma oral, durante audiência – ocasião em que certamente o ajuste será reduzido a termo nos autos.

Além disso, o negócio processual em análise deve ser celebrado *antes* do vencimento do prazo, não importando se o decurso já teve início ou não. Vencido o prazo, terá sido consumada a *preclusão*, não podendo as partes se utilizar do acordo para neutralizá-la, pois o direito de praticar o ato processual já estará *extinto*³²⁵. Portanto, ou se acorda de antemão a prorrogação do prazo ou, diante da dificuldade em cumpri-lo, mas antes de seu termo final, se apresenta o acordo ao juiz para que haja a prorrogação. Para além dessas hipóteses, será possível às partes somente provar que não cumpriram o prazo por justa causa (artigo 223 do Código de Processo Civil).

141 do Código de Processo Civil português: “1- O prazo processual marcado pela lei é prorrogável nos casos nela previstos. 2 – Havendo acordo das partes, o prazo é prorrogável por uma vez e por igual período”.

³²³ Cf. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 1... op. cit.*, p. 1.475. A esse respeito, veja-se interessante exemplo apresentado por LEONARDO GRECO: “se de uma sentença resultar sucumbência recíproca, as duas partes podem ajustar a redução do prazo recursal ou a ele renunciarem, porque, na verdade, cada uma tem o seu prazo para impugnar parte diversa da decisão. Por sua vez, se de uma sentença resultar a mesma sucumbência imposta a dois réus solidariamente, nenhum deles pode renunciar unilateralmente ao prazo para recorrer, mas os dois réus podem conjuntamente fazê-lo” in *Instituições de processo civil, vol. I... op. cit.*, p. 350-351.

³²⁴ Nesse sentido, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA aduz que “o juiz pode, com a concordância das partes, reduzir prazos peremptórios. Essa é uma possibilidade autorizada pelo §1º do art. 222 do novo CPC, revelando uma hipótese de negócio plurilateral típico, celebrado entre juiz, autor e réu” in *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios Processuais... op. cit.*, p. 51.

³²⁵ Cf. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 575. Entendendo possível a celebração de negócio possível para superação de preclusão, DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, p. 59-84, abr-jun/2016.

Por outro lado, as partes deverão indicar um novo termo *ad quem* relativamente a um prazo determinado ou a vários que terão início futuramente no processo, sem o que a convenção será considerada *incompleta*³²⁶. Diferentemente de legislações que impõem prazo máximo para a prorrogação – como o faz o Código de Processo Civil português, que permite que a ampliação do prazo se dê apenas por período igual ao originalmente previsto – o Código de Processo Civil brasileiro não impõe qualquer limite expresso à prorrogação. Contudo, deve-se entender que a prorrogação convencional não pode superar *seis meses*, que é o prazo máximo durante o qual o processo pode ficar suspenso por convenção das partes, de acordo com §4º do artigo 313³²⁷. Dessa forma, não poderia ser considerada válida, por ilicitude do objeto, convenção que estipulasse que as partes teriam prazo de oito meses para apresentar razões finais, ou até mesmo para recorrer.

Cumpra ao juiz analisar a incidência de invalidades desse tipo e, se for o caso, determinar que as partes adequem o ajuste para que ele possa produzir efeitos normalmente. Mas, também aqui, estando presentes todos os requisitos necessários à sua validade, o juiz se vincula à vontade das partes, não podendo avaliar eventual conveniência na celebração da convenção³²⁸. Apesar disso, a decisão que declarar a prorrogação (ou eventual redução) do prazo será importante para definir o momento a partir do qual deverá ser contado o novo prazo: o termo inicial da prorrogação (ou diminuição) é o da decisão, transcorrendo a partir daí o prazo diferente acordado pelas partes³²⁹. Tal decisão surtirá efeitos imediatamente e, apesar de existirem opiniões no sentido de ser desnecessária a intimação das partes³³⁰, justamente por se tratar do marco inicial para a contagem do novo prazo, a ciência inequívoca das partes acerca da decisão é imprescindível para que haja *segurança* nesse novo cômputo.

Questão que passou a ser debatida com frequência recentemente pela doutrina diz respeito à possibilidade de as partes acordarem a modificação do prazo para a realização de

³²⁶ Cf. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 1... op. cit.*, p. 1.476.

³²⁷ Cf. *Ibidem*.

³²⁸ “Em princípio, o órgão judiciário vincula-se à vontade convergente das partes. Os poderes de direção do processo autorizam o controle das convenções abusivas ou que estipulem interregno superior ao máximo autorizado à convenção das partes: seis meses” *in ibidem*.

³²⁹ Cf. *Ibidem*.

³³⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 154-281)... op. cit.*, p. 132. No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 1... op. cit.*, p. 1.476.

sustentação oral na sessão de julgamento de recursos pelos tribunais. O Código de Processo Civil dispõe que cada parte terá o prazo *improrrogável* de quinze minutos para sustentar suas razões (artigo 937). Ora, dúvida não há quanto à possibilidade de se negociar a diminuição do prazo para a sustentação oral ou a divisão desse prazo entre mais de um advogado que defenda os interesses da mesma parte³³¹. Contudo, a prorrogação de tal prazo encontra óbice na expressa proibição do artigo 937: nem às partes nem aos desembargadores é dado promover tal dilatação da sustentação oral. A convenção celebrada com essa finalidade será nula, por ilicitude do objeto³³².

Por fim, deve-se fazer referência à renúncia a prazo estabelecido exclusivamente em favor de uma das partes, disposta no artigo 225 do Código de Processo Civil. Trata-se de negócio jurídico processual *unilateral*, já que basta uma manifestação de vontade – a da parte em cujo favor foi fixado o prazo – para o seu aperfeiçoamento. A renúncia a esse direito processual já era possível tanto no Código de 1939 (artigo 35, parágrafo único), quanto no Código de 1973 (artigo 186).

A novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 é a exigência de que tal renúncia se realize de forma *expressa* para que surta efeitos, requisito inexistente na redação dos dispositivos anteriormente vigentes. Tal prescrição tem o objetivo de evitar possível interpretação do escoamento do prazo sem a realização do ato como *renúncia tácita* a ele³³³. Além disso, se mostra mais de acordo com o dever de se interpretar a renúncia a qualquer direito de forma restritiva (artigo 114 do Código Civil). Agora ou a parte renuncia de forma expressa ao prazo ou a sua inércia será interpretada como simples inexecução do ato, com as consequências daí decorrentes para cada caso. Ademais, esse negócio processual não depende de aceitação da parte contrária ou homologação do juiz para produzir efeitos³³⁴.

³³¹ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, vol. 3, 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 69.

³³² Em sentido diverso, apresentando como negócio processual atípico a prorrogação de prazo para sustentação oral, DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, p. 59-84, abr-jun/2016.

³³³ “O novo CPC superou a tese doutrinária levantada ao tempo do Código de 1973 de que era possível tanto a renúncia expressa como a tácita, diante da ausência de norma restritiva que impedisse essa última modalidade” in THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 538.

³³⁴ Cf. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I... op. cit.*, p. 1.480.

3.7 DESISTÊNCIA DO PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO, DESISTÊNCIA DO RECURSO E RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER

A desistência é o ato por meio do qual a parte manifesta a sua vontade de não mais prosseguir naquele processo³³⁵. Apesar de o Código de Processo Civil utilizar a expressão *desistência da ação* para designar o instituto (artigo 200, parágrafo único e artigo 485, VIII e §4º e §5º), sabe-se que ela é tecnicamente incorreta, pois o direito de ação permanece ileso após a desistência, sendo possível que a mesma demanda seja proposta novamente (artigo 486 do Código de Processo Civil). Desiste-se, na verdade, do processo pendente e, por isso, as expressões *desistência do prosseguimento do processo*³³⁶ ou *revogação da demanda*³³⁷ afiguram-se mais apropriadas. Trata-se de possibilidade já disposta nos Códigos de 1973 (artigo 158, parágrafo único e 267, VIII) e de 1939 (artigo 181)³³⁸, com a mesma nomenclatura e com regramento bastante semelhante.

É possível que o autor revogue a demanda livremente até o oferecimento da contestação e, nesse caso, estar-se-á diante de negócio jurídico processual *unilateral*, já que apenas a manifestação de vontade do autor será suficiente para o aperfeiçoamento da desistência. Contudo, apresentada a contestação, é necessária a concordância do réu para que a demanda possa ser revogada, de forma que, nesse caso, o negócio jurídico será *bilateral*. Trata-se de situação curiosa, mas a desistência do prosseguimento do processo é hipótese de negócio jurídico unilateral ou bilateral, a depender do momento em que é celebrado³³⁹. A

³³⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 154-281)... op. cit.*, p. 73.

³³⁶ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 732.

³³⁷ Utilizando essa expressão, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO aduz que “revogar a demanda é, como toda revogação, retirá-la do mundo jurídico. Se a demanda é manifestação da vontade de obter um provimento jurisdicional sobre a pretensão apresentada ao juiz, sua revogação reside na declaração de não mais desejar esse resultado” *in Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 144.

³³⁸ Antes do Código de Processo Civil de 1939, não havia disposição expressa na legislação antecedente acerca da desistência do prosseguimento do processo. Apesar disso, sempre se admitiu que antes de contestada a demanda o autor pudesse desistir dela livremente e, após a contestação, apenas com a concordância do réu, conforme relata CÂMARA LEAL em seus *Commentarios ao Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, vol. I: arts. 1 a 261... op. cit.*, p. 592.

³³⁹ “A desistência da ação (para cuja eficácia, entretanto, se exige a homologação do juiz) é exemplo de ambos os tipos de negócio: antes de decorrido o prazo para a resposta do réu, ela é negócio unilateral: basta a manifestação do autor; após o decurso daquele período ela exige o consentimento do réu” *in TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. In Enciclopédia Saraiva do Direito... op. cit.* No mesmo sentido, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entende que “é a desistência da ação ato unilateral do autor, quando praticado antes de vencido o prazo de resposta do réu, não depois dessa fase processual. Na verdade, porém, o que é

necessidade de concordância do réu decorre do fato de que, ao tornar-se parte, assim como o autor, também passa a ter a expectativa de obter tutela jurisdicional que lhe seja favorável³⁴⁰. Ora, a possibilidade de o autor propor novamente a mesma demanda pode motivá-lo a querer o julgamento definitivo do mérito daquela questão, impedindo seu prolongamento³⁴¹.

Apesar das possíveis motivações do réu, o Código de Processo Civil de 2015, à semelhança do Código anterior, não impõe que a sua discordância da desistência seja fundamentada (artigo 485, §4º)³⁴². Há autores, contudo, que entendem que a recusa deverá ser razoavelmente fundamentada, não podendo corresponder a mero capricho do réu, o que configuraria abuso de direito³⁴³. O próprio Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente que “a discordância da parte ré quanto à desistência postulada deverá ser fundamentada, visto que a mera oposição sem qualquer justificativa plausível importa inaceitável abuso de direito”³⁴⁴.

decisivo é a contestação, pois se o réu apresentou sua defesa mesmo antes de vencido o prazo de resposta, já não mais poderá o autor desistir da ação sem o assentimento do demandado. O ato passa a ser bilateral” *in Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 1.039. Ainda, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA aduz que “uma vez apresentada contestação, o autor somente poderá desistir da ação, caso o réu com ela manifeste sua concordância. Vale dizer que, depois desse momento, o negócio, que era unilateral, passa a ser bilateral, exigindo a confluência das manifestações da vontade do autor e do réu” *in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

³⁴⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 145.

³⁴¹ Trata-se da mesma lógica que permite que até a citação o autor adite ou altere o pedido ou a causa de pedir independentemente de consentimento do réu e, após, seja necessária concordância para a modificação (artigo 329 do Código de Processo Civil). É possível aproximar a propositura da demanda à figura do negócio jurídico. Em conhecida tese sobre o assunto, PAULA COSTA E SILVA afirma que a interpretação do ato postulatório deve ser análoga àquela dos atos negociais: “Compreendido que o acto processual é um acto formal, imediatamente se percebia por que razão se afirmava que, no acto processual, não podia releva uma vontade que não tivesse obtido adequada expressão. Esta conclusão era imposta para o acto processual nos mesmos termos em que se impõe para o negócio jurídico formal. Pelo que não havia que justificar uma qualquer diferença de regime fundada na natureza processual, quando essa diferença de todo em todo não se verificava. O negócio jurídico formal e o acto processual formal estão sujeitos a um regime comum de interpretação. A análise antecedente permitiu-nos confirmar a nossa primeira intuição. O acto processual da parte está submetido ao regime de interpretação do acto jurídico unilateral, negocial e formal, não havendo que construir qualquer regime especial de interpretação para aquele tipo de acto” *in Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 450.

³⁴² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 147-148.

³⁴³ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 1.039. No mesmo sentido DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 735.

³⁴⁴ STJ, 1ª Seção, recurso especial representativo da controvérsia n. 1.267.995-PB, relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 27/6/2012 e publicado em 3/8/2012. Acórdão disponível no site www.stj.jus.br. Acesso em 12 de dezembro de 2016.

Não se pode concordar com esse posicionamento. Ora, se não se exige do próprio autor, que deu início ao processo e movimentou o aparato estatal para julgar a sua demanda, qualquer justificativa para a desistência, por que exige-la do réu, quando inexistente qualquer determinação na lei nesse sentido? Na França, por exemplo, o artigo 396 do *Code de Procédure Civile* dispõe expressamente que “le juge déclare le désistement parfait si la non-acceptation du défendeur ne se fonde sur aucun motif légitime”³⁴⁵. O mesmo não ocorre em nosso ordenamento jurídico: lembre-se de que o Código de Processo Civil de 1939 dispunha expressamente que a recusa do réu seria rejeitada se a desistência não lhe causasse qualquer prejuízo (artigo 181, parágrafo único). Tal restrição foi excluída do Código de 1973 e do Código de 2015, de forma que não se afigura razoável manter a sua aplicação³⁴⁶. Ressalve-se apenas a hipótese em que o próprio réu, em sua contestação, pediu a extinção do processo sem o julgamento do mérito. Nesse caso, resta claro o seu desinteresse em ver a *sua* demanda de sentença de mérito julgada, e a sua discordância com a desistência do autor implicaria comportamento contraditório, que deve ser impedido pelo juiz.

Caso, instado a se pronunciar, o réu permanecer inerte, deve-se entender que consente com a desistência do autor³⁴⁷, já que a lei não exige concordância *expressa* nesse caso. Igualmente, se o prazo para a apresentação de contestação tiver decorrido *in albis*, não será necessária a concordância do réu, diante da ausência de interesse que terá em que seja proferida sentença de mérito: não haverá demanda sua. Ainda, caso se trate de ação rescisória, e o autor pretenda desistir do processo quando *já decorrido* o prazo de dois anos para eventual nova impugnação à decisão rescindenda, também não poderá o réu se opor, pois a coisa julgada estabelecida em seu favor, com a desistência, se tornará definitivamente

³⁴⁵ Tradução livre: o juiz declara a desistência perfeita [ou a homologa] se a discordância do réu não se fundamenta em nenhum motivo legítimo. O *Codice di Procedura Civile* italiano, por outro lado, não possui exigência semelhante, dispondo apenas que “Il processo si estingue per rinuncia agli atti del giudizio quando questa è accettata dalle parti costituite che potrebbero aver interesse alla prosecuzione. L'accettazione non è efficace se contiene riserve o condizioni” (artigo 306, primeira parte). Tradução livre: o processo se extingue por desistência quando esta é aceita pelas partes que possam ter interesse no prosseguimento do processo. A aceitação não é eficaz se contém reservas ou condições.

³⁴⁶ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO entende que “a discordância do réu *não necessita ser fundamentada* porque se apóia em sua expectativa de tutela jurisdicional, parelha à do autor” *in Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 147-148.

³⁴⁷ De acordo com FREDIE DIDIER JR., “a ausência de resposta do réu à homologação da desistência é entendida como sua anuência, em um exemplo de negócio jurídico unilateral omissivo no direito processual” *in Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 735.

coisa julgada, o que lhe será favorável³⁴⁸. Além disso, se o réu for revel, não se deve entender exigível o seu consentimento, já que a extinção do processo lhe será favorável, diante das graves consequências decorrentes da revelia³⁴⁹.

Há, ainda, outro limite, dessa vez temporal, que se impõe à desistência no processo de conhecimento: a publicação da sentença de mérito³⁵⁰ (artigo 485, §5º do Código de Processo Civil). Conforme explica CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a sentença “contém o acolhimento do direito de ação (ainda quando desfavorável) e, como ato imperativo estatal já consumado, não pode ser cancelado do mundo jurídico”³⁵¹. Dessa forma, proferida e publicada a sentença, apenas caberá à parte, desde que sucumbente, renunciar ao direito de recorrer ou, caso recorra, desistir do recurso interposto. Não há forma prescrita na lei, podendo a desistência ser manifestada por meio de petição ao juiz ou oralmente, durante audiência.

Manifestada a vontade de desistir de forma unilateral ou bilateral pelas partes, caberá ao juiz analisar todos os requisitos de validade acima referidos e, constatando a regularidade do negócio jurídico, o homologará (artigo 200, parágrafo único). Somente a partir da decisão homologatória do juiz é que a desistência começará a produzir efeitos e o processo será extinto sem resolução do mérito (artigo 485, VIII)³⁵². Igualmente aqui a análise do juiz fica restrita ao preenchimento dos requisitos exigidos pela lei, sendo descabida qualquer análise de conveniência, probabilidade de êxito, *etc.* Homologada a desistência, os custos do processo serão pagos pela parte desistente (artigo 90 do Código de Processo Civil).

Ressalte-se que é possível também a desistência *parcial* do prosseguimento do processo e, nessa hipótese, após a homologação, o processo será extinto somente em relação

³⁴⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 147.

³⁴⁹ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I...* *op. cit.*, p. 1.039.

³⁵⁰ Apesar de a lei se referir à sentença como limite temporal à desistência, é possível, principalmente nos casos de desistência parcial, compreendendo apenas um pedido ou parte do polo passivo, interpretar-se como limite *decisão final*. FREDIE DIDIER JR. explica, a esse respeito, que “o que se busca impedir, com esse dispositivo, é que, proferida a decisão final sobre o pedido, o autor desista da demanda, ou de parte dela. Sentença, nesse caso, significa decisão final.” in *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 733.

³⁵¹ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 146.

³⁵² De acordo com PONTES DE MIRANDA o fato de a desistência começar a produzir efeitos a partir da homologação significa “a) que o desistente, se deixa de praticar atos que praticaria, ou se pratica atos que não praticaria, se não tivesse desistido, obra a seu próprio risco; b) que as outras partes ou interessados que se abstêm de praticar atos que praticariam, ou praticam atos que não praticariam, se não tivesse havido o pedido ou requerimento de desistência, acarretam com os prejuízos que daí lhe resultem. Por isso, uns e outros, até se iniciar a eficácia, devem proceder com se a desistência não tivesse ocorrido” in *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 154-281)...* *op. cit.*, p. 75.

ao pedido, ao fundamento ou ao litisconsorte de que se desistiu, prosseguindo em relação aos demais pedidos, fundamentos ou litisconsortes. Nesse caso, as despesas e os honorários a serem pagos pelo desistente serão proporcionais à parcela de que se desistiu (artigo 90, §1º do Código de Processo Civil). Só será possível desistir de um litisconsorte, é claro, se não se tratar de litisconsórcio necessário. Ademais, quando o réu tiver proposto reconvenção à demanda do autor, se este desistir do prosseguimento do seu processo, nenhuma consequência sofrerá a reconvenção, que continuará tramitando normalmente (artigo 343, §2º do Código de Processo Civil).

E não apenas do prosseguimento do processo de conhecimento pode o autor desistir; o Código de Processo Civil também permite que o exequente desista da execução, da fase executiva ou de algumas medidas executivas (artigo 775). Nessas hipóteses o negócio jurídico processual em referência terá o regramento um pouco diferente daquele previsto para a desistência do processo de conhecimento. A iniciar-se pela *desnecessidade* de concordância do executado, o que faz da desistência da execução negócio jurídico *unilateral*.

Diferentemente do réu no processo cognitivo, o executado não tem direito a uma sentença de mérito e o melhor resultado que ele poderá obter é a extinção da execução. Conforme explica CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “não sendo possível inverter o curso da execução, para que ele receba afinal algum bem retirado ao exequente, não há qualquer expectativa legítima que a desistência pudesse frustrar – e portanto o juiz a homologará sem levar em conta a eventual oposição do executado”³⁵³. Justamente por esse motivo, a desistência da execução pode se dar a *qualquer momento*³⁵⁴.

³⁵³ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 146.

³⁵⁴ “Se a ação é executiva, não há limite temporal, quer para toda a execução, quer apenas para alguma ou algumas medidas executivas. Levou-se em consideração que a desistência, em ação de execução, é sempre favorável ao réu, razão por que se lhe ressalvam o direito, a pretensão e a ação contra o exequente que lhe causara dano com a execução ou com a medida executiva.” In PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IX (arts. 566-611)*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 109. Contudo, deve-se atentar para o fato de que as medidas executivas já realizadas não poderão ser atingidas pela desistência da execução e tampouco delas se poderá desistir. A esse respeito, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA aduz que “não se permite a desistência unilateral da execução após a assinatura do auto de arrematação, sob pena de comprometer direitos do arrematante, decorrentes da alienação perfeita, acabada e irrevogável do bem penhorado (art. 694 do CPC) [artigo 903 do Código de Processo Civil de 2015]. A mesma situação ocorre em relação à adjudicação, que se revela irrevogável após a assinatura do auto. De igual modo, não se permite a desistência unilateral da execução quando a prestação de fazer, sendo fungível, houver sido cometida a terceiro (art. 634 do CPC) [artigo 817 do Código de Processo Civil de 2015], ou já tiver sido cumprida pelo executado. É que, nesses casos, a desistência há de preservar direitos do executado de terminar de cumprir sua obrigação e de terceiros, obedecidos os termos da proposta já aceita” in Anotações sobre a desistência da ação, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 120, p. 42-64, fev/2005.

Caso o executado tenha apresentado impugnação ao cumprimento de sentença ou oposto embargos à execução, a desistência da execução causará também a extinção desses processos, *independentemente* da concordância do executado, caso eles versem apenas sobre questões processuais (artigo 775, parágrafo único, I do Código de Processo Civil). Caso a oposição do executado seja de mérito, a impugnação ou os embargos só serão extintos com a sua *concordância* (artigo 775, parágrafo único, II do Código de Processo Civil)³⁵⁵. e apenas nessa hipótese o negócio processual será *bilateral*.

Apesar de a redação do artigo 775 do Código de Processo Civil ser confusa a esse respeito, deve-se ter claro que a execução será *sempre* extinta diante da desistência do exequente, sem ser necessária a concordância do executado. Contudo, a desistência da execução só causará a extinção *também* dos embargos ou da impugnação ao cumprimento de sentença se (a) eles forem fundados na ausência de pressuposto processual ou condição da ação, ou (b) sendo fundados na inexistência total ou parcial do crédito, o executado embargante ou impugnante concorde com a desistência. Apenas neste último caso persiste o interesse do executado na obtenção de uma sentença de mérito que desconstitua o título executivo e impeça o exequente de propor novamente a execução.

Todos esses aspectos deverão ser analisados pelo juiz, que deverá *homologar* a desistência da execução ou da medida executiva para que se produzam os efeitos pretendidos pelo desistente (artigo 200, parágrafo único do Código de Processo Civil). Lembre-se de que a desistência não impede a repositura da execução fundada no mesmo título executivo ou que se peça novamente a mesma medida executiva posteriormente.

É possível, ainda, que a desistência ocorra já na *fase recursal* do processo. Nessa hipótese, contudo, o processo não mais poderá ser extinto, já que, como visto acima, a sentença, como ato imperativo estatal, não pode ser cancelada do mundo jurídico³⁵⁶. O que se

³⁵⁵ Faz-se importante apresentar a crítica de ARAKEN DE ASSIS acerca da não usual separação empreendida pelo artigo 775 do Código de Processo Civil entre “questões processuais” e “demais questões”, veja-se: “Retomando regime do art. 775, parágrafo único, o regulamento incide nas hipóteses de a desistência de toda a execução, ou de algum ato executivo, a exemplo da penhora, ocorrer no curso dos embargos. Para essa finalidade, o dispositivo diferencia os embargos que versem ‘questões processuais’ e a chamada oposição de mérito. Trata-se de distinção própria do direito italiano, que separa a oposição de mérito da oposição aos atos executivos, mas alheia à tradição do direito brasileiro. Entre nós, o controle da execução ilegal ou da execução injusta realiza-se mediante idêntico e único meio de reação – embargos ou impugnação (art. 525). De resto, nem sempre é nítida a separação dessas matérias, revelando-se, a mais das vezes, assaz difícil ‘arrumar numa e noutra categoria alguns dos fundamentos da oposição’ in *Manual da execução... op. cit.*, p. 757.

³⁵⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II... *op. cit.*, p. 146.

extingue é o recurso da parte, de forma a prevalecer a decisão anteriormente proferida e que havia sido impugnada pelo desistente³⁵⁷. Regulando a desistência de recurso, o artigo 998 do Código de Processo Civil dispõe que o recorrente pode *a qualquer tempo e sem a anuência* do recorrido ou dos eventuais litisconsortes, desistir do recurso interposto. Disso decorre que, diferentemente das hipóteses de desistência acima tratadas, a desistência de recurso é negócio jurídico *unilateral* apenas³⁵⁸, inexistindo limite temporal à sua realização.

Não há forma prescrita na lei para o seu aperfeiçoamento, sendo plenamente possível que na sessão de julgamento, a desistência de determinado recurso que está prestes a ser julgado seja *oral*. Não se exige tampouco a homologação judicial para que produza efeitos³⁵⁹, sendo, por isso mesmo irretratável. Pode, assim como nas hipóteses anteriormente tratadas, ter por objeto apenas parte do recurso, julgando-se normalmente a parte remanescente.

Ainda no que diz respeito à desistência de recurso, o Código de Processo Civil de 2015 passou a disciplinar, no parágrafo único do artigo 998, a hipótese em que a parte cujo recurso foi selecionado como representativo da controvérsia por tribunal superior, desiste do seu julgamento. Para esse caso, dispõe que “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especial repetitivos”. Trata-se de novidade trazida pelo Código de 2015, fruto de intensa e recorrente discussão que se desenvolveu principalmente no

³⁵⁷ Ensina PONTES DE MIRANDA que “depois de proferido o julgamento, seria absurda qualquer desistência; *a fortiori*, depois da publicação. Basta que um voto tenha sido proferido, para que se haja de afastar qualquer possibilidade de desistência. Se os autos têm de ir a outro tribunal que haja de julgar o recurso, é perante esse, antes de ser dado o primeiro voto, que se tem de apresentar a desistência, manifestação unilateral de vontade” in *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII (arts. 496-538)*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 98.

³⁵⁸ “A unilateralidade do negócio jurídico da *desistência*, à semelhança da que se observa na *renúncia* e na *denúncia*, faz independente de aceitação ou anuência do recorrido o ato jurídico do desistente. Para que haja exigência, é preciso que exista regra jurídica especial, tal como ocorre com a *desistência da ação*” in PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII (arts. 496-538)*... *op. cit.*, p. 103.

³⁵⁹ Conforme explica LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “contrariamente à desistência da ação, a desistência do recurso não depende de homologação judicial. Manifestada desistência do recurso, seus efeitos são produzidos imediatamente.” in *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97. Importante, a esse respeito, apresentar a ressalva de BARBOSA MOREIRA no sentido de que “a desnecessidade de homologação não significa exclusão de toda e qualquer atuação do juiz (ou do tribunal). É óbvio que este há de conhecer do ato e exercer sobre ele o normal controle sobre os atos processuais em geral. A diferença em relação às hipóteses de ato dependente de homologação reside em que, nestas, o pronunciamento judicial tem natureza constitutiva, acrescenta algo novo, e é ele que desencadeia a produção dos efeitos, ao passo que, aqui, toda a eficácia remonta à desistência, cabendo tão só ao juiz ou ao tribunal apurar se a manifestação de vontade foi regular e – através de pronunciamento meramente declaratório – certificar os efeitos já operados” in *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 333.

Superior Tribunal de Justiça, a partir da introdução, pela Lei n. 11.672/2008 do julgamento “por amostragem” de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, disposto no artigo 543-C do Código de 1973 e mantido no artigo 1.036 do Código atualmente vigente.

Como se sabe, a afetação desses recursos representativos da controvérsia implica uma série de providências, tais como a paralisação, nos tribunais locais, do trâmite de processos que tenham por objeto aquela mesma questão e a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na causa, além da fixação de audiência pública para instruir o procedimento. Diante de tal mobilização, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que o interesse público em ver a questão de direito solucionada – e que seria aplicada nos demais casos sobrestados – se sobreporia ao interesse particular da parte daquele recurso afetado que desejasse desistir do seu julgamento. E, com base nessa interpretação, passou a “indeferir pedidos de desistência” formulados em recursos! Perceba-se que um negócio jurídico processual que *dispensa homologação* e tem *eficácia imediata* passou a ser visto como mero pedido, passível de indeferimento pelas cortes superiores³⁶⁰.

O malabarismo interpretativo empreendido pelo Superior Tribunal de Justiça para acomodar todos os interesses envolvidos na questão desvirtuou de forma inequívoca o negócio jurídico ora analisado. Assim, a disposição expressa na lei de que a desistência do recurso escolhido como representativo da controvérsia não impede a análise da questão a ele

³⁶⁰ Veja-se o teor da discussão empreendida pelo Superior Tribunal de Justiça no trecho a seguir da questão de ordem no recurso especial n. 1.063.343-RS, de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, julgada pela Corte Especial em 17/12/2008 e publicado em 4/6/2009: “sobrevindo pedido de desistência do recurso representativo do incidente e deferido este, mediante a aplicação isolada do art. 501 do CPC, será atendido o interesse individual do recorrente que teve seu processo selecionado. Todavia, o direito individual à razoável duração do processo de todos os demais litigantes em processos com idêntica questão de direito será lesado, porque a suspensão terá gerado mais um prazo morto, adiando a decisão de mérito da lide. Não se pode olvidar outra grave consequência do deferimento de pedido de desistência puro e simples com base no art. 501 do CPC, que é a inevitável necessidade de selecionar novo processo que apresente a idêntica questão de direito, de ouvir os *amici curiae*, as partes interessadas e o Ministério Público, oficiar a todos os Tribunais do país, e determinar nova suspensão, sendo certo que a repetição deste complexo procedimento pode vir a ser infinitamente frustrado em face de sucessivos e incontáveis pedidos de desistência. A hipótese não é desarrazoada, por ser da natureza das lides repetitivas que exista uma parte determinada integrando um de seus pólos. Entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça. A todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo. A homologação do pedido de desistência deve ser deferida, mas sem prejuízo da formulação de uma orientação quanto à questão idêntica de direito existente em múltiplos recursos”. Acórdão disponível no *site* do Superior Tribunal de Justiça: www.stj.jus.br, acesso em 13 dez. 2016. Criticando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ARAKEN DE ASSIS afirma ser ele “baseado em suposto ‘aborrecimento’ com a perda de tempo na análise do feito, eliminando o poder de disposição das partes em áreas a este reservada na lei, e próprio dos Estados de exceção” in *Manual dos recursos*, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 216.

subjacente deixa clara a possibilidade de a parte desistir independentemente de homologação, analisando-se apenas a questão controvertida, numa espécie de julgamento em tese.

Em outras palavras, a solução à questão de mérito julgada por meio da análise do recurso afetado não será aplicada a ele mesmo, diante da desistência manifestada pelo recorrente³⁶¹. Contudo, para que seja possível essa atividade jurisdicional *após* a desistência do recurso, é preciso que no momento em que a parte manifesta sua vontade de desistir a repercussão geral já tenha sido declarada pelo Supremo Tribunal Federal ou o recurso já tenha sido selecionado como representativo da controvérsia pelo tribunal local ou pelo Superior Tribunal de Justiça³⁶².

Ressalte-se que a manutenção do julgamento apenas da questão de direito repetida não se restringe à desistência na fase recursal, mas se aplica também à desistência do prosseguimento do processo durante a fase de conhecimento. O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao dispor que, nos casos selecionados no âmbito dos tribunais locais para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, (a) a desistência ou o abandono do processo não impede o exame do mérito do incidente, e (b) o MINISTÉRIO PÚBLICO intervirá no incidente, assumindo o lugar da parte desistente, desde que o *Parquet* não seja o requerente (artigo 976, §1º e §2º do Código de Processo Civil). Acerca dessa nova regra de julgamento comum à desistência nos casos representativos da controvérsia FREDIE DIDIER JR. explica sua decorrência “do fato de o julgamento de casos repetitivos ser um procedimento coletivo”, ou seja, “o objeto litigioso do incidente consiste na definição de uma tese jurídica aplicável a causas homogêneas”³⁶³.

Ainda no que concerne à relação entre desistência do prosseguimento do processo e o julgamento de recursos repetitivos, o Código de Processo Civil de 2015 traz outra novidade: os parágrafos do artigo 1.040 dispõem que, após a publicação do acórdão paradigma decorrente do julgamento por amostragem, a parte que tenha proposto demanda versando a

³⁶¹ Nesse mesmo sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO aduzem que “o art. 998, parágrafo único, CPC/2015, permite que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se pronunciem sobre questões recursais ainda que a parte tenha desistido do recurso. Nesse caso, obviamente que a pronúncia da Corte não poderá alcançar o recurso da parte. Servirá, porém, para outorgar unidade ao direito, valendo como precedente” in *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 16: artigos 976 ao 1.044*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 183.

³⁶² Cf. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao código de processo civil – volume XX (arts. 994-1.044)*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

³⁶³ *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p.736.

mesma questão do acórdão paradigma, poderá dela desistir se ainda não tiver sido proferida sentença no caso (§1º). A disciplina desse tipo de desistência é basicamente a mesma dos casos que não envolvam questões repetitivas, excetuando-se (a) a *desnecessidade de consentimento* do réu, mesmo após a apresentação de contestação (§3º), e (b) a *isenção do pagamento* de custas e honorários, se a desistência for manifestada *antes* do oferecimento de contestação (§2º). Essas regras especiais decorrem do evidente *estímulo* do legislador para que as partes desistam de seus processos antes que seja proferida a sentença³⁶⁴.

Por fim, deve-se fazer referência a outro negócio jurídico processual que tem por objeto o direito de recorrer: trata-se da *renúncia*, disposta no artigo 999 do Código de Processo Civil. Diferentemente da desistência, que pressupõe um recurso *já interposto*, a renúncia tem lugar *antes* da interposição do recurso, tornando-o *inadmissível* e não o extinguindo, como ocorre na desistência³⁶⁵. A renúncia é negócio jurídico *unilateral*, já que, em qualquer hipótese, independe da aceitação da parte contrária, de *forma livre* e que produz *efeitos imediatos*, sendo desnecessária a homologação judicial para esse fim.

Deve, contudo, ser *expressa*, pois não se presume, devendo sempre ser interpretada restritivamente (artigo 114 do Código Civil). Perceba-se que, caso admitida, a renúncia tácita corresponderia, na verdade, à aquiescência. Os efeitos desta são os mesmos da renúncia, mas trata-se de negócio jurídico de direito material, pois se dirige à própria decisão e não ao direito de recorrer³⁶⁶. Em outras palavras, a renúncia tem por objeto o direito processual de recorrer, enquanto a aquiescência tem por objeto o conteúdo da decisão, seja porque assim se manifestou de forma expressa, seja porque agiu conforme à ordem contida naquela decisão, casos em que a impossibilidade de interpor recurso decorre da vedação ao comportamento contraditório da parte. Assim, na aquiescência a impossibilidade de recorrer é *consequência*

³⁶⁴ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal...* op. cit., p. 601-602.

³⁶⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil...* op. cit., p. 339.

³⁶⁶ PONTES DE MIRANDA apresenta interessante diferenciação entre os institutos: “Aceita-se, expressa ou tacitamente, o conteúdo da sentença (ou do acórdão), ou da decisão interlocutiva, de modo que tal atitude se há de interpretar como renúncia tácita. A aceitação é que pode ser expressa ou tácita. Se não houve renúncia e houve a aceitação, houve renúncia tácita, quer tenha sido expressa, quer tenha sido tácita a aceitação. A aceitação, expressa ou tácita, de modo nenhum se referia ao recurso, razão por que o art. 503 [do Código de Processo Civil de 1973] teve de cogitar da eficácia da aceitação no plano recursal” in *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII (arts. 496-538)*... op. cit., p. 113.

necessária desse negócio jurídico, mas não o seu *objeto* e essa pequena diferença é decisiva para que não se considere a aceitação como negócio jurídico *processual*³⁶⁷.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 prevalecia entre a doutrina o entendimento de que só era possível renunciar ao direito de recorrer a partir do momento em que ele já seria exercitável, ou seja, só após proferida a decisão contra a qual seria possível recorrer. Defensor dessa interpretação, PONTES DE MIRANDA aduzia que “o direito a renunciar somente pode advir de já ser recorrível o julgado. Não se renuncia ao que ainda não existe. Com a publicação do julgado começa a recorribilidade; portanto, o direito ao recurso e a renunciabilidade. Não há antecipação da renúncia”³⁶⁸. A possibilidade constava do Anteprojeto daquele Código, mas foi suprimida antes da promulgação do diploma³⁶⁹.

Contudo, a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015, tal interpretação não pode mais prevalecer, já que, como se sabe, o artigo 190 permite que as partes convençionem livremente sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais *antes* ou *durante* o processo, atendidos os requisitos expostos naquele dispositivo³⁷⁰. Assim, é plenamente possível, por exemplo, que as partes convençionem, por meio de cláusula contratual prévia, que caso seja necessária a propositura de demanda judicial para a solução de eventual litígio relativo ao objeto daquele contrato, elas renunciem desde logo ao direito de recorrer, com o objetivo de reduzir a duração do processo³⁷¹.

³⁶⁷ “Não se confunde a desistência com a renúncia ao recurso: aquela pressupõe recurso já interposto; nesta, ao contrário, o renunciante abre mão previamente do seu direito de impugnar a decisão. Tampouco se confunde com a aquiescência à própria decisão, que é a manifestação, pelo vencido, antes ou depois da interposição do recurso, da vontade de conformar-se com o julgado” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565... op. cit.*, p. 333.

³⁶⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII (arts. 496-538)... op. cit.*, p. 110. No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA expressou, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o entendimento de que “renunciar ao direito de recorrer antes de proferida a decisão é renunciar a um direito que ainda não se tem e, a rigor, nem sequer se sabe se nascerá – o que depende, como é intuitivo, do sentido em que venha a pronunciar-se o órgão judicial” in *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565... op. cit.*, p. 342.

³⁶⁹ Cf. *Ibidem*, p. 341.

³⁷⁰ Nesse mesmo sentido, LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI defende que “é possível que as pessoas antecipadamente restrinjam a utilização de recurso em processos por instaurar ou já pendentes, renunciando previamente ao direito de recorrer, antes mesmo da prolação da decisão recorrível. Aqui, a renúncia apresenta-se como um fato impeditivo do poder de recorrer, que, assim, sequer chega a ganhar concretude, em razão da prévia convenção das partes” in *Comentários ao código de processo civil – volume XX (arts. 994-1.044)... op. cit.*, p. 54-55.

³⁷¹ FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA apresentam outros exemplos de renúncia prévia ao direito de recorrer, veja-se: “É possível, por exemplo, uma renúncia bilateral prévia, sob a condição de o juiz, por exemplo, homologar a autocomposição a que as partes chegaram. A condição é um elemento acidental do negócio jurídico, não havendo nada que impeça sua presença na renúncia ao recurso. A parte pode, por

Apesar de ser bastante improvável sua realização na prática, é possível também que apenas uma das partes previamente renuncie ao direito de recorrer; mas, em qualquer caso, é necessário que, ao manifestar sua vontade, o renunciante seja capaz de prever as eventuais consequências da sua disposição de direito processual cujo conteúdo é ainda incerto. Por isso, apesar de a presença de advogado não ser exigível para a celebração de negócios jurídicos processuais³⁷², nesse caso será altamente recomendada.

3.8 ADIAMENTO E DIVISÃO DO TEMPO NO DEBATE ORAL DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO CONVENCIONAIS

Presente ao longo de toda a história da legislação processual brasileira³⁷³, a audiência de instrução e julgamento no Código de Processo Civil de 2015 continua a ser o principal momento para que as partes, na presença do juiz, produzam provas orais, debatam sobre pontos relevantes do processo e seja proferida a sentença – o que, na prática, dificilmente acontece na própria audiência. Explica JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI que “a audiência de instrução e julgamento constitui o ato processual mais solene do procedimento de primeiro grau, visto que complexo, dinâmico e demarcado por inúmeras formalidades”³⁷⁴.

As formalidades aludidas pelo autor, contudo, não são inflexíveis, dado que o próprio Código apresenta várias hipóteses em que as partes podem convencionar a adaptação de diversos aspectos relacionados à audiência de instrução e julgamento. A iniciar-se pela possibilidade de adiá-la de acordo com a conveniência e a comodidade das partes (artigo 362, I do Código de Processo Civil). Trata-se de negócio jurídico *bilateral*, não sendo possível que uma das partes, de forma unilateral, adie a audiência, pois ela não possui esse direito subjetivo³⁷⁵.

exemplo, renunciar previamente ao recurso, desde que não haja vício de procedimento; em outras palavras, a renúncia pode ressaltar determinadas situações” in *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal...* op. cit., p. 104.

³⁷² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais...* op. cit., p. 278-279.

³⁷³ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. VII (arts. 318 a 368)...* op. cit., p. 319-320.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 321.

³⁷⁵ Cf. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)...* op. cit., p. 1.244.

A convenção também *não tem forma prescrita* na lei, podendo ser celebrada por escrito e apresentada nos autos do processo até o momento designado para ter início a audiência. É possível também que a convenção se dê de forma oral, quando, logo que iniciados os trabalhos, durante a etapa conciliatória da audiência (artigo 359 do Código de Processo Civil), as partes iniciem tratativas de um acordo mas não possam concluí-lo naquele momento por dependerem da consulta de dados ou da reflexão acerca de eventual proposta de transação, convencendo-se, então o adiamento da audiência³⁷⁶.

Apresentada a convenção ao juiz, não será necessária homologação; cabe-lhe unicamente aceitar a vontade das partes, sem cogitar do motivo para o adiamento e designar uma nova data para a audiência “atendendo, na medida do possível, a sugestão que lhes for feita pelas próprias partes”³⁷⁷. É plenamente aceitável, principalmente se o objetivo do adiamento for a tentativa de autocomposição das partes, que não seja redesignada de pronto a audiência, aguardando-se a fixação oportuna da nova data.

O Código de Processo Civil de 1973 dispunha que a audiência só poderia ser adiada por convenção das partes uma única vez (artigo 453, I), limite suprimido no Código de 2015. É possível, portanto, que as partes adiem a audiência quantas vezes forem necessárias, de acordo com seus desígnios, o que se coaduna com a diretriz do novo diploma processual, no sentido de incentivar a solução consensual dos litígios e oferecer às partes oportunidades para o exercício da autocomposição em variados momentos do procedimento. É evidente, contudo, que se os adiamentos promovidos pelas partes se mostrarem desarrazoados, violando a duração razoável do processo, o juiz poderá deixar de cumpri-los (artigo 139, II do Código de Processo Civil)³⁷⁸.

Além do adiamento da audiência, o Código de Processo Civil dispõe sobre a possibilidade de que, durante os debates que integram a instrução do processo, realizados após a instrução probatória, as partes modifiquem o prazo de que disporão os participantes para apresentar seus argumentos. Nesse sentido, o artigo 364 limita a vinte minutos, prorrogáveis por mais dez minutos, o tempo para que cada partes exponha oralmente suas alegações. Contudo, se houver litisconsórcio ativo ou passivo, ou terceiro interveniente, o

³⁷⁶ Cf. *Ibidem*, p. 1.243.

³⁷⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV (arts. 332 a 475)... op. cit.*, p. 267.

³⁷⁸ Cf. YARSHELL, Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5: artigos 334 ao 368... op. cit.*, p. 371.

prazo já prorrogado – trinta minutos, portanto – será dividido entre os membros do mesmo grupo, salvo se acordarem de forma diversa (artigo 364, §1º). Dessa forma, é possível, por exemplo, que as partes escolham patrono mais experiente ou melhor orador para apresentar as alegações de todo o grupo³⁷⁹. Além disso, o §2º do artigo ora analisado dispõe que o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas se a causa apresentar questões complexas e nada impede que tal substituição seja convencionada também pelas partes, a despeito de inexistir previsão expressa da possibilidade³⁸⁰.

3.9 CALENDÁRIO PROCESSUAL

Certamente a maior novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, no que diz respeito aos negócios processuais, é o *calendário processual*, já que nenhuma legislação processual pretérita em nosso país havia disposto sobre o instituto. No diploma em vigor, é regulado pelo artigo 191, que dispõe que as partes e o juiz, de comum acordo, podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, que os vincula e torna desnecessária a sua posterior intimação para a prática de tais atos. Sabe-se que a introdução desse instituto em nosso ordenamento foi inspirada pelas legislações processuais francesa e italiana, que já dispunham a esse respeito³⁸¹. Por esse motivo, antes de se analisar mais pormenorizadamente o regime jurídico do calendário processual no Brasil, far-se-á breve menção à forma como o tema é tratado na França e na Itália.

³⁷⁹ A respeito dessa possibilidade, FLÁVIO YARSELL, GUILHERME SETOGUTI e VIVIANE RODRIGUES aduzem que “mesmo que apenas um litisconsorte queira fazer uso da palavra, é lícito dar-se a ele o tempo majorado, caso o litisconsorte ou terceiro que abriu mão do tempo assim requeira – entendendo-se aí uma espécie de outorga de mandato específico para esse ato, sabido que há oradores melhores que os outros.” *In Ibidem*, p. 382.

³⁸⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V (arts. 444-475)*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 36.

³⁸¹ Cf. CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira?... op. cit.*

3.9.1 FRANÇA: O *CALENDRIER DE LA MISE EN ÉTAT*

A instituição do calendário processual na França tem origem no *Rapport Magendie I*, relatório elaborado por uma comissão designada pelo Ministério da Justiça e composta por magistrados, advogados e professores, que tinha por objetivo sugerir medidas para melhorar a prestação da tutela jurisdicional, modernizar o processo e, principalmente, diminuir a sua duração³⁸². Assim, entendeu-se que uma das formas para atingirem-se tais objetivos seria a maior participação das partes na gestão do processo, por meio dos chamados *contrats de procédure*³⁸³. Em 2005, então, a redação do artigo 764 do *Code de Procédure Civile*, que trata da fixação de prazos para a realização dos atos instrutórios, foi modificada para incluir a possibilidade de o juiz fixar tais prazos em comum acordo com as partes, por meio do calendário processual³⁸⁴.

Ressalte-se que o juiz ainda pode estabelecer unilateralmente os prazos para a realização dos atos instrutórios do processo na chamada fase do *mise en état*, em que o processo é preparado para julgamento. Ressalte-se que no processo francês os prazos para a realização dos atos processuais na fase instrutória são judiciais, não estabelecidos na lei³⁸⁵.

³⁸² Cf. CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, vol. 64, n. 2, p. 549-580, giu/2010; e GHIRGA, Maria Francesca. Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto, *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, vol. 67, n. 1, p. 166-187, gen-feb/2012.

³⁸³ Cf. CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges, *op. cit.*

³⁸⁴ O artigo 764 do código processual francês possui atualmente a seguinte redação: “1 -Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l’instruction de l’affaire, eu égard à la nature, à l’urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l’avis des avocats. 2 - Il peut accorder des prorogations de délai. 3 - Il peut, après avoir recueilli l’accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. 4 - Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l’article 450, celle du prononcé de la décision. 5 - Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu’en cas de cause grave et dûment justifiée. 6 - Le juge peut également renvoyer l’affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige”. (Tradução livre: 1 – O juiz da instrução estabelece, na medida em que for preciso, os prazos necessários à instrução do processo, considerando a sua natureza, urgência e complexidade, e após ouvir os advogados. 2 – Ele pode autorizar a prorrogação dos prazos. 3 – Ele pode, após obter o acordo dos advogados, fixar um calendário para a fase de instrução. 4 – O calendário inclui o número previsível e a data de troca de *conclusions* [peças escritas por meio das quais as partes apresentam suas pretensões e a argumentação em que se baseiam], a data da *clôture* [decisão que põe fim à fase instrutória e tem como efeito o estabelecimento do objeto do julgamento], a dos debates e, deixando-se de aplicar a primeira e a segunda alíneas do artigo 450, a do proferimento da sentença. 5 – Os prazos fixados no calendário da instrução do processo não podem ser prorrogados, salvo se houver motivo grave e devidamente justificado. 6 – O juiz pode igualmente determinar a realização de uma nova audiência [de conciliação] para resolução do litígio).

³⁸⁵ Cf. CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*, 8 ed. Paris: LexisNexis, 2013, p. 420.

Por isso, havendo ou não a celebração do *calendrier*, o juiz fixará os prazos de tais atos. Contudo, a fixação dos prazos em conjunto com as partes torna a prestação jurisdicional mais participativa, e o processo mais previsível, já que é possível fixar a data da realização não apenas dos atos instrutórios mas também de quaisquer outros, incluindo-se a sentença.

Para o aperfeiçoamento do *calendrier de la mise en état* é necessária a efetiva concordância das partes, e não apenas a sua cientificação – caso em que se estaria diante da fixação unilateral de prazos disposta na alínea 1 do artigo 764 do *Code* francês, acima referido. As datas estabelecidas vinculam partes e juiz, e podem ser modificadas apenas em casos excepcionais e devidamente justificados. De acordo com SERGE GUINCHARD, CÉCILE CHAINAIS e FRÉDÉRIQUE FERRAND, essa disposição na verdade desencoraja os advogados a se comprometer com um calendário obrigatório, já que a prática mostra que são a natureza e a particular evolução do processo que acabam determinando a fixação dos prazos, sendo por isso difícil estabelecê-los com antecedência³⁸⁶.

É fácil entender o desencorajamento referido no que diz respeito às partes. Apesar de o artigo 764 do *Code de Procédure Civile* não impor expressamente nenhuma sanção ao descumprimento dos prazos fixados no *calendrier*, o artigo 780 do mesmo diploma dispõe que o juiz pode dar por encerrada a fase de instrução para a parte que deixar de realizar algum ato processual no prazo fixado. Trata-se da *clôture-sanction*³⁸⁷, que será parcial, ou seja, só atingirá a parte que descumpriu o acordo, e é de aplicação facultativa, devendo o juiz analisar a efetiva ocorrência de motivo grave que justificasse o descumprimento do prazo e a conveniência e oportunidade na imposição da sanção³⁸⁸. Por outro lado, não há qualquer sanção disposta na lei para o juiz que eventualmente descumprir os prazos estabelecidos no *calendrier*³⁸⁹.

³⁸⁶ *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*, 30 ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 1.221-1.222.

³⁸⁷ Cf. COUCHEZ, Gérard; LAGARDE, Xavier. *Procédure civile*, 16 ed. Paris: Dalloz, 2011, p. 305. Referindo-se também ao encerramento da instrução como sanção ao descumprimento do calendário, CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira?... *op. cit.*

³⁸⁸ THAÍS ARANDA BARROZO, em estudo dedicado ao tema, chama atenção para “a necessária cautela que deverá orientar o julgador na ordenação de conclusão parcial da instrução, como sanção ao descumprimento dos prazos fixados no calendário processual, em vista das eventuais consequências nefastas que poderiam advir ao direito da parte ao contraditório” in *O calendário processual do direito francês e no italiano: reflexos no Novo CPC brasileiro*. In ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovani; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 481-501.

³⁸⁹ Cf. GHIRGA, Maria Francesca. Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto... *op. cit.*

3.9.2 ITÁLIA: O *CALENDARIO DEL PROCESSO*

Inspirando-se na inovação introduzida no processo francês, o legislador italiano, objetivando também acelerar o trâmite do processo judicial ou, ao menos, conferir maior previsibilidade à sua duração³⁹⁰ instituiu em 2009 o *calendario del processo*, que se assemelha ao *calendrier* francês, mas possui suas peculiaridades. O instituto está disposto no artigo 81 *bis* das *Disposizioni per l'attuazione del Codice di procedura civile e disposizioni transitorie*³⁹¹ e, assim como no processo francês, direciona-se à fase instrutória, vincula partes e juiz e os seus prazos só podem ser prorrogados caso haja motivo grave superveniente.

A novidade introduzida no ordenamento italiano, por um lado, preencheu uma lacuna existente no *Codice di procedura civile*, que já disciplinava os prazos relativos à propositura da demanda, à *trattazione*³⁹² e à sentença, mas não estipulava os relativos à instrução. Como aduz ELISA PICOZZA, o calendário passou a permitir “alle parti e al giudice di programmare l'intera fase istruttoria e perciò di pronosticare la durata del processo nel suo complesso”³⁹³. Por outro lado, contudo, a inexistência de qualquer sanção ao descumprimento dos prazos fixados no calendário, principalmente pelo juiz, foi objeto de críticas, pois se temia que o instituto simplesmente não fosse capaz de provocar as mudanças para as quais havia sido introduzido, ou seja, trazer previsibilidade e eficiência ao processo³⁹⁴.

³⁹⁰ Cf. PICOZZA, Elisa. Il calendario del processo, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 64, n. 6, p. 1.650-1.659, nov-dic/2009.

³⁹¹ Veja-se a redação original do referido artigo 81 *bis*: “Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa il calendario del processo con l'indicazione delle udienze successive e degli incombeni che verranno espletati. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini” (Tradução livre: O juiz, quando decide sobre os pedidos de produção de prova, ouvidas as partes e considerando a natureza, a urgência e a complexidade do processo, fixa o calendário processual, com a indicação das audiências subsequentes e as incumbências que serão assumidas. As datas fixadas no calendário podem ser prorrogadas, mesmo de ofício, quando houver motivos graves supervenientes. A prorrogação deve ser requerida pelas partes antes do término do prazo).

³⁹² *Trattazione della causa* é a “atividade desenvolvida pelas partes para expor, completar, desenvolver e defender as suas razões de fato e de direito. (...) Desenvolve-se oralmente, em audiência, sob a direção do *giudice istruttore*, que pode autorizar as partes a expor as próprias conclusões e as declarações no *verbale* [ata]” in AMARAL, Ana Maria Marcondes do. *Dicionário jurídico italiano-português*. São Paulo: Federal, 2006, p. 495.

³⁹³ Il calendario del processo... *op. cit.* Tradução livre: às partes e ao juiz programar toda a fase instrutória e, portanto, prever a duração do processo como um todo.

³⁹⁴ Cf. PICOZZA, Elisa. Il calendario del processo... *op. cit.*

O problema foi resolvido em 2011, quando a Lei n. 148, de 14 de setembro, modificou a redação do artigo 81 *bis* para incluir (a) a necessidade de observância ao princípio da razoável duração do processo no momento de celebração do calendário, e (b) a disposição de que o descumprimento dos prazos estabelecidos no calendário pode representar falta disciplinar do advogado, do perito e do juiz, sendo que, no caso deste último, tal fato pode ainda ser considerado para fins de avaliação profissional, nomeação ou confirmação em funções de direção.

Apesar do seu claro objetivo de estímulo ao cumprimento do calendário processual, não se pode negar que a responsabilização disciplinar do juiz, do perito e do advogado para atingir-se tal resultado é bastante questionável. Tais sanções não afetam de nenhuma forma o trâmite ou o resultado do processo, não interferem em qualquer situação jurídica das partes, sendo certamente mais adequada, por exemplo, a imposição de multa pecuniária à parte desrespeitadora dos prazos³⁹⁵. De qualquer forma, a imposição dessas sanções não é automática, devendo-se verificar em cada caso concreto se o descumprimento do prazo é passível de ser caracterizado como ilícito disciplinar³⁹⁶.

Deve-se ressaltar que o calendário processual italiano, diferentemente do francês, não tem natureza negocial. No processo italiano, muito mais rígido e preclusivo do que o francês, o calendário constitui um dos poderes instrutórios do juiz³⁹⁷, limitando-se, em regra, à fase instrutória do procedimento³⁹⁸. Comparando-se a redação dos artigos 764 do *Code de*

³⁹⁵ Tais críticas, incorporadas ao presente trabalho, são apresentadas por MARIA FRANCESCA GHIRGA, que chega a duvidar da aplicabilidade dessas punições disciplinares *in* *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto... op. cit.*

³⁹⁶ Cf. *ibidem*.

³⁹⁷ Cf. CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira?... *op. cit.*

³⁹⁸ ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA explica que “nel sistema francese, il *calendrier*, che è vero e proprio ‘contratto di procedura’, riguarda l’intera tempistica del processo, anche con riguardo alle allegazioni; l’introduzione di un vincolo negoziale trae motivo dal fatto che, nel sistema francese, per un verso i termini perentori non sono la regola, per altro verso, il giudice ha una buona dose di elasticità nella conduzione del processo. (...) Il processo italiano di cognizione ordinaria, invece, non consente così ampie elasticità, escludendo – salvo eccezione – il potere del giudice di scegliere il rito e preferendo una preconstituzione normativa della successione degli adempimenti nella fase di allegazione; pertanto, il calendario, per un verso non apre a suggestioni negoziali, per altro verso limita la sua operatività alla fase successiva alla determinazione della materia del contendere” *in* *Il calendario del processo, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 66, n. 4, p. 1.393-1.407, 2012. Tradução livre: no sistema francês, o *calendrier*, que é verdadeiro e próprio ‘acordo processual’, refere-se aos prazos de todo o processo, incluindo-se as alegações; a introdução de um vínculo negocial decorre do fato de que, no sistema francês, por um lado os prazos peremptórios não são a regra, por outro lado, o juiz tem uma boa dose de flexibilidade na condução do processo. (...) O processo de conhecimento ordinário italiano, no entanto, não permite uma flexibilidade tão ampla, excluindo – salvo exceção – o poder de o juiz escolher o rito e preferindo a prévia constituição normativa da sucessão dos atos na

Procédure Civile e o artigo 81 *bis* das *Disposizioni per l'attuazione del Codice di procedura civile e disposizioni transitorie*, é possível reparar que (a) o *calendrier* francês exige a concordância das partes, enquanto o *calendario* italiano impõe apenas que elas sejam ouvidas sobre a fixação do calendário; (b) o *calendrier* francês pode ter por objeto quaisquer prazos do processo, incluindo até mesmo a data em que a sentença será proferida e o *calendario* italiano, como dito acima, dispõe em regra sobre as atividades instrutórias apenas; e (c) o *calendario* italiano permite a revogação dos prazos de ofício pelo juiz e o *calendrier* francês não.

O calendário italiano, por fim, assemelha-se mais ao calendário disposto no §8º do artigo 357 do Código de Processo Civil brasileiro, que, como visto, estabelece os prazos apenas para a realização de prova pericial, tratando-se de um meio eficiente de organização e aceleração da atividade jurisdicional, mas não de negócio jurídico processual (*supra*, item n. 3).

Analisado o contexto em que foram adotadas as normas que inspiraram o calendário processual brasileiro, cumpre agora analisar as peculiaridades desse instituto no Código de Processo Civil de 2015.

3.9.3 BRASIL: O CALENDÁRIO PROCESSUAL

O calendário disposto no artigo 191 do Código de Processo Civil é negócio jurídico processual³⁹⁹ *típico e plurilateral*, pois depende da declaração de vontade das partes e do juiz, assim como de eventuais intervenientes⁴⁰⁰ para se aperfeiçoar. Neste caso o juiz, além de controlar a validade do negócio, também formula juízo de oportunidade e conveniência, participando da deliberação em conjunto com as partes e vinculando-se ao que for acordado,

fase de alegações; portanto, o calendário, por um lado não permite sugestões negociais, e, por outro lado, tem sua aplicação limitada à fase sucessiva à determinação da matéria do litígio.

³⁹⁹ Entendendo que o calendário processual não é negócio jurídico, mas “ato conjunto não convencional”, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 70.

⁴⁰⁰ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 51. A respeito da declaração de vontade do juiz, LEONARDO GRECO aduz que ele “se auto-limita no poder de instruir o processo e de movimentar o processo, em benefício de regramento ao qual anui, verificando a sua perfeita consonância com a realização dos escopos do processo” *in* *Convenções processuais versus poderes do juiz... op. cit.*

em inegável autorregramento de seus interesses⁴⁰¹. Assim como nos modelos francês e italiano, os prazos estabelecidos por meio do calendário processual brasileiro somente podem ser modificados em *casos excepcionais*, devidamente justificados (artigo 191, §1º do Código de Processo Civil). Além disso, a fixação do prazo dos atos processuais ou da data de audiência no calendário processual torna dispensável a intimação das partes para a sua prática (artigo 191, §2º do Código de Processo Civil).

O contexto em que o calendário processual foi adotado por nosso ordenamento jurídico é o mesmo que motivou a sua inserção nos ordenamentos francês e italiano: o de busca por celeridade e duração razoável do processo. E sabe-se desde já que o calendário processual pode contribuir enormemente para acelerar a tramitação dos processos, principalmente por causa da dispensa da intimação das partes para a realização de atos e comparecimento em audiências⁴⁰². Todo aquele tempo “morto”, tomado por providências preparatórias à realização válida dos atos processuais, poderá desaparecer ou pelo menos ser drasticamente diminuído. Trata-se do tempo gasto com fila de remessa dos autos à conclusão, aguardo de proferimento de decisão, remessa de decisão à publicação, aguardo de decurso de prazo para manifestação ou interposição de recurso⁴⁰³... Tais atividades tomam do processo um tempo desproporcional em comparação aos demais atos processuais praticados pelas partes. Por isso a dispensa da intimação das partes decorrente do calendário processual é tão importante nesse contexto, que pode ser considerada a sua principal finalidade⁴⁰⁴.

Contudo, para que essa promissora ferramenta a serviço da celeridade efetivamente seja utilizada pelos operadores do direito, deve-se refletir acerca de algumas questões relacionadas ao seu funcionamento. A primeira observação a ser feita nesse sentido é a possibilidade de celebração desse negócio jurídico em qualquer momento do trâmite do processo. Diferentemente do que ocorre na Itália, o legislador brasileiro não vinculou a celebração do calendário apenas à fase instrutória. Contudo, não há dúvida de que sua

⁴⁰¹ Entendendo que se trata de negócio bilateral, pois o juiz não participaria dele como declarante, limitando-se a homologá-lo, COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Calendarização processual in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios Processuais... op. cit., p. 361.*

⁴⁰² Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit., p. 485.*

⁴⁰³ EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA apresenta pesquisa realizada por ANTÔNIO ERNANI PEDROSO CALHAO, a qual aponta que cerca de 70% do tempo do trâmite do processo é consumido por atividades meramente burocráticas *in Calendarização processual... op. cit., p. 356.*

⁴⁰⁴ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293... op. cit., p. 64.*

utilidade será tanto maior quanto antes for celebrado, pois mais atos poderão ser praticados nas datas estabelecidas em conjunto. Por isso, entende-se que o momento mais *adequado* para a celebração do calendário é a fase de organização e saneamento do processo.

Outra questão importante diz respeito à *modificação* dos prazos fixados. A lei dispõe que apenas em “casos excepcionais, devidamente justificados” é possível tal modificação, mas não esclarece quais situações são consideradas *excepcionais*. O Código de Processo Civil dispõe que nas comarcas, seções ou subseções judiciárias onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até dois meses (artigo 222), hipótese que certamente se ajusta à ideia de caso excepcional. Outra disposição que se enquadra no conceito de caso excepcional disposta no Código de Processo Civil é a calamidade pública, que também permite a prorrogação dos prazos (artigo 222, §1º)⁴⁰⁵.

As hipóteses apresentadas, contudo, não esgotam o assunto. Como não há na lei uma lista de situações consideradas excepcionais, o mais importante para aferir-se a possibilidade de modificação dos prazos do calendário será a *justificativa* apresentada pelas partes que pretendem alterar o acordado.

Imagine-se, por exemplo, que as partes, objetivando acelerar ao máximo a tramitação do processo, acordam prazo exíguo para se manifestarem sobre o laudo pericial produzido. Contudo, o laudo entregue é mais complexo e volumoso do que elas inicialmente previram, de forma que manifestam ao juiz sua vontade de prorrogar tal prazo. Concordando também o juiz, não há porque não se proceder à prorrogação, pois apesar de a referida situação não ser inequivocamente excepcional, há *devida justificativa* para tanto.

A possibilidade de modificação dos prazos deve sempre ser interpretada em consonância com o próprio objetivo do calendário processual, que é não apenas tornar o trâmite do processo mais célere, mas também mais adaptado às necessidades das partes⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Na Itália, por exemplo, consideram-se eventos capazes de ensejar a modificação da data de uma audiência fixada no calendário a ausência de uma testemunha e a greve dos funcionários do fórum *in* PICOZZA, Elisa. Il calendario del processo... *op. cit.*

⁴⁰⁶ Sobre a interpretação dos casos excepcionais que ensejam a modificação dos prazos do calendário processual na Itália, ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA aduz que “i ‘gravi motivi sopravvenuti’ debbano essere interpretati in modo coerente all’ esigenza di modellare il rito sulle peculiarità della lite, per cui non riguarderanno soltanto esigenze soggettive del giudice, dei suoi ausiliari o delle parti, bensì anche sviluppi innovativi nel corso dell’istruttoria: ad esempio, il fatto che dalle prove fin lì svolte emerga l’inesistenza dell’*an* e dunque l’inutilità sopravvenuta delle prove sul *quantum*” *in* Il calendario del processo... *op. cit.* (Tradução livre: os “graves motivos supervenientes” devem ser interpretados em consonância com a necessidade de se ajustar o rito às peculiaridades do litígio; assim, não envolvem apenas as necessidades subjetivas do juiz, dos seus auxiliares ou

Havendo devida justificativa, deve-se modificar o prazo. É claro que, nessas hipóteses, a prorrogação deverá ser acordada *antes* do fim do prazo anteriormente estabelecido, aplicando-se ao caso o parágrafo único do artigo 139 do Código de Processo Civil⁴⁰⁷.

Caso não haja modificação do prazo, prevalecerá o que fora estabelecido quando da celebração do calendário. Contudo, o artigo 191 do Código de Processo Civil não dispõe acerca de qualquer *sanção* ao descumprimento do calendário, questão bastante discutida no direito estrangeiro, como visto acima. A lacuna na lei, contudo, é apenas aparente. Isso porque o descumprimento dos prazos processuais, sejam eles legais, judiciais ou convencionais levam sempre à *preclusão*, à perda da faculdade ou do direito processual, extintos pelo não exercício em tempo útil (artigo 223, *caput* do Código de Processo Civil)⁴⁰⁸. No caso do calendário processual não seria diferente. Assim, ressalvada a ocorrência de evento alheio à vontade da parte que a tenha impedido de praticar o ato (artigo 223, §1º do Código de Processo Civil), operar-se-á, no caso de descumprimento do prazo disposto no calendário, a preclusão. Não se descarta, ainda, a condenação da parte inadimplente ao pagamento de *multa* processual, se o descumprimento do prazo acordado ensejar também alguma das condutas dispostas no artigo 80 do Código de Processo Civil.

Caso o perito descumpra sem motivo legítimo o prazo estabelecido no calendário processual, estará sujeito às sanções dispostas no artigo 468, II e parágrafos do Código de Processo Civil. Assim, poderá ser substituído, condenado ao pagamento de multa, sofrer eventual responsabilização da corporação profissional a que pertença, e, se substituído, ainda deverá restituir os valores recebidos pelo trabalho não realizado, sob pena de ficar impedido de atuar como perito por até cinco anos.

Já no caso de o juiz descumprir injustificadamente prazo estabelecido no calendário, não há qualquer disposição na lei que lhe imponha sanção, pois seus prazos são sempre considerados *impróprios*. Contudo, é possível sua responsabilização disciplinar, caso o corregedor do tribunal ou o Conselho Nacional de Justiça, julgue procedente procedimento

das partes, mas também as inovações surgidas ao longo da instrução: por exemplo, o fato de que a prova até então produzida demonstre a inexistência do *an [debeatur]* e, assim, torne a prova que tem por objeto o *quantum [debeatur]* inútil de forma superveniente).

⁴⁰⁷ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 53.

⁴⁰⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 537.

para apuração da responsabilidade eventualmente instaurado por iniciativa das partes (artigo 235 do Código de Processo Civil).

Por fim, questão que recentemente vem sendo bastante debatida pela doutrina brasileira diz respeito à compatibilidade entre a fixação em calendário de data para que a sentença seja proferida e a ordem cronológica de julgamento estabelecida pelo artigo 12 do Código de Processo Civil. O problema se relaciona à impossibilidade de a fixação de data para que a sentença seja proferida desrespeite a lista de processos aptos a serem julgados, que é formada por ordem cronológica de conclusão, de forma que processos mais recentes sejam julgados antes do que os mais antigos⁴⁰⁹.

Alguns autores sugerem a possibilidade de, no calendário, acordar-se que a sentença seja proferida em *audiência*, já que, dessa forma, escaparia à regra da observância da ordem cronológica de conclusão (artigo 12, §2º, I do Código de Processo Civil)⁴¹⁰. Contudo, apesar de possível, essa solução certamente não seria *viável*, pois sabe-se que, na prática, a pauta de audiências de nossos tribunais é bastante congestionada, fato que deverá agravar-se na vigência do novo Código de Processo Civil, que dispõe sobre a possibilidade de realização de audiências de conciliação e mediação, de saneamento e organização do processo, e de instrução e julgamento.

Negar-se completamente a possibilidade de fixação da data em que a sentença será proferida também não é a solução mais adequada. Sabe-se que a redação original do artigo 12 do Código de Processo Civil de 2015 dispunha que os juízes “deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão” para proferir a sentença. Tal dispositivo, contudo, foi alterado antes mesmo de o Código entrar em vigência, pela Lei n. 13.256/2016, passando a dispor que os juízes “atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão” para proferir

⁴⁰⁹ FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA apresenta o problema da seguinte forma: “enquanto os processos dotados de calendário processual anteverão a data de prolação de sentença, o mesmo não ocorrerá em relação aos demais. Surge, então, a dúvida sobre como processos sujeitos a regimes distintos podem ter sua tutela jurisdicional orientada e afetada pela mesma lista de julgamentos em ordem cronológica” *in* O julgamento em ordem cronológica e a aplicação do calendário processual no novo CPC: aspectos de direito intertemporal *in* YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). *Direito intertemporal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 257.

⁴¹⁰ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 707; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293...* *op. cit.*, p. 66. O último autor considera, contudo, que a estipulação de que a sentença seja proferida em audiência poderia ser considerada fraude à lei e, portanto, entende não ser a solução mais adequada.

sentença. Percebe-se claramente que o dever de obediência à ordem cronológica foi atenuado, o respeito à ordem cronológica é apenas *preferencial*.

Diante de tudo isso, os interesses das partes que pretendem fixar a data de julgamento de sua demanda poderiam ser conciliados com os interesses daqueles jurisdicionados que já aguardam julgamento em lista por meio da fixação da data de *conclusão* dos autos. Assim, além dos atos instrutórios, manifestações das partes e eventuais audiências, as partes poderiam acordar que os autos deveriam ser conclusos até determinada data e, a partir de então, seguiriam a ordem cronológica de conclusão para que a sentença fosse proferida. Como tal lista está sempre à disposição das partes em cartório e na rede mundial de computadores (artigo 12, §1º do Código de Processo Civil), mantém-se, ainda que de forma atenuada, a previsibilidade de quando a sentença será proferida.

3.10 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Convenção de arbitragem é negócio jurídico *processual* celebrado entre dois ou mais sujeitos (*bilateral*) que tem por principal objeto a exclusão da jurisdição estatal em benefício da arbitral para a resolução de conflitos entre eles⁴¹¹. Caso celebrada *antes* de instaurada a litigiosidade entre as partes, em contrato que se destina a regular as suas relações comerciais, empresariais, laborais, *etc.*, será chamada *cláusula compromissória* (artigo 4º da Lei de Arbitragem); se depois, será denominada *compromisso arbitral* (artigo 9º da Lei de Arbitragem).

Como visto no capítulo dedicado ao histórico dos negócios processuais na legislação brasileira, a convenção de arbitragem desde a época das Ordenações do Reino era autorizada e regulada pela lei. Apesar disso, até muito recentemente costumava ser pouquíssimo utilizada. Logo no início da independência política de nosso país, o decreto n. 3.900/1867 dispunha que a cláusula compromissória valeria apenas como um contrato preliminar, desprovido, por si só, de força legal suficiente para instituir a arbitragem, devendo ser confirmado após a concretização do litígio⁴¹². Após, não se registrou qualquer evolução nesse

⁴¹¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73.

⁴¹² Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos especiais – vol. II*, 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 566.

setor durante mais de um século: o Código de Processo Civil de 1973, além de nenhuma referência fazer à cláusula compromissória, exigia a homologação judicial do laudo arbitral.

Diante do atraso de sua legislação em relação à dos demais países, e, ao mesmo tempo, assumindo compromissos internacionais de viabilizar o juízo arbitral⁴¹³, o governo federal promulgou em 1996 a Lei n. 9.307, que foi responsável pela expansão do uso da arbitragem como técnica para a solução de controvérsias e pela consolidação da eficácia da cláusula compromissória. Não há dúvida de que o sucesso na aplicação da nova Lei de Arbitragem influenciou grandemente o debate acerca da negociação e da contratualização no âmbito do processual, abrindo portas para que tais fenômenos também passassem a ser pensados em relação ao processo judicial e se desenvolvessem ideias sobre os demais negócios jurídicos processuais⁴¹⁴.

O regramento jurídico da convenção de arbitragem é bastante específico, já que disposto em lei própria e, por esse motivo, diverso do regramento geral dos negócios processuais aplicáveis ao processo judicial. Pode-se dizer que na arbitragem há maior liberdade negocial, principalmente em relação ao objeto do negócio processual, devendo-se ressaltar a possibilidade (a) de escolha das regras de direito que serão aplicadas na arbitragem; (b) do julgamento por equidade do mérito da causa; e (c) de escolha de idioma estrangeiro para a realização dos atos processuais. Além disso, (d) só podem se valer do juízo arbitral pessoas capazes de contratar, (e) só se admitem litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis e (f) a cláusula compromissória deve necessariamente ser escrita.

Ressalte-se que as normas *procedimentais* também poderão ser objeto de convenção entre as partes. Além disso, durante o desenvolvimento da arbitragem, as partes igualmente poderão celebrar negócios processuais que tenham por objeto o próprio procedimento por elas escolhido ou, ainda, situações jurídicas das quais sejam titulares. Caso haja desistência do prosseguimento do processo arbitral, aplica-se também nesse âmbito a necessidade de

⁴¹³ Cf. *ibidem*.

⁴¹⁴ Cf. MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 530. A esse respeito, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA esclarece que “essas mudanças legislativas impulsionaram a arbitragem no Brasil, sendo nítida a relação do tema com o desenvolvimento de uma teoria dos negócios processuais. A ideia da cooperação e das recíprocas influências entre as partes e juiz também contribuíram para o desenvolvimento de uma teoria dos negócios processuais” in *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro* in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 47.

concordância do réu e de homologação pelo árbitro (artigos 200, parágrafo único, e 485, §4º do Código de Processo Civil)⁴¹⁵. Por outro lado, caso as partes convençionem suspender o processo arbitral, não se aplica a limitação temporal de seis meses disposta no artigo 313, §4º do Código de Processo Civil, sendo necessário apenas que se prorogue o prazo convençionado para que os árbitros apresentem a sentença arbitral⁴¹⁶.

Sabe-se que, apesar de toda a flexibilidade procedimental que a arbitragem confere às partes, ela não atende às necessidades de todos os indivíduos. Seja porque não se aplica a todos os tipos de litígio, seja porque tem o custo muito alto, esse meio alternativo de resolução de conflitos não é acessível a todos. E é justamente por isso que a autorização para a celebração de negócios jurídicos processuais no âmbito do processo estatal torna-se tão importante. Ora, até os dias atuais, os indivíduos que, de alguma forma, pretendessem adaptar o procedimento às suas necessidades deveriam ou recorrer à arbitragem – que se sabe estar fora do alcance da maior parte da população brasileira –, ou conformar-se com as hipóteses típicas de negociação que o Código de Processo Civil de 1973 apresentava.

A possibilidade de adaptar também o processo judicial de forma atípica faz com que os negócios processuais se tornem uma “terceira via de acesso à justiça”. Trata-se de expressão apresentada por ANTONIO DO PASSO CABRAL para designar a função desempenhada pelos negócios jurídicos processuais, no sentido de permitir “que o processo judicial volte a ser um instrumento atrativo e eficiente de solução de controvérsias em inúmeros casos em que os litigantes talvez não quisessem optar pelo procedimento padronizado, ordinarizado, rígido, e tampouco fosse possível ou adequada a arbitragem”⁴¹⁷.

É por isso que a possibilidade de celebração de negócios processuais no processo estatal não diminuirá a importância e a aplicabilidade da arbitragem. As pessoas que já costumam usar a arbitragem para solucionar seus litígios certamente o continuarão fazendo, pois a liberdade de conformação permitida pela lei arbitral é absolutamente superior àquela

⁴¹⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 114.

⁴¹⁶ Cf. *ibidem*, p. 167.

⁴¹⁷ *Convenções processuais... op. cit.*, p. 209. DIOGO ASSUMPCÃO REZENDE DE ALMEIDA, no mesmo sentido, ressalta “em que pese suas virtudes, a arbitragem nem sempre é o método impositivo de solução de conflitos mais atrativo para as partes. O que se percebe, porém, é a possibilidade de submissão do litígio ao Poder Judiciário, mas com adaptações procedimentais que tornem a jurisdição tão ou mais atrativa do que a arbitragem. Vale dizer, a possibilidade dessa liberdade contratual também no método oferecido pelo Estado. E a forma encontrada é a convenção relativa ao processo e ao procedimento” in *Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 105.

presente no processo judicial. Os negócios processuais passam a ser aceitos em nosso ordenamento para suprir a carência de adaptabilidade procedimental acima referida, não havendo falar em substituição de um instituto por outro.

3.11 SUCESSÃO VOLUNTÁRIA DO ALIENANTE DA COISA LITIGIOSA

A legitimidade das partes não é alterada pela alienação da coisa ou do direito litigioso, podendo o alienante permanecer como parte no processo, em substituição do adquirente ou cessionário (artigo 109 do Código de Processo Civil)⁴¹⁸. Contudo, é possível também que o novo titular daquele direito ou bem alienado ingresse como parte no processo sucedendo o alienante, mas, nesse caso, será necessária a aceitação da parte contrária para que se opere a sucessão (§1º do artigo 109).

A redação de tal dispositivo, que já integrava o Código de Processo Civil de 1973 (artigo 42, §1º) foi aperfeiçoada no Código de Processo Civil de 2015: antes, dispunha-se que o adquirente ou cessionário ingressaria em juízo *substituindo* o alienante, quando se sabe que, caso se torne parte, o adquirente ou cessionário o terá *sucedido*, como consta no novo diploma. Substituição e sucessão não se confundem, já que no primeiro caso a lei autoriza que a parte defenda em nome próprio direito alheio, e, no segundo, uma parte dá lugar a outra no processo⁴¹⁹. Portanto, apreciável a alteração redacional empreendida pelo legislador de 2015.

A aceitação da sucessão da parte alienante é negócio jurídico *bilateral*⁴²⁰, já que se perfaz por meio da manifestação de vontade do adquirente do bem ou direito litigioso para

⁴¹⁸ Conforme explica CLITO FERNANDES JÚNIOR, “Na medida em que ocorra a transferência do objeto mediato do processo, e sem que ocorra a sucessão no processo, dá-se o fenômeno da substituição processual, passando o alienante a postular em juízo sobre direitos alheios (art. 6.º do CPC (LGL\1973\5)). Ao adquirente dos bens ou do direito litigioso é dado ingressar no processo, desde logo, na qualidade de assistente litisconsorcial do alienante, pois a partir da aquisição passa a ter relação jurídica com o ex adverso do assistido, no caso do alienante. 31 O seu ingresso no processo, nesta qualidade, apenas lhe possibilitará contribuir na defesa de seus direitos, que agora se encontram defendidos por quem os alienou. No entanto, o adquirente será atingido pela decisão quer ingresse no processo, quer não.” *In Sucessão processual, Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, p. 52-61, out-dez/1981.

⁴¹⁹ Cf. BENEDUZI, Renato Resende. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 2: artigos 70 ao 187*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 187-188.

⁴²⁰ De forma diversa, entendendo tratar-se de negócio jurídico *plurilateral*, RENATO RESENDE BENEDUZI argumenta que no caso “concorrem três manifestações de vontade. Mas não é apenas ao adversário do alienante que se permite recusar a sucessão, como poderia sugerir à primeira vista a redação do §1º. Também o alienante

suceder o alienante e da parte contrária no sentido de aceitar a sucessão. Perceba-se que a vontade da parte contrária é determinante: pretendendo o adquirente integrar o processo, é a vontade da parte contrária que prevalecerá sempre. Não se desconsidera a possibilidade de alienante e adquirente terem convencionado a sucessão processual quando da alienação da coisa ou do direito litigioso, mas isso diz respeito unicamente a eles, não sendo oponível à parte contrária.

Não há forma prescrita para o negócio ora analisado, sendo certamente mais comum que a parte manifeste sua aceitação por meio de petição nos autos do processo. Ademais, não é necessária homologação para que produza efeitos, de forma que desde que manifestada a vontade da parte contrária o adquirente deve ser considerado parte no em sucessão ao alienante no processo.

3.12 ESCOLHA CONSENSUAL DO CONCILIADOR OU MEDIADOR

O Código de Processo Civil de 2015 incentiva fortemente as soluções consensuais, dispondo que o Estado deverá promovê-las sempre que possível e que a conciliação e a mediação, além de outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e advogados (artigo 3º do Código de Processo Civil). Mais adiante, o Código dispõe que as partes podem convencionar a escolha do conciliador, do mediador ou da câmara privada de conciliação e de mediação que as presidirá (artigo 168 do Código de Processo Civil).

Aliás, as partes são livres não apenas para escolher conciliadores e mediadores, mas também as regras procedimentais que regerão a mediação ou a conciliação (artigo 166, §4º do Código de Processo Civil). Subsidiariamente, caso as partes não escolham em conjunto o conciliador ou mediador, o caso será distribuído entre os profissionais previamente cadastrados no tribunal (artigo 168, §2º do Código de Processo Civil).

Trata-se de negócio jurídico processual *bilateral*, já que se exige a manifestação de vontade de ambas as partes (plenamente capazes) para a escolha do conciliador ou mediador e a causa em questão, por óbvio, deve poder ser resolvida por autocomposição. Além disso,

não está *obrigado* a concordar com ela. Se preferir, poderá optar por continuar litigando na qualidade de substituto processual do adquirente. Por exemplo, se acreditar que está em melhores condições de fazê-lo do que ele” *in ibidem*, p. 189.

não é necessária homologação da convenção de escolha do mediador ou conciliador, mas caso a conciliação seja bem sucedida, o ato de autocomposição deverá ser homologado pelo juiz para que possa extinguir o processo, valer como título executivo e adquirir a autoridade da coisa julgada⁴²¹.

3.13 LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO CONVENCIONAL

Como se sabe, quando a sentença condena a parte ao pagamento de quantia ilíquida, é possível que o *quantum debeatur* seja determinado por um perito quando assim for estipulado pela sentença, quando a natureza do objeto da liquidação o exigir ou, quando as partes celebrarem convenção nesse sentido (artigo 509, I do Código de Processo Civil). Não se trata de hipótese nova de convenção processual em nosso ordenamento, já que o Código de 1939 (artigo 909, I) e o Código de 1973 (artigo 475-C) dispunham de forma quase idêntica acerca do tema.

Esse negócio jurídico processual se submete aos requisitos dispostos no artigo 190 do Código de Processo Civil e pode ser celebrado tanto antes quanto depois de a sentença ser proferida⁴²². Aliás, caso celebrado antes, pode ser inserido em cláusula penal compensatória para que eventual indenização por inexecução ou descumprimento de contrato seja fixada por perito em liquidação prévia à execução⁴²³. O *expert* pode ser indicado pelo juiz, mas também pelas partes, aplicando-se integralmente ao caso o artigo 471 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a escolha consensual de perito. Após, o procedimento desse tipo de liquidação é breve e muito parecido com qualquer prova pericial que se realize em juízo, culminando na decisão do juiz que finalmente dará início ao cumprimento de sentença.

Por fim, ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça atualmente entende que, nas hipóteses em que a liquidação por arbitramento é determinada pela sentença, caso posteriormente se constate ser desnecessária ou inadequada a realização de prova pericial,

⁴²¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 8 ed... *op. cit.*, p. 495.

⁴²² Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I...* *op. cit.*, p. 1.176. O autor apresenta como exemplos de arbitramento: “estimativa de desvalorização de veículos acidentados, de lucros cessantes por inatividade de pessoa ou serviço, de perda parcial da capacidade laborativa etc.”.

⁴²³ Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da execução...* *op. cit.*, p. 443.

é possível alterar esse comando⁴²⁴. Tal entendimento, contudo, não se aplica ao arbitramento convencionado pelas partes: o juiz fica vinculado à vontade delas, devendo proceder à liquidação por arbitramento mesmo que entenda não ser necessária. Por outro lado, nada impede que as próprias partes revoguem tal convenção, desde que o façam em conjunto. Como ocorre em qualquer negócio jurídico bilateral, não é possível a revogação por meio da manifestação de vontade de apenas uma das partes.

3.14 ACORDO PARA A RESTAURAÇÃO DE AUTOS

O incidente de restauração de autos tem por objeto a restauração ou a recomposição total ou parcial de autos desaparecidos, para que o processo possa retomar o seu trâmite. Pode ser promovido por qualquer uma das partes, pelo juiz, de ofício, ou pelo Ministério Público (artigo 712 do Código de Processo Civil) e não tem objeto litigioso próprio, não correspondendo ao exercício de verdadeira demanda⁴²⁵. Nesse contexto, após apresentada a petição inicial por um dos legitimados acima referidos, as demais partes serão citadas para responder ao requerimento de restauração, ocasião na qual podem simplesmente concordar com o pedido, lavrando-se auto que, após assinado pelas partes e homologado pelo juiz, suprirá o processo desaparecido (artigo 714, §1º do Código de Processo Civil).

A concordância das partes quanto à restauração representa sua *adesão ao pedido*, que, por sua vez, tem objeto precipuamente *processual*, de forma que não há dúvida da configuração do incidente como negócio jurídico processual. A esse respeito, HEITOR SICA aduz que “como se trata de autocomposição relativa à matéria processual, pode-se reconhecer aqui uma modalidade típica de convenção processual, presente antes mesmo do CPC/2015, o qual inovou apenas ao sujeitar tal negócio ao controle do juiz por força do seu art. 190, parágrafo único”⁴²⁶. O negócio será bilateral, pois deverão concordar sempre as partes originárias da demanda, seja quando uma delas dá início ao incidente, seja quando ambas concordam com a restauração iniciada pelo juiz ou Ministério Público. A forma escrita é obrigatória e o acordo deverá ser homologado pelo juiz para produzir efeitos.

⁴²⁴ A súmula n. 344 daquela Colenda Corte assim dispõe: “A liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada”.

⁴²⁵ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 10: artigos 674 ao 718. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 193.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 205.

3.15 PACTO DE IMPENHORABILIDADE

De acordo com a lição de PONTES DE MIRANDA, impenhoráveis “são os bens de que se retirou ao Estado o poder de execução forçada, isto é, o poder de restringir a eficácia do poder de disposição, se o há”⁴²⁷. Além das hipóteses de impenhorabilidade dispostas em lei, é possível também que as partes excluam previamente determinado bem de eventual execução que tome lugar entre elas. A impenhorabilidade convencional já era disposta no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 649, I, cuja redação era quase idêntica ao artigo 833, I do Código de 2015.

Trata-se de negócio processual *bilateral*, já que a declaração de impenhorabilidade depende da aceitação da parte que não poderá penhorar o bem em futura execução. Além disso, o ajuste se submete aos requisitos dispostos no artigo 190 do Código de Processo Civil e não precisa ser homologado pelo juiz para produzir efeitos. Desde quando celebrado, o negócio jurídico já impede que se promova a penhora do bem escolhido, o que deve ser considerado pelo juiz durante a promoção dos atos executórios. É importante ressaltar que tal pacto torna o bem *relativamente* impenhorável, já que somente será oponível às pessoas que participaram daquele determinado ajuste e não a outras⁴²⁸. Tal conclusão é reforçada pela nova redação do *caput* do dispositivo estudado, que teve a palavra *absolutamente* suprimida⁴²⁹.

3.16 ACORDO SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DE UNIVERSALIDADE PENHORADA

Com o objetivo de manter a atividade e evitar a deterioração de estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, de edifícios em construção e garantir a subsistência de semoventes, o Código de Processo Civil dispõe que tais bens serão penhorados de forma

⁴²⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X (arts. 612-735)... op. cit.*, p. 181.

⁴²⁸ Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da execução... op. cit.*, p. 338.

⁴²⁹ O *caput* do artigo 649 do Código de 1973 era redigido da seguinte forma: “são absolutamente impenhoráveis: (...)”. Já o *caput* do artigo 833 do Código em vigor possui a seguinte redação: “são impenhoráveis: (...)”. Discorrendo sobre a alteração redacional do dispositivo ora analisado, MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil... op. cit.*, p. 564.

universal (artigo 862). Isso significa que as coisas reunidas com uma destinação unitária serão assim mantidas, não se penhorando cada uma delas separadamente. Diante dessa peculiaridade, recaindo a penhora sobre esses bens, é necessária a nomeação de um depositário-administrador e o desenvolvimento de um plano de administração, providências que podem ser tomadas pelo juiz ou pelas partes, em comum acordo, conforme autoriza o §2º do artigo acima mencionado.

A possibilidade de as partes planejarem por meio de convenção a administração do estabelecimento penhorado e escolherem o depositário-administrador já estava presente tanto no Código de Processo Civil de 1939 (artigo 954) quanto no de 1973 (artigo 677, §2º), mantendo-se, em linhas gerais, a mesma redação desses dispositivos no diploma atualmente vigente. Trata-se de negócio jurídico bilateral, pois depende da manifestação de vontade do exequente e do executado, sendo certo que a função do juiz é meramente homologatória: “íntegra a forma, sem ser elemento necessário, tanto que os efeitos são desde o ajuste, e não desde a homologação”⁴³⁰.

Nada impede também que o juiz, valendo-se da prerrogativa disposta no artigo 772, I do Código de Processo Civil convoque as partes, o atual gestor do estabelecimento e o administrador que as partes pretendem indicar para, em conjunto, ser desenhado o plano de administração⁴³¹. De acordo com ARAKEN DE ASSIS, “tal plano, ponderados as circunstâncias do mercado e o estado atual da empresa, traçará grandes diretrizes, as linhas gerais estimadas idôneas para extrair do estabelecimento sua maior produtividade”⁴³². Homologado o plano pelo juiz, é possível a destituição do administrador-depositário, caso ele viole algum dos deveres do depósito judicial ou atue com abuso de poderes, desonestidade ou não obtenha êxito na administração⁴³³. É possível também haver mudanças no plano diante do surgimento de novas situações ao longo da administração judicial⁴³⁴.

⁴³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X (arts. 612-735)... op. cit.*, p. 330. Para o autor, que reconhece a natureza de negócio jurídico ao plano desenvolvido pelas partes, a determinação da forma de administração pelo juiz só é *subsidiária*, ou seja, deve tomar lugar apenas quando não haja acordo entre as partes.

⁴³¹ Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da execução... op. cit.*, p. 987.

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ Cf. *ibidem*, p. 988.

⁴³⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X (arts. 612-735)... op. cit.*, p. 331.

3.17 FALSOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Conforme definição apresentada no primeiro capítulo desta dissertação, *negócio jurídico processual* é todo fato jurídico consistente em manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico atribua os efeitos *processuais* designados pelas partes como queridos e que tenha por objeto ônus, poderes, faculdades ou deveres *processuais* das partes. Portanto, para ser considerado negócio jurídico *processual* o ato deve ter por objeto o procedimento ou alguma situação jurídica *processual*, não bastando apenas produzir efeitos no processo, pois há diversos atos de direito material praticados durante o processo que igualmente possuem influência sobre ele, mas que não podem ser considerados negócios processuais apenas por esse motivo.

No caso da transação ou do reconhecimento do pedido, por exemplo, não há dúvida de que tais atos terão efeitos processuais, inclusive para extinguir o processo. Contudo, não têm por *objeto* procedimento, ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais, mas sim o próprio objeto litigioso. Os efeitos processuais são indiretos, apenas consequência do negócio privado celebrado pelas partes. Conforme explica PONTES DE MIRANDA, “as declarações de vontade dispositiva são, no direito processual, as declarações de vontade que dispõem da ação, no sentido processual, ou no sentido material (*pacto de non petendo*), desde que influa no processo, ou que dispõem de alguma situação jurídica processual, como de prazo, ou de vez, nos turnos ou escalas”. E complementa, ressaltando que “não tem caráter processual o ato de direito material praticado *durante* o processo, ou *dentro* de algum ato processual, ou revestido (e.g., ‘homologado’) de ato processual”⁴³⁵.

Por outro lado, há atos processuais cuja realização necessita da concordância das partes, mas que também não correspondem a negócios jurídicos processuais, pois não há manifestações de vontade reciprocamente dirigidas com o objetivo de estipular mudanças no procedimento ou em situações jurídicas processuais. A manifestação das partes, nesses casos, atua apenas como pressuposto da decisão do juiz⁴³⁶ e se baseia na colaboração processual, inexistindo vontade negocial.

⁴³⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 154-281)... op. cit.*, p. 26.

⁴³⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual... op. cit.*

GIUSEPPE CHIOVENDA já apresentava a diferenciação entre *negozi giuridici processuali* e *provvedimenti del giudice subordinati alla concorde volontà delle parti*. Conforme explica o autor, o acordo, no segundo caso, não tem o mesmo objeto que o primeiro, que é a regulação pelas partes da sua relação processual, mas configura-se, na verdade, como pressuposto de um provimento judicial. O concurso de vontades coincidentes das partes tem importância apenas no momento em que é proferida a decisão judicial⁴³⁷.

Mais atualmente, também ANTONIO DO PASSO CABRAL apresenta essa diferenciação:

Os atos processuais conjuntos (que normalmente são requerimentos), diferem-se frontalmente das convenções processuais porque são atos estimulantes (postulativos ou indutivos), que não atingem por si só uma situação processual e que têm seus efeitos produzidos somente após a decisão judicial. Nos requerimentos conjuntos, não há vínculo contratual ou convencional, mas apenas exercício de situações processuais unilaterais.⁴³⁸

A importância da diferenciação proposta reside, inicialmente, na determinação do regime jurídico que incidirá sobre o ato. No exemplo da transação, por tratar-se de negócio jurídico de direito material, antes mesmo de ser homologada pelo juiz já será contrato plenamente eficaz entre as partes e, portanto, irrevogável, pois “os efeitos de direito material, entre as partes, surgem antes da sentença”⁴³⁹.

Além disso, também a caracterização dos atos das partes como meramente concordantes tem consequência direta sobre a possibilidade de sua revogação. Caso se trate de convenção, desde a sua formação não será possível a revogação unilateral, excetuando-se os casos em que as partes ou a lei o autorizarem. Contudo, tratando-se de atos concordantes, será possível a revogação unilateral do ato pela parte até o pronunciamento judicial⁴⁴⁰.

⁴³⁷ *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*. Ristampa. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1980, p. 739 (Tradução livre do trecho apresentado: o pressuposto de um provimento judicial, o concurso de duas vontades coincidentes relativamente à atividade do magistrado).

⁴³⁸ *Convenções processuais... op. cit.*, p. 69. Em sentido contrário, entendendo não haver diferença entre negócios processuais e declarações concordantes, ARAKEN DE ASSIS aduz que “a duplicidade de declarações de vontade tomadas separada e sucessivamente destinam-se a produzir o mesmo efeito jurídico. O réu que consente com a desistência da ação, o que não constituirá óbice para renová-la mais adiante, tem a mesma intenção do autor. Logo, há negócio jurídico processual” in *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I... op. cit.*, p. 1.276.

⁴³⁹ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial... op. cit.*, p. 57.

⁴⁴⁰ “Outra consequência importante da diferença entre atos conjuntos e convenções processuais diz respeito à sua revogação. Para as convenções, como regra não é possível haver revogação unilateral, salvo se houver previsão na própria avença. Já no ato conjunto, pode haver revogação unilateral de cada uma das manifestações de vontade, desde que a revogação seja empreendida até a decisão do juiz a seu respeito, momento em que a manifestação de vontade primitiva chega até o sujeito condicionado pelo contraditório” in *Convenções processuais... op. cit.*, p. 71.

A seguir apresentam-se atos jurídicos dispostos no Código de Processo Civil a que comumente se atribuiu a natureza de negócios jurídicos processuais. Tratam-se, contudo, de *falsos* negócios jurídicos processuais, pois representam na verdade negócios jurídicos privados, atos concordantes das partes, ou ainda, atos de comunicação de conhecimento de fato.

3.17.1 CISÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Caso não seja possível concluir a audiência de instrução e julgamento na mesma sessão devido à ausência de perito ou testemunha, é possível a sua cisão, desde que haja *concordância* entre as partes (artigo 365 do Código de Processo Civil), exigência inexistente no Código de Processo Civil de 1973 (artigo 455). Contudo, deve-se chamar atenção para o fato de que, nesse caso, a manifestação de vontade de cada uma das partes não é reciprocamente direcionada: a sua concordância é dirigida ao juiz e constitui apenas um dos elementos necessários para a decisão judicial e é esta que produzirá efeitos. Trata-se de *declarações concordantes das partes*⁴⁴¹, em que a decisão cabe ao juiz. A esse respeito, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ressalta que “não havendo consenso entre os litigantes, se o juiz vislumbrar comportamento voltado a procrastinar a marcha do processo, sem que haja ponderação razoável de uma das partes, deverá intervir para evitar o adiamento da audiência”⁴⁴².

3.17.2 ALTERAÇÃO DA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS

O Código de Processo Civil dispõe que, durante a produção de prova testemunhal, serão ouvidas primeiramente as testemunhas arroladas pelo autor e depois as pelo réu (artigo 456). Contudo, é possível que tal ordem seja alterada pelo juiz *se as partes concordarem* (parágrafo único do artigo 456). Também nessa hipótese não se está diante de

⁴⁴¹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual... *op. cit.*

⁴⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. VII (arts. 318 a 368)*... *op. cit.*, p. 343.

negócio jurídico processual, mas sim de atos *concordantes das partes*, já que a concordância manifestada por cada uma das partes atua de forma unilateral, direcionada ao juiz como mero pressuposto para a sua decisão, a qual efetivamente aperfeiçoa o ato.

3.17.3 RETIRADA DOS AUTOS DE DOCUMENTO OBJETO DE ARGUIÇÃO DE FALSIDADE

Sabe-se que a falsidade de um determinado documento juntado ao processo em trâmite pode ser arguida a qualquer tempo, por meio da propositura de incidente de arguição de falsidade. Intimada a parte que produziu o documento cuja falsidade se afirma, pode ela *a) insistir na validade do documento, respondendo às alegações do requerente da arguição ou b) concordar em retirar o documento dos autos*, caso em que o incidente se extingue (artigo 432, parágrafo único do Código de Processo Civil).

Ora, a possibilidade de o intimado simplesmente retirar o documento dos autos, pondo fim ao incidente já era disposta no Código de Processo Civil de 1973 (artigo 392, parágrafo único). Exigia-se, contudo, que a parte que produziu o documento concordasse em retirá-lo e, concomitantemente, a parte contrária não se opusesse ao desentranhamento. Esta última exigência foi suprimida no Código de Processo Civil de 2015, exigindo-se atualmente *apenas* a concordância da parte que produziu o documento em retirá-lo para que o incidente se encerre⁴⁴³. A concordância a que a lei faz referência não perfaz negócio jurídico processual, mas mero pressuposto para que não haja exame pericial. Trata-se, novamente, de ato concordante da parte, que dirige sua manifestação de vontade ao juiz com o intuito de

⁴⁴³ Não se pode concordar com LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, para quem “embora o Código atual não repita essa exigência textualmente, é evidente que a mesma regra continua incidindo. O princípio da comunhão da prova indiscutivelmente incidirá aqui, de modo que, anexada uma prova aos autos, ela deixa de ser da parte que a juntou, tornando-se prova do processo. Por isso, é evidente que a manifestação do requerente da arguição (no sentido de se opor à retirada da prova) faz com que não tenha incidência o art. 432, parágrafo único, exigindo, por conseguinte, decisão judicial a respeito da falsidade” *in Comentários ao Código de Processo Civil, v. 7: artigos 381 ao 484*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 380. Ora, se o legislador suprimiu da redação do atual Código a necessidade de concordância da parte que propôs a arguição de falsidade é porque ela não é mais necessária, de forma que não se pode continuar aplicando uma lei revogada. Além disso, a supressão da concordância do autor da arguição se coaduna com a celeridade e a simplificação que o Código busca aplicar em todas as fases e procedimentos do processo. A retirada do documento torna desnecessária a realização de perícia e faz a discussão perder o objeto, prosseguindo o processo principal rumo ao seu desfecho.

cooperar com a rápida resolução do incidente e só assume relevância no momento em que o juiz decide extinguir a arguição.

3.17.4 CONFISSÃO

A natureza jurídica do instituto da confissão foi objeto de inúmeras teorias ao longo da história⁴⁴⁴, tendo a teoria do *negócio jurídico* encontrado muitos adeptos em nosso país, principalmente durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939 e do Código de Processo Civil de 1973⁴⁴⁵. O Código de Processo Civil de 2015, à semelhança dos anteriores, manteve a confissão no capítulo destinado ao regramento das provas (capítulo XII) e continuou aplicando-lhe causas de anulabilidade iguais às dos negócios jurídicos – erro de fato ou coação (artigo 393 do Código de Processo Civil e 214 do Código Civil).

Apesar disso, deve-se esclarecer que a confissão não é nem meio de prova nem negócio jurídico. Trata-se de *declaração de conhecimento de fato*; seu conteúdo é típico de declaração de ciência, que poderá influenciar o convencimento do juiz, mas que será analisada em conjunto com as provas constantes dos autos e poderá até mesmo deixar de ser considerada por ele⁴⁴⁶. Conforme explica ARAKEN DE ASSIS, “quem confessa declara que é verdade, e, não, o que seja verdade. A declaração de quem confessa tampouco manifesta vontade em sentido técnico”, pois “ficariam sem explicação os casos em que a declaração

⁴⁴⁴ Cf. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)*... *op. cit.*, p. 555.

⁴⁴⁵ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO considerava que “a confissão, por natureza, é antes meio de prova que negócio jurídico (...); entretanto, considerando-se que, pelo art. 285 do Código de Processo Civil, do próprio mandado de citação, deverá constar que, não sendo contestada a ação, presumir-se-ão aceitos pelo réu como verdadeiros os fatos articulados pelo autor, a *confissão por revelia* dificilmente poderá deixar de ser vista, social e juridicamente, como uma omissão destinada a produzir efeitos jurídicos (logo, negócio jurídico com forma omissiva). Não é de se admirar, aliás, que, justamente por ser a confissão, algumas vezes, negócio jurídico, apliquem-se a ela regras sobre requisitos de validade do negócio, como regras sobre legitimidade (art. 350, parágrafo único, do CPC), defeitos na formação da vontade (erro, dolo, coação – art. 352 do CPC), licitude de objeto (art. 351 do CPC) etc.” in *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*... *op. cit.*, p. 128.

⁴⁴⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 660.

confessória da parte seja inverídica”⁴⁴⁷. Resta claro, portanto, que também a confissão não pode ser considerada negócio jurídico processual⁴⁴⁸.

3.17.5 TRANSAÇÃO, RECONHECIMENTO DO PEDIDO E RENÚNCIA À PRETENSÃO

O litígio entre as partes pode ser extinto *com julgamento do mérito* não apenas quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor ou do réu reconvinente, mas também quando as partes atingem solução consensual por meio de transação, reconhecimento do pedido ou renúncia à sua pretensão (artigo 487, III, *a*, *b* e *c* do Código de Processo Civil). Não há dúvida de que tais institutos configuram *negócios jurídicos*: a *transação* é negócio jurídico bilateral por meio do qual as partes previnem ou terminam litígio mediante concessões mútuas (artigo 840 do Código Civil); o *reconhecimento do pedido* é negócio jurídico unilateral em que o réu adere à pretensão do autor, ou seja, concorda com os efeitos jurídicos pretendidos pelo autor⁴⁴⁹; e a *renúncia à pretensão*, por sua vez, é o exato oposto do reconhecimento do pedido; trata-se de negócio jurídico também unilateral por meio do qual o autor reconhece que sua pretensão não é conforme ao direito, abrindo mão dela.

É fácil perceber que o objeto de tais negócios será sempre o próprio direito que fundou o exercício do direito de ação. A sua celebração significará a resolução do *mérito* da demanda, que não poderá ser proposta novamente, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na desistência. Dessa forma, ao manifestar sua vontade nesses casos as partes não estão dispendo sobre o procedimento ou ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais, mas

⁴⁴⁷ *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)... op. cit.*, p. 557-558.

⁴⁴⁸ Também rejeitando a ideia de que a confissão é negócio jurídico, FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA apresentam outros interessantes argumentos para sustentar sua posição: “A confissão não é um negócio jurídico. (...) A esta constatação é fácil chegar a partir do exame do art. 213 do Código Civil, que trata da ineficácia – e, não, invalidade – da confissão feita por quem não poderia dispor dos direitos a ela relacionados. Se a confissão fosse negócio jurídico, estaríamos diante de uma causa de invalidade. O dispositivo foi reproduzido pelo CPC no §1º do art. 392. O que importa na confissão não é a vontade do confitente de produzir os efeitos jurídicos dela decorrentes, mas sim a exata percepção dos fatos confessados (os efeitos jurídicos da confissão advêm direta e inexoravelmente da lei): a vontade do confitente dirige-se à declaração de um fato e não à produção de um efeito jurídico” in *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, vol. 2... *op. cit.*, p. 295.

⁴⁴⁹ Cf. ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)... op. cit.*, p. 285.

sobre o próprio direito material objeto do litígio, o que tira a natureza *processual* dos negócios mencionados. É claro que a sua celebração em juízo terá consequências processuais, a começar pela necessária homologação pelo juiz para que produza efeitos e o processo se extinga. Isso, contudo, não é suficiente para tornar tais ajustes processuais: são atos privados, que entram no processo mas não perdem a sua natureza⁴⁵⁰.

A respeito do reconhecimento do pedido, da renúncia ao direito e da transação, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO aduz que “esses são legítimos *negócios jurídicos* mediante os quais as partes promovem a autorregulação de seus próprios interesses, sendo sua eficácia jurídico-substancial regida pelo direito privado e não pelo Código de Processo Civil – o qual lança o foco exclusivamente sobre os efeitos *processuais* das soluções consensuais. O efeito vinculante dos negócios jurídicos, ou sua *força obrigatória*, constitui uma imposição do art. 427 do Código Civil”⁴⁵¹.

O mesmo raciocínio se aplica para os casos da convenção a respeito do direito de reembolso das despesas processuais em caso de transação (artigo 90, §2º do Código de Processo Civil), da renúncia ao crédito no processo de execução (artigo 924, IV do Código de Processo Civil) e da concordância com o pedido de pagamento de dívidas do morto (artigo 642, §2º do Código de Processo Civil).

3.17.6 DIVISÃO E DEMARCAÇÃO CONSENSUAIS DE TERRAS PARTICULARES

Tema novo abordado pelo Código de Processo Civil de 2015 é a possibilidade de as partes demarcarem ou dividirem as terras amigavelmente, por meio de escritura pública (artigo 571). Trata-se de negócio jurídico celebrado extrajudicialmente, com o objetivo de solucionar o conflito, ou seja, fixar os marcos da linha de demarcação ou divisão. Configura-se, assim, verdadeira *transação*. A esse respeito, RICARDO ALEXANDRE DA SILVA e EDUARDO LAMY aduzem que “ao estipularem a demarcação ou a divisão, inegavelmente os

⁴⁵⁰ Em sentido diverso, ARAKEN DE ASSIS entende que “o reconhecimento do pedido constitui negócio jurídico processual” in *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)*... *op. cit.*, p. 286. LEONARDO GRECO, por sua vez, entende que o fato de o conteúdo desses negócios jurídicos compor-se de questões substantivas, relativas ao direito material das partes, não os descaracteriza como *processuais* - *Instituições de processo civil, vol. I... op. cit.*, p. 62.

⁴⁵¹ *Instituições de Direito Processual Civil, v. I, 8 ed... op. cit.*, p. 495.

interessados previnem litígio, evitando a propositura de demanda para o mesmo fim. É certo, ademais, que tanto na demarcação quanto na divisão, realizarão mútuas concessões a fim de prevenirem o litígio”⁴⁵². Como visto, a transação não é negócio jurídico *processual*, razão pela qual a divisão e a demarcação consensuais também não são.

O raciocínio apresentado neste item é o mesmo a ser empregado em relação ao acordo que tem por objeto as compensações e reposições na divisão, em que, o Código de Processo Civil impõe solução *subsidiária* caso não haja acordo entre as partes (artigo 596, IV).

3.17.7 PARTILHA AMIGÁVEL

O Código Civil dispõe que “se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular homologado pelo juiz” (artigo 2.015). E a partilha só será obrigatoriamente judicial se o falecido tiver deixado testamento ou se algum dos herdeiros for incapaz (artigo 2.016 do Código Civil e artigo 610, §1 do Código de Processo Civil). Disso decorre que a partilha é *negócio jurídico privado*, que tem por objeto a divisão do patrimônio do *de cujus* entre os diversos sucessores, “estabelecendo e adjudicando a cada um deles um quinhão certo e definido sobre os bens deixados pelo morto”⁴⁵³. Não se dispõe sobre ônus, faculdades, poderes e deveres processuais ou procedimento. Sendo realizado judicialmente, “processualiza-se”⁴⁵⁴, mas não tem a sua natureza alterada⁴⁵⁵.

O mesmo raciocínio pode ser empregado nas hipóteses dos artigos 633 e 634 do Código de Processo Civil, os quais dispõem que não se procederá à avaliação judicial dos bens inventariados se a Fazenda Pública concordar com o valor atribuído a tais bens nas primeiras declarações, ou se, inversamente, os sucessores concordarem com o valor dos bens declarados pela Fazenda Pública. Apesar de essa concordância em relação ao valor ter por

⁴⁵² *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 9: artigos 539 ao 673*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 327.

⁴⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos especiais – vol. II*, 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 242.

⁴⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 154-281)... op. cit.*, p. 26.

⁴⁵⁵ Aplica-se o mesmo raciocínio ao divórcio consensual, à separação consensual e à extinção consensual de união estável, que também podem ser realizados extrajudicialmente, respeitados os requisitos dispostos no artigo 733 do Código de Processo Civil.

consequência processual a não realização de avaliação, não é esse o seu objeto: trata-se de *adesão* de uma parte ao valor estabelecido pela outra, o que também tem caráter privado.

3.17.8 ARROLAMENTO SIMPLES QUANDO HÁ INTERESSE DE INCAPAZ

Assim como os Códigos de Processo Civil precedentes, o novo diploma processual dispõe sobre certo tipo de inventário em que certas formalidades são eliminadas, tornando o processo mais célere⁴⁵⁶: trata-se do arrolamento, aplicável aos casos em que o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a mil salários mínimos (artigo 664 do Código de Processo Civil). Uma novidade trazida pelo Código de 2015 diz respeito ao processamento do inventário também na forma de arrolamento, mesmo que haja interesse de incapaz, mas *desde que concordem todas as partes e o Ministério Público* (artigo 665).

Percebe-se, então, que o acordo de vontade das partes é capaz de determinar o procedimento por meio do qual se desenvolverá o inventário, seja o mais complexo ou o mais simplificado. Mas, também nesse caso as manifestações concordantes das partes não configuram *negócio jurídico processual*, mas apenas um dos requisitos para que o inventário se dê na forma de arrolamento, assim como o pequeno valor dos bens e a presença do Ministério Público, nos casos em que haja interesse de incapaz. A concordância de cada parte e do Ministério Público dirige-se, separadamente ao órgão judicial, que decidirá acerca do preenchimento dos requisitos para a simplificação do rito do inventário. Está-se diante, também nesse caso, de declarações concordantes das partes⁴⁵⁷.

3.17.9 PARCELAMENTO JUDICIAL DO CRÉDITO EXEQUENDO

O artigo 916 do Código de Processo Civil de 2015, repetindo, embora mais detalhadamente, a redação do artigo 745-A do Código de Processo Civil de 1973, dispõe que no prazo para embargos o executado poderá reconhecer o crédito exequendo e requerer o seu

⁴⁵⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos especiais – vol. II... op. cit.*, p. 297.

⁴⁵⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, Convenções das partes... *op. cit.*

parcelamento em até seis meses. Como decorre da própria redação do artigo analisado, está-se diante de reconhecimento do pedido (executivo), negócio privado que, apesar das consequências processuais – extinção do processo e renúncia ao direito de opor embargos à execução – tem por objeto o próprio direito do exequente e o pagamento integral do débito.

Por esse motivo, não há como se concordar com a opinião de que o parcelamento judicial é negócio jurídico processual unilateral típico, pois “decorrente da manifestação de vontade de uma das partes que produz efeitos diretamente na forma de condução do procedimento executivo”⁴⁵⁸. Como visto, não basta que o negócio jurídico produza efeitos no processo, mas é necessário também que tenha por objeto a modificação do procedimento para ser considerado negócio jurídico processual. No caso do parcelamento, trata-se simplesmente de remição da execução⁴⁵⁹.

3.17.10 AQUIESCÊNCIA OU ACEITAÇÃO DA DECISÃO

A parte que aceita a decisão manifesta vontade no sentido de conformar-se com o seu conteúdo, com a solução dada ao litígio (artigo 1.000 do Código de Processo Civil). Como visto acima, apenas de forma indireta atinge-se o direito *processual* do recurso, pois a vedação ao comportamento contraditório impede que aquele se manifestou ou se comportou de forma a aceitar aquilo que foi decidido pelo juiz ou pelo tribunal venha a interpor recurso. Conforme explica BARBOSA MOREIRA, “quem aquiesce a uma decisão (...) simplesmente se curva diante do julgado, aceita-o, sem que a sua vontade se volte de modo direto para a abstenção de utilizar os recursos acaso cabíveis”⁴⁶⁰. Portanto, a aceitação é fato extintivo do direito de recorrer, tornando *inadmissível* o recurso eventualmente interposto pela parte aquiescente, mas, como a manifestação de vontade dessa parte não se dirige diretamente a um direito *processual*, não pode ser considerada negócio jurídico *processual*.

⁴⁵⁸ FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito executado in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais... op. cit.*, p. 288.

⁴⁵⁹ Cf. ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 14: artigos 824 ao 925*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 329.

⁴⁶⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565... op. cit.*, p. 345.

4 CAPÍTULO IV – REGRAMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E LIMITES AO PODER DE DISPOSIÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO

4.1 REGIME JURÍDICO

Há negócios jurídicos processuais celebrados pelas partes *antes* da instauração do processo e que podem ser incluídos em cláusula de contrato ou até mesmo em um instrumento separado com referência a este, como a eleição de foro e a convenção de arbitragem. Há também negócios que só podem ser celebrados no âmbito do processo judicial, após a sua instauração, como o calendário processual e o saneamento compartilhado. Além disso, como visto, há negócios jurídicos que têm por objeto disposições de direito material, mas que, por serem celebrados durante o trâmite do processo geram efeitos processuais, como a transação e o reconhecimento do pedido. Em todas essas situações há de questionar-se acerca do regime jurídico que irá reger os negócios jurídicos celebrados.

Para ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (a) os negócios jurídicos de conteúdo de direito substancial que se fazem incidentalmente no processo e que não produzem efeitos processuais se submetem inteiramente ao direito substancial; (b) os negócios jurídicos que têm por objeto direito processual e produzem efeitos no processo, mas que são celebrados fora dele, se regulam pelo direito processual quanto ao conteúdo, e pelo direito material quanto aos demais aspectos – capacidade, forma, *etc.*; (c) os negócios jurídicos de conteúdo de direito substancial celebrados no processo e que possuam efeitos processuais regulam-se, quanto ao conteúdo, pelo direito material, quanto à forma, pelo direito processual e, em relação aos efeitos, por ambos; (d) por fim, os negócios jurídicos de conteúdo de direito processual, celebrados no processo e com efeitos processuais, regulam-se inteiramente pelo direito processual⁴⁶¹.

LEONARDO GRECO entende que (a) todo ato que seja praticado na relação processual, ainda que produza efeitos de direito material, subordina-se ao regime jurídico processual quanto à capacidade do sujeito, ao conteúdo e à forma; (b) os atos do processo que possuem conteúdo de direito material devem observar a regras processuais em todos os seus elementos

⁴⁶¹ *Negócio jurídico e declaração negocial... op. cit.*, p. 54-56.

e, quanto ao conteúdo, o direito material de regência da respectiva relação jurídica; (c) os atos das partes praticados fora do processo destinados exclusivamente a nele produzir efeitos deverão observar a capacidade, o conteúdo e a forma prescritos pelo direito processual; (d) se, contudo, os atos extraprocessuais forem destinados a produzir efeitos de direito material e processual, quanto à capacidade e à forma deverão observar o respectivo direito material, mas quanto ao conteúdo serão regidos tanto pelo direito material quanto pelo direito processual⁴⁶².

Aplicando-se tais ideias especificamente aos negócios jurídicos *processuais*, ou seja, as declarações de vontade que tenham por objeto a adaptação do procedimento e a disposição de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, tem-se que o conteúdo do ajuste deve sempre estar de acordo com a lei processual, não importa se tenha sido celebrado antes ou após a instauração do processo. Nesse sentido, o negócio deverá dizer respeito sempre a direito que admita autocomposição (artigo 190 do Código de Processo Civil). Contudo, se celebrado *antes* de proposta a demanda judicial, em relação à forma e à capacidade, os negócios processuais deverão obedecer ao direito material, o que implica, por exemplo, a desnecessidade da presença de advogado no ajuste prévio. Celebrados *durante* o processo, submetem-se os negócios processuais às disposições da lei processual. E o mesmo ocorre com os aqui denominados *falsos* negócios jurídicos processuais⁴⁶³, que têm por objeto direito material, como a transação: celebrada de acordo com o direito privado, deverá se submeter às regras processuais para produzir efeitos processuais (deverá ser homologada pelo juiz para que o processo seja extinto).

Percebe-se, portanto, que os negócios processuais se submetem a um regime jurídico *misto* ou *híbrido*, regulando-se tanto pelo direito processual quanto pelo direito material. A esse respeito DIOGO ASSUMPCÃO REZENDE DE ALMEIDA aduz que os pactos processuais possuem “natureza contratual, cujo conteúdo é a disposição de direitos processuais dos contratantes, referentes a conflito já existente ou que venha a surgir”, de forma que “aplicam-

⁴⁶² Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... *op. cit.*, p. 13-14.

⁴⁶³ Aos quais ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO denomina “negócios jurídicos formalmente processuais” *in Negócio jurídico e declaração negocial... op. cit.*, p. 55.

se a essa espécie de negócio jurídico, além da teoria geral dos contratos, as especificidades do direito processual”⁴⁶⁴.

À primeira vista tal construção parece complexa, mas deve-se ter em mente que não são muito profundas em nosso ordenamento jurídico as diferenças entre a disciplina processual dos atos das partes e a disciplina dos atos jurídicos privados⁴⁶⁵. Além disso, sabe-se que “o debate sobre se as convenções das partes sobre situações processuais têm natureza material ou processual tem pouca importância prática porque a separação entre direito material e processo é apenas relativa”⁴⁶⁶.

Apesar disso, é intuitivo o fato de que a autonomia das partes encontrará, no processo, limites maiores do que aqueles existentes no direito privado. Portanto, sendo aplicáveis ao negócio jurídico processual tanto as normas estabelecidas pelo direito processual quanto as normas do direito privado – que constituem nada mais do que *teoria geral do direito* – para que se estabeleçam os limites ao poder de disposição das partes no processo judicial, a análise dos pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelas normas jurídicas que incidem sobre o negócio jurídico processual será muito útil.

⁴⁶⁴ *Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 112-113. No mesmo sentido, PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA defende a “sujeição dos negócios jurídicos processuais a um duplo regime (substancial e processual), especialmente em matéria de invalidades” in *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais... op. cit.*, p. 154.

⁴⁶⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual... op. cit.*

⁴⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 95. Ainda a respeito do regime jurídico aplicável aos negócios processuais, LOÏC CADIET apresenta importante ressalva no sentido de que o fenômeno que chama de *contratualização* do processo é mais complexo e abrangente do que a forma como o direito civil trata dos contratos, veja-se: “la contractualisation de la justice et du procès n’est pas réductible à l’utilisation des contrats du droit civil; elle repose aussi sur des usages dégradés ou métaphorique de la notion de contrat; en vérité, elle consiste surtout dans l’emploi d’une certaine procédure d’élaboration des normes, règles et décisions, qui est une procédure de type contractuel en ce qu’elle fait appel à des phénomènes de participation des parties concernées, cette participation étant plus ou moins active, tantôt adhésion, tantôt concertation, tantôt véritable négociation. Ce n’est donc pas par rapport à la notion civiliste de contrat qu’il faut juger la contractualisation de la justice et du procès. Le droit civil n’a pas le monopole du contrat. Le contrat administratif est une forme juridique incontestable, de même que la convention collective en droit du travail ou la convention internationale en droit international public.” in *La tendance à la contractualisation de la justice et du procès, Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, p. 117-137, nov/2016. (Tradução livre: a contratualização da justiça e do processo não é redutível à utilização de contratos do direito civil; ela se baseia também na noção modificada ou metafórica da noção de contrato; na verdade, ela consiste principalmente no emprego de um determinado procedimento de elaboração de normas, regras e decisões, que é contratual por abranger o fenômeno de participação dos interessados, sendo essa participação mais ou menos ativa, às vezes por adesão, às vezes por consulta, e às vezes por verdadeira negociação. Portanto, não é por comparação à noção civilista do contrato que se deve analisar a contratualização da justiça e do processo. O direito civil não possui o monopólio do contrato. O contrato administrativo é um instrumento jurídico incontestável, assim como a convenção coletiva do direito do trabalho e a convenção internacional em direito internacional público).

Após a descrição de cada um dos negócios processuais *típicos* dispostos no Código de Processo Civil, tal análise terá a serventia de traçar um panorama geral dos caracteres de que necessita o negócio jurídico processual para existir, valer e ser eficaz. O raciocínio terá aplicação comum aos negócios típicos e atípicos. Para isso, será adotada no presente trabalho a classificação desenvolvida por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁴⁶⁷, por mostrar-se atual e ser largamente utilizada pelos estudiosos do tema.

4.2 ELEMENTOS DE EXISTÊNCIA

Sabe-se que elemento é tudo aquilo que compõe a existência do negócio jurídico no mundo do direito⁴⁶⁸. Os elementos podem ser divididos em *gerais*, ou seja, comuns a todos os negócios, *categoriais*, os que são próprios de determinado tipo de negócio e *particulares*, que são aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a uma categoria e sem estarem presentes em todos os negócios⁴⁶⁹.

4.2.1 ELEMENTOS GERAIS

Os elementos *gerais* se subdividem em *intrínsecos* e *extrínsecos*. Os intrínsecos são constitutivos do negócio e correspondem à *forma* como a vontade declarada se apresenta, ao *objeto*, que é o conteúdo da declaração, e às *circunstâncias negociais*. Esses três elementos compõem a *declaração de vontade* e, por meio dela, o negócio jurídico. Como visto no primeiro capítulo desta dissertação, o dogma da simples vontade como elemento constitutivo do negócio jurídico foi abandonado pela doutrina, sendo aceito, atualmente, que constitui o negócio jurídico a declaração de vontade. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO explica que se deve entender por declaração “não apenas o ‘texto’ do negócio, mas tudo aquilo que, pelas suas circunstâncias (pelo ‘contexto’), surge aos olhos de uma pessoa normal, em virtude principalmente da boa fé e dos usos e costumes, como sendo a declaração”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia... op. cit.*, p. 23 e seguintes.

⁴⁶⁸ Cf. *Ibidem*, p. 31

⁴⁶⁹ Cf. *Ibidem*, p. 32.

⁴⁷⁰ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia... op. cit.*, p. 102.

A *forma* do negócio jurídico é o meio pelo qual o agente expressa a sua vontade e poderá ser oral, escrita e, dependendo do caso, até mesmo consistir no silêncio. Todo negócio possui uma forma; saber se ela é livre ou prescrita pelo ordenamento jurídico é questão atinente à validade e que será analisada oportunamente.

O *objeto*, por sua vez, é o que efetivamente caracteriza o negócio processual como tal. No presente caso trata-se de mudanças no procedimento ou disposição sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (artigo 190 do Código de Processo Civil)⁴⁷¹. Dessa forma, se eventual ajuste firmado não tiver um desses objetos, não será negócio jurídico processual: a depender dos demais elementos de que se compuser, poderá ser negócio jurídico privado ou outro ato jurídico *stricto sensu*.

Já as *circunstâncias negociais* fazem com que a sociedade veja determinado ato como declaração de vontade passível de produzir efeitos jurídicos. Trata-se de um padrão cultural ou modelo cultural de atitude e é por isso que um ato de vontade realizado em uma peça de teatro ou em sala de aula, apesar de ter todos os elementos gerais, não será negócio jurídico, pois faltarão as circunstâncias negociais para lhe conferir existência⁴⁷².

Por outro lado, há também elementos gerais *extrínsecos*, que são aqueles que, apesar de não comporem o negócio, precisam estar presentes para que ele exista: são o *agente*, o *lugar* e o *tempo*. Tais elementos existem antes de o negócio ser celebrado e, em relação especificamente ao tempo e ao lugar, geralmente permanecem implícitos, não se ocupando a lei de lhes impor muitos requisitos. Observe-se que não há fato jurídico, em sentido amplo, que não tenha ocorrido em determinada data e local. Por isso, em relação ao *tempo*, é possível que o negócio processual seja celebrado antes ou durante o processo, em qualquer fase em que este se encontrar, desde que, por óbvio, ainda haja espaço para o exercício da autonomia privada (artigo 190 do Código de Processo Civil).

⁴⁷¹ LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA aduz que são dois os possíveis objetos do negócio processual: “mudanças no procedimento ou convenção sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” in *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3: artigos 188 ao 293... *op. cit.*, p. 59. Ainda acerca do *objeto* do processo, FLÁVIO YARSHELL observa que “é preciso considerar que o objeto do negócio processual não se limita a regular o processo jurisdicional (estatal ou arbitral) e pode se prestar a instituir e a regular processo extrajudicial, notadamente para realização de atividade de instrução preliminar, à semelhança do que se passa nos sistemas de *common law*. Aliás, a lei foi expressa ao estabelecer que a convenção possa abranger posições das partes ‘antes ou durante o processo’ in *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 66.

⁴⁷² Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia...* *op. cit.*, p. 122.

Em relação ao *agente*, questão bastante discutida pela doutrina traduz-se na indagação sobre se o juiz também seria *parte* no negócio jurídico processual, declarando sua vontade. ANTONIO DO PASSO CABRAL entende que “a capacidade negocial não é própria da função jurisdicional” e que, portanto, o juiz não é *parte* nos negócios processuais, apesar de se vincular à vontade dos demais agentes⁴⁷³. FLÁVIO YARSHELL também entende que o juiz não é parte nos negócios processuais, pois “dele não emana declaração de vontade constitutiva do negócio”, excetuando, contudo, o *calendário processual*, hipótese em que o juiz seria sim parte⁴⁷⁴.

LEONARDO GRECO, por sua vez, divide os negócios processuais em três espécies: (a) aqueles que afetam apenas situações jurídicas das partes, (b) aqueles que afetam poderes do juiz e nos quais ele apenas arbitra as divergências das partes, se elas não se compõem, e (c) aqueles que também limitam os poderes do juiz, mas que se perfazem com a conjugação da vontade das partes e do juiz. Nos dois primeiros casos, o juiz apenas controla a legalidade dos negócios celebrados pelas partes, não atuando como agente no ajuste; no terceiro, além do controle de legalidade, o juiz formula um juízo de conveniência, oportunidade e adequação, participando “da deliberação, que se insere no seu poder ou atinge direito seu e, assim, no mais autêntico exercício do dever de cooperação (art. 6º), compatibiliza a autonomia da vontade das partes com os fins imediatos e mediatos da jurisdição estatal, que lhes incumbe resguardar”⁴⁷⁵. Nesse último caso, portanto, o juiz é parte no negócio processual. Trata-se do entendimento com o qual deve-se concordar.

Ora, parece fora de dúvida que o *calendário processual* se insere na terceira espécie de negócio jurídico apresentado pelo autor, já que a fixação prévia de datas para a prática de atos processuais, que poderá abranger inclusive a prolação de sentença, depende da declaração de vontade das partes e do juiz, em conjunto (artigo 191 do Código de Processo Civil). Contudo, ao contrário do que se pode cogitar, o calendário não perfaz exceção à regra, existindo outras hipóteses de negócio processual em que o juiz é *parte*. No saneamento compartilhado realizado em audiência, como visto, o juiz também concorre com sua declaração de vontade para o aperfeiçoamento do ajuste, já que, pode discordar das partes

⁴⁷³ *Convenções processuais... op. cit.*, p. 223-225.

⁴⁷⁴ Convenção das partes em matéria processual in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 67.

⁴⁷⁵ *Instituições de processo civil, vol. I... op. cit.*, p. 62-63.

sobre a necessidade de produção de determinada prova e, com base em seus poderes instrutórios, determinar a sua realização (artigo 357, §3º do Código de Processo Civil)⁴⁷⁶.

Além desses exemplos de negócios *típicos*, nada impede, a princípio, que as partes celebrem também negócios processuais *atípicos* que exijam a declaração de vontade do juiz e nos quais ele atue, portanto, como *parte*⁴⁷⁷. Conclui-se, assim, que o juiz pode ser parte ou não, a depender do negócio jurídico processual especificamente considerado e a necessidade de sua declaração de vontade.

Frise-se, por fim, que se faltar, em determinado negócio jurídico, um elemento geral, ele não existirá como negócio: será um caso de negócio jurídico processual *inexistente*.

4.2.2 ELEMENTOS CATEGORIAIS

Os elementos *categoriais* são menos abstratos, pois decorrem do ordenamento jurídico e são próprios de cada categoria de negócio jurídico. Subdividem-se em *essenciais* ou inderrogáveis, ou seja, aqueles que definem o tipo do negócio e que, por isso, não podem ser afastados pelas partes, e *naturais*, ou derogáveis, que também decorrem da natureza do negócio, mas podem ser afastados pelas partes sem que ele mude de tipo.

No processo, um exemplo do primeiro tipo de elemento categorial é o consenso entre partes e juiz sobre as datas para a prática dos atos processuais no calendário processual (artigo 191 do Código de Processo Civil). Um exemplo do segundo tipo de elemento categorial é a indicação de assistentes técnicos na escolha consensual do perito (artigo 471 do

⁴⁷⁶ Deve-se noticiar que LEONARDO GRECO apresenta, ainda, como exemplos de negócios processuais da terceira espécie, ou seja, em que o juiz é parte: “a deliberação das partes de que na escolha do perito, o juiz se atenha aos exercentes de determinada profissão, delimitação que o juiz poderá acolher ou não, conforme lhe pareça mais adequada à apuração e avaliação dos fatos sujeitos à prova técnica. Também na transação resultante de conciliação promovida pelo próprio juiz, o seu papel não é apenas de controle de legalidade do acordo, mas, em decorrência do seu caráter assistencial, concorre ele com a sua vontade no juízo de conveniência, oportunidade e adequação do pactuado” in *Convenções processuais versus poderes do juiz* (palestra), II Maratona do novo CPC, Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, 16 de março de 2016.

⁴⁷⁷ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3: artigos 188 ao 293... *op. cit.*, p. 54. O autor apresenta como exemplo de negócio processual atípico em que o juiz é parte “a execução negociada de políticas públicas em juízo (...), que permite a estipulação de regras e de um cronograma para a implantação de uma política pública imposta por sentença judicial”.

Código de Processo Civil)⁴⁷⁸. Ressalte-se que a identificação do negócio dentro de uma categoria é importante para que se conheça o regime jurídico aplicável a ele.

4.2.3 ELEMENTOS PARTICULARES

Por fim, os elementos *particulares*, tradicionalmente chamados acidentais, são aqueles que podem ser inseridos nos negócios pelas partes e não se relacionam a nenhum tipo concreto de negócio. São sempre voluntários e os mais comuns são a *condição*, o *termo*, o *encargo* e a *cláusula penal*. Apesar de voluntários, uma vez inseridos no negócio jurídico, tornam-se seus elementos essenciais, de forma que, se é inserida condição ilegal no negócio, por exemplo, não apenas a condição será nula, mas todo o negócio⁴⁷⁹. Sabe-se que o estudo de tais elementos se torna mais relevante quando se passa ao plano da eficácia. Contudo, desde já é oportuno apresentar discussão que tem por objeto a possibilidade de inserção, nos negócios *processuais*, de elementos acidentais.

Tradicionalmente tem-se entendido que, em regra, não podem os *atos processuais* ser praticados sob condição ou a termo, pois isso seria contrário à certeza e à segurança que devem estar presentes no desenvolvimento do processo⁴⁸⁰. Assim, a sentença condicional, por exemplo, que sujeita a procedência ou improcedência do pedido a acontecimento futuro e incerto, é considerada nula (artigo 492, parágrafo único, do Código de Processo Civil)⁴⁸¹. Contudo, quando se trata de negócios jurídicos processuais, é possível defender que inexiste

⁴⁷⁸ ANTONIO PALERMO, um dos primeiros autores a tratar especificamente sobre o negócio jurídico *processual* apresenta como elementos *essenciais* desse tipo de ajuste o *agente*, a *forma em que a vontade é declarada* e a *causa*, elementos aqui considerados *gerais*. Apesar disso, à falta desses elementos associa a inexistência do negócio no processo: “Sarà dunque inesistente il negozio giuridico processuale quando esso sarà giuridicamente inesistente per la mancanza di uno degli elementi essenziali o necessari, di modo che pur avendo una apparenza esterna esso non è preso proprio in considerazione dal diritto” in *Contributo alla teoria degli atti processuali...* *op. cit.*, p. 98. (Tradução livre: Será, portanto, inexistente, o negócio jurídico processual quando ele for juridicamente inexistente pela falta de um dos elementos essenciais ou necessários, de modo que, apesar de possuir aparência externa [de negócio jurídico processual], isso não é considerado pelo direito).

⁴⁷⁹ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia...* *op. cit.*, p. 39.

⁴⁸⁰ Conforme notícia BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes...* *op. cit.*

⁴⁸¹ Nesse sentido, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no agravo regimental no recurso especial n. 1.295.494-BA, de relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 21 de outubro de 2014. A doutrina compartilha tal entendimento. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR aduz que “jamais poderá haver, por exemplo, uma decisão cuja *validade* fique na dependência de fatos incertos a serem futuramente apurados em liquidação de sentença (v.g.: indenizar perdas e danos, se o autor provar na liquidação que teve prejuízos)” in *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I...* *op. cit.*, p. 1.067.

tal restrição. Conforme explicam FREDIE DIDIER JR. e PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA, os elementos particulares se relacionam à natureza do ato que os estipula, de forma que “exatamente para quem já possui o poder de autorregramento da vontade, as normas jurídicas podem prever que a essa mesma vontade se ligue uma limitação, estipulada pelo próprio sujeito, do efeito jurídico correspondente ao ato”⁴⁸².

A análise dos exemplos a seguir é capaz de eliminar qualquer dúvida sobre a possibilidade de oposição de elementos *particulares* aos negócios jurídicos processuais. Quando as partes estipulam a suspensão do processo, geralmente estipulam também o termo final após o qual o processo voltará a tramitar e, se não o fazem, a própria lei determina que após seis meses de suspensão advirá automaticamente o seu *termo* final (artigo 313, §4º do Código de Processo Civil). Por outro lado, também em relação à suspensão, nada impede que as partes estipulem *condição* resolutiva, no sentido de que o processo permaneça suspenso até que elas cheguem a uma solução amigável ou até o julgamento de outro litígio ou de determinado recurso⁴⁸³, respeitado, alternativamente, o prazo de seis meses imposto pela lei. O próprio calendário processual nada mais é do que a fixação de termos para a prática dos atos processuais.

Além disso, é possível a inserção de *condições* em outros negócios processuais, como na escolha consensual do perito, em que as partes, ao escolher o perito de sua preferência podem renunciar ao direito de impugnar o laudo apenas se ele for conclusivo. FLÁVIO YASHELL apresenta, ainda, exemplo de inserção de *cláusula penal* em negócio processual, a qual incidiria no caso de descumprimento de alguma regra processual e não apenas em casos de litigância de má-fé⁴⁸⁴.

Portanto, não restam dúvidas de que, em regra, é possível que elementos particulares sejam inseridos pelas partes nos negócios processuais que celebrarem. Saber se eles serão

⁴⁸² *Teoria dos fatos jurídicos processuais... op. cit.*, p. 149. Também admitindo que os negócios processuais apresentem elementos particulares, YASHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual... op. cit.*, p. 66. Sem negar expressamente a possibilidade de inserção de elementos particulares nos negócios processuais, BARBOSA MOREIRA aduz que “a lição tem de ser recebida com o clássico grão de sal: ao menos com referência a certas convenções que influem diretamente na marcha do feito, os inconvenientes poderiam ser tão graves quanto se reconhece que são nos outros atos das partes” *in* *Convenções das partes... op. cit.*

⁴⁸³ Exemplo apresentado por FREDIE DIDIER JR. e PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA *in* *Teoria dos fatos jurídicos processuais... op. cit.*, p. 150.

⁴⁸⁴ *Convenção das partes em matéria processual... op. cit.*, p. 73.

válidos ou eficazes dependerá da análise de outros requisitos e fatores, que será empreendida nos itens a seguir.

4.3 REQUISITOS DE VALIDADE

O plano da validade diz respeito ao papel da vontade das partes e aos limites ao seu poder de disposição na celebração do negócio. Trata-se de exigências para que o negócio entre no mundo jurídico de forma regular, ou seja, de acordo com as regras jurídicas. No caso do processo, é claro que, se as partes são autorizadas a estipular mudanças no procedimento e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, a formação desse tipo de negócio jurídico deve ser cercada de garantias, trazendo-se segurança às relações jurídicas processuais e previsibilidade ao processo. Assim, os requisitos de validade são as *qualidades* que os elementos do negócio jurídico devem ter para que ele seja considerado regular⁴⁸⁵.

Relacionando-se elementos de existência e requisitos de validade, a iniciar-se pelos *elementos gerais intrínsecos*, tem-se que (a) a declaração de vontade deve ser resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé⁴⁸⁶; (b) o objeto terá de ser lícito, possível e determinado ou determinável; (c) a forma deverá livre, se nenhuma exigência a lei faz a respeito, ou conforme a prescrição legal, no caso contrário; e (d) as circunstâncias negociais não possuem requisitos próprios de validade, pois atuam, como visto acima, como elemento caracterizador, de aceitação social do negócio jurídico.

Em relação aos *elementos gerais extrínsecos*, tem-se que (a) o agente deverá ser capaz e legitimado para a celebração do negócio; (b) o tempo será útil, ou seja, deverá o negócio ser realizado no momento determinado pelo ordenamento jurídico; e (c) o lugar deverá ser apropriado, também no caso de haver determinação legal nesse sentido.

Passando-se aos *elementos categoriais*, tem-se que os elementos *inderrogáveis* possuem requisitos de validade específicos de cada categoria de negócio jurídico, o que impede a sua análise generalizada; deve-se ter em mente, contudo, que, se as partes

⁴⁸⁵ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia... op. cit.*, p. 42.

⁴⁸⁶ Cf. *ibidem*, p. 43.

escolheram determinado tipo de negócio, deverão seguir obrigatoriamente o regime jurídico específico ao qual ele está submetido; e os elementos *derrogáveis*, por serem integrados ao negócio pelo próprio direito, não possuem requisitos de validade.

Por fim, em relação aos *elementos particulares*, eles também têm os seus requisitos de validade, e aqueles dispostos no Código Civil em relação à condição, ao termo e ao encargo são plenamente aplicáveis ao processo. Dessa forma, serão inválidos esses elementos apostos ao negócio processual que sejam contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, que privem de todo efeito o negócio jurídico ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes (artigo 122 do Código Civil). Será igualmente inválida a condição – ou outro elemento particular – física ou juridicamente impossível, se suspensiva; a condição ilícita ou de fazer coisa ilícita; a condição incompreensível ou contraditória (artigo 123 do Código Civil).

Assim, seria inválida, por exemplo, a estipulação que estabelecesse suspensão do processo cujo termo fosse superior a período de seis meses, pois o Código de Processo Civil determina que a suspensão convencional do processo não poderá ultrapassar seis meses (artigo 313, §4º), o que tornaria o termo apostado contrário à lei. Seria igualmente inválida, porque contrária à ordem pública, a condição que, em eleição de foro que tivesse por objeto comarca com vara única, subordinasse os efeitos do negócio à permanência de determinado juiz naquela vara, ou seja, caso se estipulasse que a eleição de foro não mais valeria caso determinado juiz não fosse mais responsável pela vara da comarca eleita. Outro exemplo de condição inválida, por ser puramente potestativa, é apresentado por ANTONIO DO PASSO CABRAL e se refere a “um acordo processual pelo qual um dos acordantes poderá singularmente escolher, quando do surgimento do conflito e do processo, entre a incidência da regra legal ou da regra convencional⁴⁸⁷”.

A seguir, serão analisados de forma mais aprofundada os requisitos de validade referentes aos elementos *gerais*, por aplicarem-se a todos os negócios jurídicos.

⁴⁸⁷ *Convenções processuais... op. cit.*, p. 281.

4.3.1 DECLARAÇÃO DE VONTADE

Como acima já referido, a declaração de vontade das partes deverá ser *livre e consciente*, ou seja, jamais poderá ter sido imposta por uma parte à outra ou pelo juiz às partes ou, ainda, ter sido manifestada de forma desinformada⁴⁸⁸. A esse respeito o artigo 190 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz deixará de aplicar a convenção das partes no caso de *nulidade* ou de *inserção abusiva em contrato de adesão* ou em que alguma parte se encontre em *manifesta situação de vulnerabilidade*.

Em primeiro lugar, aplica-se à declaração de vontade direcionada a regular procedimento e situações jurídicas processuais os mesmos vícios de consentimento que levam à invalidade de qualquer negócio jurídico: o *erro* ou ignorância, que é a manifestação de vontade em desacordo com a realidade, ou porque o agente a desconhece ou porque tem uma falsa percepção sobre ela (artigo 138 do Código Civil); o *dolo*, que é o desacordo entre a manifestação de vontade e a realidade causado por ato ilícito de outrem (artigo 145 do Código Civil); e a *coação*, que é a intimidação que exerce pressão sobre a vontade alheia (artigo 151 do Código Civil). Apesar de improvável, não se descarta a possibilidade de invalidação do negócio jurídico processual também pela ocorrência de *estado de perigo*, que se dá quando alguém celebra negócio jurídico em condições desvantajosas por estar envolvido em situação de grave risco (artigo 156 do Código Civil)⁴⁸⁹.

Por outro lado, a preocupação com a declaração livre e informada de vontade deve ser ainda maior no âmbito do processo, em que as questões objeto de negócio jurídico processual são, na maior parte das vezes, *técnicas*. Por isso o legislador determina que o consentimento

⁴⁸⁸ Nesse sentido, LEONARDO GRECO aduz que “como todo ato de disposição, deve ser livre e consciente: livre, por não ter sido resultado de qualquer coação ou intimidação por parte de outro sujeito que, em razão da sua posição de superioridade em relação ao disponente, impõe-lhe a sua vontade para sujeitá-lo a um mal qualquer, ainda que justo; e consciente de que o ato de disposição pode lhe acarretar o julgamento desfavorável ou a perda do próprio direito material pleiteado em juízo” in Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... *op. cit.*, p. 10-11.

⁴⁸⁹ Para descrição minuciosa de cada um desses vícios de consentimento, consultar AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial...* *op. cit.*, p. 69 ss. ANTONIO DO PASSO CABRAL inclui também entre os defeitos da manifestação de vontade a simulação, que corresponde a declaração enganosa de vontade in *Convenções processuais...* *op. cit.*, p. 286. Contudo, nesse caso a vontade declarada pelas partes é livre, sendo intencional a divergência entre a vontade real e a emitida. Por esse motivo, entende-se mais adequado direcionar tal vício ao objeto do negócio jurídico processual, que, nesse caso, seria enganar terceiros. A respeito da declaração de vontade, FLÁVIO YARSHELL, por sua vez, aduz que “o negócio poderá ser anulado por vício resultante de erro, dolo ou coação” in *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?... op. cit.*, p. 68.

das partes seja efetivamente livre e informado, de forma que elas conheçam as consequências do ato de disposição de seus ônus, poderes, deveres e faculdades processuais, para que não haja, de forma indireta e despercebida, disposição do próprio direito objeto do litígio.

Dessa forma, além dos clássicos vícios de consentimento, é motivo para invalidar o negócio jurídico processual, por ausência de declaração livre e consciente de vontade, a sua inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Essas vedações visam a garantir que haja efetiva negociação entre as partes e que uma não imponha a sua vontade à outra por sua superioridade econômica ou de outra natureza.

A inserção de negócio jurídico processual como cláusula em contrato de adesão é um *indício* de que possa não ter havido efetiva negociação entre as partes ou de que a parte aderente não tenha conhecimento do conteúdo do negócio ou da real consequência da sua aplicação no processo. Contudo, tal indício deve ser investigado e comprovado em cada caso para que o juiz considere inválido o negócio processual e afaste a sua aplicação. Conforme explica LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “a simples circunstância de o contrato ser de adesão não é suficiente para se ter como nula ou ineficaz a cláusula que disponha sobre procedimento ou sobre regras processuais. É preciso (...) a evidência de uma abusividade, quando há excessiva oneração de uma das partes, demonstrada e comprovada concretamente”⁴⁹⁰.

Em outras palavras, importa à validade do negócio processual inserto em contrato de adesão que o consentimento tenha sido livre e informado. Assim, antes que o juiz recuse aplicação ao ajuste, é necessário investigar se a inserção foi *abusiva* ou não, conferindo às partes oportunidade para se manifestarem, em contraditório, sobre o assunto, pois não se pode, sumariamente, desprezar a sua vontade⁴⁹¹. Uma providência interessante que poderia

⁴⁹⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293... op. cit.*, p. 58.

⁴⁹¹ DIOGO ASSUMPÇÃO REZENDE DE ALMEIDA faz importante distinção entre contratos paritários e de adesão em relação aos negócios processuais, aduzindo que “as convenções processuais não estão, unicamente por sua natureza, excluídas dos contratos de adesão ou negócio jurídicos não paritários em geral. Mas sua aplicação mais rica e útil aos interesses mútuos dos contratantes está presente em contratos paritários, normalmente travados entre profissionais ou entre não profissionais, nos quais se encontra espaço para debate das cláusulas que serviam ao interesse de ambos os contratantes. Nos contratos paritários a igualdade é presumida, mas a presunção é relativa, podendo haver prova em contrário que demonstre a ausência da manifestação livre de vontade, seja por erro, dolo ou coação ou pela imposição da força econômica. Nos contratos de adesão, por seu turno, não há sequer pretensão de igualdade. Um contratante impõe as regras ao outro. Destarte, as cláusulas de diferendo, que são estranhas ao objeto principal do contrato, devem ser abordadas com mais cautela nessa forma

ser adotada pelos contratantes a fim de tornar mais clara a informação ao aderente é o destaque da cláusula em que estiver previsto o negócio processual, em negrito ou em documento anexo, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula, à semelhança do que ocorre com a cláusula compromissória na arbitragem (artigo 4º, §2º da Lei n. 9.307/96).

Passando à análise da invalidade decorrente de alguma das partes se encontrar em *manifesta situação de vulnerabilidade*, também disposta no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil, deve-se destacar que tal prescrição igualmente procura evitar que uma parte se submeta completamente à vontade exclusiva da parte contrária na celebração de negócios processuais⁴⁹². A *vulnerabilidade*, assim como a inserção abusiva do negócio em contrato de adesão, deve ser aferida caso a caso, de forma que reste comprovada a sua interferência na declaração de vontade e na formação do negócio processual. Conforme ressalta novamente LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “não existe vulnerabilidade por presunção. O sujeito é considerado vulnerável a partir do exame concreto do caso, considerando-se a relação estabelecida entre ele ou o direito litigioso e a outra parte”⁴⁹³.

Apesar da necessidade de verificação da sua ocorrência no caso concreto, a doutrina apresenta como conceito de vulnerabilidade processual “a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório”⁴⁹⁴. Assim, para auxiliar na aferição sobre se, em cada caso, há parte vulnerável, FERNANDA TARTUCE aduz que se devem considerar os seguintes critérios indicativos: (a) a insuficiência econômica, (b) a existência de invencíveis barreiras geográficas, (c) a fragilidade na saúde física e mental, (d) a

de contratação, em comparação com a aferição realizada nos contratos paritários” *in Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 162-163.

⁴⁹² FREDIE DIDIER JR. considera que a vulnerabilidade é uma hipótese específica de “incapacidade processual negocial”, explicando que “há vulnerabilidade quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica, fazendo com que a negociação não se aperfeiçoe em igualdades de condições” *in Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 390. Contudo, a vulnerabilidade tem a ver com a igualdade real das partes e com o consentimento livre e informado, não com sua capacidade, razão pela qual mantém-se a inexistência de vulnerabilidade como requisito de validade da declaração de vontade.

⁴⁹³ *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293... op. cit.*, p. 57-58.

⁴⁹⁴ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 184.

dificuldade técnica, gerada pelo desconhecimento de matérias jurídicas e probatórias relevantes, (e) a restrição quanto a estrutura e organização pessoal⁴⁹⁵.

Se uma das partes do negócio processual encontrar-se em uma ou algumas das situações acima apresentadas, é bastante provável que seja vulnerável e, portanto, o negócio deverá ser considerado inválido pelo juiz.

4.3.2 OBJETO

Sabe-se que o objeto do negócio jurídico processual é a estipulação de mudanças no procedimento ou a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais. E sabe-se também que, para que tal declaração de vontade seja *válida*, esse objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável (artigo 104, II do Código Civil). Cumpre agora, então, estabelecer o significado dessas características que o objeto do negócio jurídico processual deve possuir para ser considerado válido.

4.3.2.1 LICITUDE DO OBJETO

A licitude do objeto tem, inicialmente, o óbvio significado de que é lícito tudo aquilo que não é ilegal, tudo o que a lei imperativa não proíbe⁴⁹⁶. Sabe-se, por exemplo, que o negócio processual que tenha por objeto a modificação de competência em razão da matéria, da pessoa ou da função é ilícito porque o artigo 62 do Código de Processo Civil dispõe que a competência decorrente de tais elementos é inderrogável por convenção das partes. Assim

⁴⁹⁵ Tal vulnerabilidade abrange a disparidade de poder e organização existente entre litigantes habituais e eventuais, a impossibilidade de organização das pessoas que não possuem casa (moradores de rua ou albergue), e as limitações tecnológicas, decorrentes da falta de estrutura informática e de conhecimento tecnológico. Cf. *ibidem*, p. 190.

⁴⁹⁶ Não se ignora que o conceito de ilicitude e ilegalidade sejam diferentes. EMILIO BETTI ensina que negócio ilegal é aquele não conforme com o tipo legal do negócio que ele deveria refletir. Já o negócio ilícito é aquele reprovado pelo direito, é aquele que tem um fim antissocial, ou seja, que afete negativamente os interesses que o ordenamento jurídico de uma sociedade, em determinado momento histórico, promove e protege com suas normas. Cf. *Teoria generale del negozio giuridico...op. cit.*, p. 114. No presente trabalho, contudo, o conceito de ilicitude será empregado como contendo também o conceito de ilegalidade, de forma que todo objeto ilegal será ilícito.

como neste caso, nos demais em que a própria lei exclua previamente a possibilidade de as partes celebrarem negócios processuais, estes não serão admitidos. O mesmo se aplica às matérias com “reserva de lei”, como é o caso dos recursos, não podendo as partes convencionarem a criação de um novo tipo recursal, admitindo-se apenas, como já visto, a renúncia ou a desistência aos tipos recursais já estabelecidos pela lei⁴⁹⁷.

Por sua vez, o artigo 190 do Código de Processo Civil, que trata do regramento geral do negócio processual, aduz que ele será lícito se celebrado em *processo que versar sobre direitos que admitam autocomposição*. Assim, embora o negócio processual não tenha por objeto o próprio direito discutido no processo (objeto litigioso do processo), como a modificação do procedimento ou das situações jurídicas processuais pode de forma indireta afetar o julgamento da demanda – ninguém duvida que um negócio que tenha por objeto a produção de prova pode aumentar ou diminuir as chances de êxito de alguma das partes⁴⁹⁸ – a lei impõe que o próprio objeto do litígio admita autocomposição.

Contudo, estabelecer o exato significado para os direitos que “aditem autocomposição” não é das tarefas mais fáceis⁴⁹⁹. Deve-se esclarecer, de início, que a possibilidade de autocomposição se relaciona à solução consensual do conflito, ou seja, à transação, ao reconhecimento do pedido e à renúncia à pretensão. Assim, direitos que admitem ser objeto de disposição pelas partes poderão, a princípio, ter as regras processuais relacionadas à sua discussão em processo judicial modificadas.

A autocomposição não se confunde com a *disponibilidade* ou com a *patrimonialidade* do direito litigioso. Na definição apresentada por CARLOS ALBERTO CARMONA, o direito é

⁴⁹⁷ LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA fala também em “comportamentos ilícitos”, que não poderiam ser negociados pelas partes, apresentando como exemplo “um negócio processual em que uma parte admita ser submetida à tortura no seu depoimento pessoal. Nesse caso, o objeto do negócio é a prática de um crime, sendo vedado pelo ordenamento jurídico” *In Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293... op. cit.*, p. 60.

⁴⁹⁸ Cf. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 392.

⁴⁹⁹ FLÁVIO YARSHELL apresenta crítica à escolha feita pelo legislador para a redação do artigo 190 do Código de Processo Civil, pela suscetibilidade a dúvidas interpretativas: “teria sido preferível que o CPC 2015 tivesse empregado a terminologia adotada pela lei 9307/96, mais objetiva e precisa ao falar em litígios relativos a ‘direitos patrimoniais disponíveis’ (art. 1º). Insistindo na suposta distinção entre *disponível* e *transacionável*, o CPC 2015 pode ensejar dúvida quanto à possibilidade e aos limites do negócio processual. Para ilustrar, costuma-se dizer que o direito discutido em processo de investigação de paternidade – que pode perfeitamente envolver pessoas ‘plenamente capazes’ – é indisponível. Contudo, ninguém há de negar que o réu, sendo maior e capaz, possa reconhecer a procedência da demanda e assumir a paternidade. Fenômeno análogo pode ocorrer em outros processos relativos a direitos usualmente tidos por indisponíveis” *in* *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?... op. cit.*, p. 69.

disponível quando “ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”⁵⁰⁰. Assim, não estão no âmbito de disposição das partes as questões relacionadas a direito de família, especialmente no que diz respeito ao estado das pessoas, a direito das sucessões, a objeto fora do comércio, a obrigação natural, a direito penal, entre outras (artigo 852 do Código Civil)⁵⁰¹.

Contudo, ninguém nega, por exemplo, que questões relacionadas a direito de família possam ser solucionadas por meio de autocomposição – e nos casos em que há sessão ou audiência de conciliação ou mediação, o próprio Código de Processo Civil autoriza que as partes escolham não apenas o mediador, o conciliador ou a câmara privada de conciliação e de mediação que preferem (artigo 168), mas as próprias regras procedimentais da mediação ou conciliação (artigo 166, §4º), o que evidentemente consiste em negócio jurídico processual.

Dessa forma, deve restar claro que a indisponibilidade do direito material não inviabiliza, como regra, o negócio jurídico processual. Mesmo que o objeto litigioso do processo seja indisponível, as partes podem convencionar acerca de diversos aspectos processuais que não atinjam a disponibilidade daquele direito, como a eleição de foro, a suspensão do processo, a escolha consensual do perito, entre muitos outros⁵⁰².

Além de tudo o que foi dito acima sobre a conformidade à lei, deve-se mencionar que a licitude do objeto do negócio jurídico, na teoria geral do direito, tradicionalmente esteve relacionada à sua conformidade aos comandos do ordenamento jurídico. Assim, seria lícito o objeto que não fosse contrário à *ordem pública* e aos *bons costumes*⁵⁰³. Apesar de tais conceitos serem abstratos, a ordem pública está relacionada aos interesses gerais da

⁵⁰⁰ *Arbitragem e processo*, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

⁵⁰¹ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, referindo-se aos direitos que não podem se submeter à arbitragem, por serem *indisponíveis*, ensina que “são *objetivamente indisponíveis* e portanto não comportam a via arbitral todos os direitos da personalidade, os que envolvam a ordem pública ou sanções à improbidade administrativa, o *jus puniendi* de que é titular exclusivo o Estado, os direitos a alimentos, os referentes a bens públicos de *uso comum do povo* e os de *uso especial*” in *A arbitragem na teoria geral do processo...* *op. cit.*, p. 78.

⁵⁰² Conforme indaga ANTONIO DO PASSO CABRAL, “pensemos em um litígio envolvendo um incapaz: seria inadmissível uma convenção processual que alterasse prazos para ampliá-los em favor do incapaz? Ou uma cláusula de eleição de foro ou um contrato sobre os custos que alterassem as regras legais de maneira a facilitar o acesso à justiça de uma parte hipossuficiente econômica? Parece certo que sim” in *Convenções processuais...* *op. cit.*, p. 298-299.

⁵⁰³ Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico...* *op. cit.*, p. 61.

sociedade ou aos princípios indispensáveis à organização da vida social⁵⁰⁴, e os bons costumes ao proceder de acordo com os ditames da moral social, que variam de acordo com a concepção de cada povo⁵⁰⁵.

No âmbito do processo é igualmente difícil estabelecer qual seja exatamente o conteúdo desses requisitos de validade do objeto do negócio jurídico. LEONARDO GRECO define a ordem pública *processual* como “o conjunto de requisitos dos atos processuais impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal”⁵⁰⁶. Assim, seriam parte da ordem pública processual a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; o acesso à justiça; a previsibilidade, a equidade, o contraditório e a publicidade do procedimento; a reunião das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a documentação dos atos processuais; a ampla defesa; a intervenção do Ministério Público nas demandas que tenham por objeto direito indisponível, e de curador especial ou de curador à lide; a fundamentação das decisões judiciais; a cognição adequada pelo juiz; a celeridade do processo⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ EMILIO BETTI explica a ordem pública como “una nozione di contenuto elastico e storicamente variabile che la scienza giuridica dei paesi di tradizione latina ha elaborato, per cristallizzarvi intorno tutte le norme d’interesse politico che esigono osservanza incondizionata e non sono derogabili per disposizione privata. Nella nuova concezione dinamica e positiva affermatasi nello stato moderno, l’ordine pubblico abbraccia come parte essenziale anche l’ordine sociale, in quanto è inteso a mantenere fra i cittadini una operante solidarietà nel processo della produzione e ad integrare il costante collegamento con la comunità nazionale” in *Teoria generale del negozio giuridico...op. cit.*, p. 388 (Tradução livre: um conceito de conteúdo elástico e historicamente variável, que a ciência jurídica dos países de tradição latina elaborou para consolidar todas as normas de interesse político que exigem cumprimento incondicional e não são derogáveis por disposição privada. Na nova concepção dinâmica e positiva que se firmou no Estado Moderno, a ordem pública abrange como parte essencial também a ordem social, na medida em que ela se destina a manter entre os cidadãos uma solidariedade ativa no processo de produção e a integrar uma articulação constante com a comunidade nacional).

⁵⁰⁵ Cf. RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 136-139. Apresentando estudo detalhado acerca do dever de observância dos bons costumes na celebração de negócio jurídico, FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del derecho civil... op. cit.*, p. 435 ss.

⁵⁰⁶ *Instituições de processo civil, vol. I... op. cit.*, p. 62.

⁵⁰⁷ Cf. *ibidem*. DIOGO ASSUMPÇÃO REZENDE DE ALMEIDA apresenta lista parcialmente coincidente de preceitos relacionados à ordem pública processual. O autor aduz que “a expressão ordem pública processual é utilizada para identificar, dentro da relação jurídica processual, *interesses públicos inafastáveis*, seja pela vontade do juiz, seja pela vontade das partes. Esses interesses variam de acordo com as mutações sociais decorrentes do lugar e do momento histórico que se está a analisar. No Estado democrático de direito, no qual se objetiva assegurar aos litigantes direitos e garantias fundamentais no processo, esses interesses públicos preservados encontram-se na lei constitucional. A meu ver, são os seguintes: (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

ANTONIO DO PASSO CABRAL, por outro lado, entende que a impossibilidade de identificar um conteúdo preciso para a ordem pública processual impede que tal conceito seja utilizado para determinar a validade do objeto dos negócios processuais. De acordo com seu entendimento, “não há uma clara compreensão a respeito da definição de ‘ordem pública’ ou ‘ordem pública processual’, que encontra diversas acepções tanto no direito internacional quanto no direito interno, tem aplicação com pouco grau de certeza e que, portanto, não pode ser utilizada para os acordos processuais”⁵⁰⁸.

Apesar da divergência doutrinária acerca do conceito de ordem pública processual, a análise da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revela que tal ideia vem sendo amplamente utilizada em suas decisões, principalmente para definirem-se as questões que podem ser conhecidas pelo juiz de ofício ou não. Os principais termos relacionados à ordem pública processual encontrados foram: condições da ação e pressupostos processuais⁵⁰⁹, litisconsórcio necessário⁵¹⁰, pressupostos de admissibilidade de recursos⁵¹¹, preclusão e coisa julgada⁵¹², competência absoluta⁵¹³, prejudicialidade externa⁵¹⁴, contraditório e ampla defesa⁵¹⁵, princípio da congruência⁵¹⁶, requisitos constitutivos do título executivo⁵¹⁷, valor da causa⁵¹⁸, impenhorabilidade de bens⁵¹⁹.

do julgador; (v) a fundamentação das decisões judiciais; (vii) (*sic*) a busca da verdade; (viii) a celeridade, (ix) a coisa julgada material” in *Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 148-149.

⁵⁰⁸ *Convenções processuais... op. cit.*, p. 314.

⁵⁰⁹ STJ, 3ª Turma, embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial n. 1.379.385-MG, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 15/3/2016, publicado em 29/3/2016.

⁵¹⁰ STJ, 2ª Turma, agravo interno no recurso especial n. 1.593.819-SP, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 25/10/2016, publicado em 8/11/2016.

⁵¹¹ STJ, Corte Especial, embargos de divergência no recurso especial n. 815.214-RJ, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 24/10/2016, publicado em 8/11/2016.

⁵¹² STJ, 1ª Turma, recurso especial n. 1.513.017-MA, rel. Min. GURGEL DE FARIA, julgado em 15/9/2016, publicado em 14/11/2016.

⁵¹³ STJ, 3ª Turma, agravo regimental no recurso especial n. 1.372.278-MG, rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 24/5/2016, publicado em 10/6/2016.

⁵¹⁴ STJ, 4ª Turma, agravo regimental no recurso especial n. 1.356.487-SP, rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 20/10/2015, publicado em 27/10/2015.

⁵¹⁵ STJ, 4ª Turma, recurso especial n. 1.201.357-AC, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 8/9/2015, publicado em 29/9/2015.

⁵¹⁶ STJ, 2ª Turma, agravo regimental no agravo em recurso especial n. 261.990-RS, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 24/3/2015, publicado em 31/3/2015.

⁵¹⁷ STJ, 4ª Turma, agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial n. 396.902-ES, rel. Min. RAUL ARAÚJO, julgado em 19/8/2014, publicado em 16/9/2014.

⁵¹⁸ STJ, 3ª Turma, recurso especial n. 1.133.495-SP, rel. Min. MASSAMI UYEDA, julgado em 6/11/2012, publicado em 13/11/2012.

⁵¹⁹ STJ, 2ª Turma, agravo regimental no agravo em recurso especial n. 223.196-RS, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, julgado em 16/10/2012, publicado em 24/10/2012.

Portanto, se, por um lado inexistente um conceito unívoco de ordem pública processual, por outro, é possível encontrar diretrizes na lei e na doutrina para a sua aferição. Além disso, a constatação da ampla aplicação do conceito por nossos tribunais demonstra a impossibilidade de simplesmente excluí-lo da análise da licitude do objeto do negócio jurídico processual. Assim, há questões tradicionalmente consideradas como de ordem pública, como as condições da ação, a competência absoluta do juiz e o contraditório e a ampla defesa, que de forma incontestável não poderão ser objeto de negócio jurídico processual. Deve ser considerada de ordem pública também qualquer matéria inerente à função judicante, como a iniciativa probatória e o controle dos pressupostos processuais e condições da ação pelo juiz. Repare-se que às partes é permitido convencionar apenas sobre os *seus* ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (artigo 190 do Código de Processo Civil), não estando os poderes do juiz sujeitos ao seu poder de disposição⁵²⁰.

Como se não bastasse, os propósitos traçados pelo Código de Processo Civil e pela Constituição Federal também fornecem subsídios para definir quais questões são de ordem pública. Sabe-se, por exemplo, que um dos principais objetivos atualmente perseguidos por essas normas são a aceleração e a simplificação do processo. Assim, torna-se intuitivo que os negócios processuais que tornem o processo mais lento ou o procedimento mais complexo contrariarão essas diretrizes de primeira grandeza e, portanto, deverão ser considerados inválidos por ilicitude do objeto, por violação à ordem pública.

Por fim, retomando-se o tema dos *bons costumes*, que também estão tradicionalmente associados à licitude do objeto do negócio jurídico, deve-se ressaltar que, diferentemente da concepção de ordem pública, não se encontra mais utilidade ou aplicabilidade em tal ideia. Deve-se concordar com ANTONIO DO PASSO CABRAL no sentido de que se trata 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”⁵²¹.

Ademais, não se encontram decisões recentes no repositório do Superior Tribunal de Justiça que utilizem o conceito de violação aos *bons costumes*, excetuando-se os casos de homologação de sentença estrangeira, quando se faz menção genérica ao requisito de não

⁵²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 483.

⁵²¹ *Convenções processuais... op. cit.*, p. 302.

ofensa aos bons costumes. Trata-se, contudo, de requisito que consta apenas da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, promulgada em 1942, tendo sido retirado da redação do Código de Processo Civil de 2015 e do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que apenas exige a não ofensa à soberania nacional, à dignidade da pessoa humana e à ordem pública para a homologação (artigo 216-F).

Conclui-se que a concepção de *bons costumes* não pode ser aplicada para o fim de aferir a ilicitude do objeto do negócio jurídico processual e, como consequência, a sua validade, configurando-se expressão que já se encontra em desuso.

4.3.2.2 POSSIBILIDADE DO OBJETO

Na teoria geral do direito, quando se diz que o objeto do negócio jurídico deve ser possível, isso significa que ele deve ser algo que as forças humanas ou da natureza permitam ser realizado⁵²². A doutrina tradicional costuma distinguir entre possibilidade física e jurídica, sendo esta relativa aos casos em que o objeto do negócio contraria as normas do ordenamento jurídico⁵²³ – conceito análogo ao da ilicitude, o que retira a utilidade prática de tal distinção e a sua justificativa de ser.

Assim, aplicando-se a ideia da possibilidade do objeto ao processo, deve-se considerar como requisito de validade do negócio jurídico processual apenas a sua possibilidade *física*, que quer dizer que às partes, ao juiz e aos auxiliares da justiça deve ser humanamente possível cumprir as determinações estabelecidas no acordo processual. Caso, por exemplo, as partes convençionem que seu processo continuará tramitando durante o período do recesso de final de ano ou de férias forenses, inexistirão serventuários disponíveis para dar andamento ao processo naquele prazo determinado pelas partes, configurando-se tal objeto impossível. Seria impossível também que se acordasse um prazo de horas para que o perito entregasse o laudo técnico, principalmente se se tratasse de caso envolvendo questão complexa, pois seria humanamente impossível cumprir tal determinação.

⁵²² Cf. RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração...* op. cit., p. 134.

⁵²³ Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico...* op. cit, p. 54.

Tais convenções seriam inválidas e, portanto, poderiam deixar de ser aplicadas de ofício pelo juiz.

4.3.2.3 DETERMINAÇÃO DO OBJETO

O objeto de qualquer negócio jurídico deve ser também determinado ou determinável, ou seja, as partes devem enunciar o objeto do ajuste de modo certo, individualizando a prestação ou prestações em que consiste⁵²⁴. No âmbito do processo, tal requisito de validade abrange a necessidade de o negócio processual (a) versar sobre uma situação jurídica individualizada e concreta; (b) permitir que as partes tenham previsibilidade sobre a tramitação do processo; e (c) estabelecer de forma muito clara exatamente qual aspecto do procedimento está sendo alterado ou quais ônus, poderes, faculdades e deveres processuais estão sendo objeto de renúncia ou modificação.

A necessidade de o negócio processual versar sobre situação jurídica *individualizada e concreta* é especialmente importante nos casos de convenções prévias à instauração do processo. As partes devem conhecer, com segurança, exatamente os casos sobre os quais os efeitos daquele negócio incidirão, sendo nulas convenções genéricas, inseridas em cláusulas contratuais cujo conteúdo seja impreciso e que sequer demonstrem a qual situação jurídica se referem. Aplica-se a todos os negócios processuais, de forma análoga, a regra que dispõe que o foro de eleição só produz efeito quando aludir expressamente a determinado negócio jurídico (artigo 63, §1º do Código de Processo Civil). Conforme explica ANTONIO DO PASSO CABRAL, “a exigência se justifica para que não signifique uma renúncia ampla demais a qualquer direito processual em qualquer caso ou para qualquer processo futuro”⁵²⁵.

A *previsibilidade* do procedimento é igualmente importante, pois decorre da garantia constitucional do devido processo legal que o processo se desenvolva em ordem, com fases previamente definidas. Assim, a previsibilidade é pressuposto para que as partes atuem no

⁵²⁴ Cf. RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração...* op. cit., p. 150.

⁵²⁵ *Convenções processuais...* op. cit., p. 79.

processo sem surpresas, exercendo de forma plena o contraditório e a ampla defesa⁵²⁶. Ressalte-se que, uma vez que o objeto do negócio processual seja determinado e faça alusão expressamente sobre qual relação jurídica ou conflito incide, será um mecanismo para o incremento da previsibilidade no processo. Isso porque as partes já poderão conhecer, mais detalhadamente e antes mesmo do início do processo, o delineamento dos aspectos procedimentais daquela relação jurídica⁵²⁷. Já poderão saber, de antemão, em que foro tramitará aquela demanda, se haverá inversão do ônus da prova consensual, se eventual liquidação de sentença será por arbitramento, *etc.*

Além dos aspectos já referidos, a determinação do objeto do negócio jurídico processual implica que as *partes conheçam exatamente a respeito do quê dispõem*: a quais direitos renunciam e ao cumprimento de quais obrigações se comprometem. Se não se sabe exatamente qual o objeto do negócio jurídico, não é possível que se entenda que as partes estão a exercer sua autonomia privada, sendo nulo, portanto, o negócio que não preencha esse requisito de validade⁵²⁸.

4.3.3 FORMA

Sabe-se que não há negócio jurídico sem forma, pois a vontade das partes só adquire relevância jurídica quando é exteriorizada, declarada. A princípio, a forma por meio da qual a declaração pode ser realizada é *livre*, ou seja, pode ser escrita, oral, consubstanciar-se em determinado comportamento e, em alguns casos, até mesmo no silêncio, sempre que as circunstâncias negociais estiverem presentes. Há casos, porém, em que a lei exige que a vontade das partes seja declarada de forma especial, solene, sendo a forma escrita a mais

⁵²⁶ Sobre a previsibilidade, DIOGO ASSUMPÇÃO REZENDE DE ALMEIDA aduz que “essa faceta do devido processo legal exige um procedimento previsível, que evite surpresas aos litigantes, capazes de impedir ou tornar dificultoso o exercício do direito de ação e de defesa. Se a alteração do rito surpreende as partes e as impede de exercer livremente suas faculdades no processo, configurada estará a violação do desígnio constitucional e caberá a declaração de nulidade do processo desde o ponto em que a modificação procedimental produziu os efeitos contrários à cláusula do devido processo legal. No entanto, pela sua própria natureza, os acordos processuais não trazem surpresas ou sustos às partes, porquanto foram elas próprias que, de comum acordo e objetivando a aplicação de formato mais adequado às particularidades do conflito, estabeleceram as alterações. O novo rito ou a nova forma do ato processual são conhecidos dos litigantes e, por tal motivo, previsíveis” *in Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 155.

⁵²⁷ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 78.

⁵²⁸ Cf. *ibidem*.

comum. Nessas hipóteses, caso não se respeite a forma exigida, o negócio será nulo (artigos 107 e 166, IV do Código Civil).

No processo civil, o princípio geral é o mesmo: a forma para realização dos atos processuais – incluindo-se os negócios jurídicos – é *livre*, a não ser que haja prescrição legal estipulando a forma que o ato deve ter (artigo 188 do Código de Processo Civil). Ressalte-se que, apesar de comumente falar-se em forma “exigida pela lei”, a forma especial de declaração de vontade pode decorrer tanto dessa exigência da lei quanto de estipulação das próprias partes. É o caso, por exemplo, de cláusula aposta em contrato estabelecendo que qualquer modificação no procedimento ou disposição sobre situações jurídicas no processo já instaurado ou a instaurar só valerá com a observância da forma ajustada.

Aliás, nos casos de acordos processuais *prévios*, celebrados em conjunto com outro negócio jurídico de direito material, a forma eventualmente a ser observada será determinada pelo próprio direito material. Caso o negócio processual seja celebrado *após* a instauração do processo ou em instrumento separado do negócio material, que tenha por objeto unicamente a modificação do procedimento, será necessária a observância apenas das regras processuais⁵²⁹. São exemplos de negócios processuais que exigem forma especial *escrita* a cláusula arbitral (artigo 4º, §1º da Lei n. 9.307/96) e a eleição de foro (artigo 63, §1º do Código de Processo Civil).

Há autores que entendem que todos os negócios processuais necessariamente devem ter a forma *escrita*, pois, ainda que sejam celebrados oralmente durante audiência, deverão ser reduzidos a termo. Além disso, a documentação dos atos seria indissociável da realidade do processo, pois tudo o que é nele produzido deve permanecer acessível a todos, de forma a se garantir a publicidade e o contraditório⁵³⁰.

A esse respeito, não se nega que os atos em sentido amplo realizados ao longo do processo sempre são documentados por escrito nos autos, mesmo quando realizados oralmente, como ocorre no caso da audiência (artigo 367 do Código de Processo Civil) e de

⁵²⁹ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 290.

⁵³⁰ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?... *op. cit.*, p. 65. No mesmo sentido, TRÍCIA NAVARRO XAVIER CABRAL aduz que as convenções processuais “devem ser formuladas por escrito, não se admitindo a estipulação desse tipo de acordo de modo verbal. Isso porque seus termos têm a eficácia condicionada ao ingresso no processo e ainda sofrem controle por parte do juiz quanto à sua validade, sendo certo, também, que as cláusulas que incluem as prerrogativas do juiz dependem de sua concordância. Por esses motivos, a forma oral não seria adequada para os fins a que se destina a convenção em comento” *in* Convenções em matéria processual... *op. cit.*

decisões, sentenças ou acórdãos proferidos oralmente (artigo 205, §1º do Código de Processo Civil). Contudo, o fato de tais atos serem registrados por escrito decorre do *princípio da documentação*⁵³¹, já que no modelo de processo adotado por nosso ordenamento jurídico predomina a forma escrita. Além disso, pode-se dizer também que a documentação dos atos realizados por outras formas constitui meio de *prova* da sua realização, e não requisito de sua validade. Conforme explica ANTONIO DO PASSO CABRAL, “é claro que a documentação do acordo por escrito facilita a prova de sua celebração; mas isso não torna a escritura necessária para avaliar-se-lhe a validade”, de forma que, “de regra, a forma escrita é apenas *ad probationem tantum*”⁵³².

É claro que será sempre recomendável que os negócios processuais sejam celebrados por escrito, pois tal forma facilitará a determinação do objeto, a compreensão das partes acerca da abrangência do negócio e constituirá meio de prova que mais facilmente comprovará a sua celebração. Contudo, disso não decorre que deverá obrigatoriamente, em qualquer caso, ser escrito. É possível que as partes gravem um vídeo ou um áudio celebrando negócio processual; ou que, durante a audiência de conciliação ou de mediação, ou de instrução e julgamento convençionem a alteração de algum aspecto processual ou renunciem a direito processual de que disponham. Em todos esses casos, mesmo antes da documentação do negócio nos autos do processo, ele já será válido e vinculará as partes. Lembre-se de que a maioria dos negócios típicos não exige qualquer forma especial e tampouco o faz a cláusula geral de negociação, que permite a celebração de negócios atípicos (artigo 190 do Código de Processo Civil).

Apesar de vigor o princípio da liberdade de formas processuais, deve-se ressaltar que a declaração de vontade, não importando a forma por meio da qual se exteriorize, deverá sempre ser *inequívoca*, pois não é possível que o negócio jurídico processual seja *presumido*. Nesse sentido, DIOGO ASSUMPÇÃO REZENDE DE ALMEIDA aduz que “a ausência de forma prevista em lei não permite às partes a veiculação de declaração incompreensível, que cause ao destinatário a incerteza quanto ao seu conteúdo e não possibilite, por conseguinte, alcançar sua finalidade”⁵³³. Assim, principalmente quando se estiver diante de negócio *bilateral*, o

⁵³¹ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo...* op. cit., p. 386.

⁵³² *Convenções processuais...* op. cit., p. 290.

⁵³³ *Das convenções processuais no processo civil...* op. cit., p. 127-128.

silêncio de uma das partes em relação à proposta da outra só poderá ser interpretado como aquiescência nos casos em que a lei assim determinar.

Por fim, é importante ressaltar que a nulidade dos atos processuais em geral, e, de maneira especial do negócio jurídico, decorrente do descumprimento da forma especial prescrita pela lei ou estabelecida pelas partes não é automática. Além de a liberdade da forma dos atos processuais ser a regra, como visto acima (artigo 188 do Código de Processo Civil), o Processo Civil é informado pelo princípio da *instrumentalidade das formas*, de acordo com o qual o ato realizado sem respeitar a forma prescrita poderá permanecer válido caso tenha atingido a sua finalidade⁵³⁴ (artigo 277 do Código de Processo Civil). Como se não bastasse, no processo não se anula ou declara a nulidade de atos que não tenham causado *prejuízo* às partes (artigo 249, §1º e §2º do Código de Processo Civil).

Desse modo, no âmbito do processo, pode ser que o negócio processual celebrado sem observar a forma especial prescrita pela lei ou estabelecida pelas partes não seja necessariamente nulo. O descumprimento da forma deve ser analisado sempre em conjunto com o objetivo ou escopo do negócio processual e com o eventual dano causado pela inobservância da forma especial. Atingindo-se o escopo e inexistindo prejuízo, o negócio será *válido*.

4.3.4 AGENTE

Prosseguindo-se na análise dos requisitos de validade do negócio jurídico processual, passa-se a verificar agora as características que os elementos gerais *extrínsecos* devem possuir para serem válidos. Inicialmente, como dito acima, constata-se que o agente deve ser *capaz e legitimado* para a celebração do negócio jurídico.

Na teoria geral, capacidade negocial é a aptidão da pessoa para adquirir direitos ou contrair obrigações por meio de negócios jurídicos⁵³⁵. Consideram-se *absolutamente* incapazes os menores de dezesseis anos (artigo 3º do Código Civil) e *relativamente* incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em

⁵³⁴ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, p. 117-140, mai/2016.

⁵³⁵ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, vol. 1: parte geral*, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 358.

tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos (artigo 4º do Código Civil). Tais pessoas somente poderão celebrar negócios jurídicos se *representadas*, no caso da incapacidade absoluta, ou se *assistidas*, no caso da incapacidade relativa, hipóteses em que o negócio será válido.

No processo a capacidade das partes tem regras próprias, dividindo-se em (a) *capacidade de ser parte*, que significa a aptidão para ser parte ou transformar-se em parte, voluntária ou compulsoriamente no processo, ou seja, para assumir a condição de titular da relação processual⁵³⁶; (b) *capacidade processual*, que é a aptidão da pessoa para figurar por si só em determinado processo, derivada da capacidade de exercício para os atos da vida civil⁵³⁷; e (c) *capacidade postulatória*, que consiste na aptidão para realizar os atos do processo de maneira eficaz.

A respeito da *capacidade de ser parte*, o Código de Processo Civil dispõe que toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo (artigo 70). Para estar em juízo, basta ser pessoa natural ou jurídica, não importando sua capacidade civil.

Contudo, o absolutamente incapaz e o relativamente incapaz não possuem *capacidade processual*, que, em regra, é a mesma que se reclama para os atos da vida civil, incluindo-se a celebração de negócios jurídicos. Nesses casos, o Código de Processo Civil também dispõe que os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, a depender do tipo de incapacidade (artigo 71 e seguintes). Lembre-se de que a capacidade processual é um pressuposto processual, cuja ausência impede a formação válida da própria relação processual.

Ressalte-se, ainda, que há certas hipóteses especiais em que se permite que determinadas massas patrimoniais personalizadas, ou “pessoas formais”⁵³⁸ sejam também parte no processo, apesar de não possuírem personalidade jurídica. Trata-se da massa falida, da herança jacente ou vacante e o espólio (artigo 75, V, VI e VII do Código de Processo Civil). Assim como no caso dos incapazes, essas pessoas formais serão *representadas* em juízo pelo administrador judicial, pelo curador ou pelo inventariante, respectivamente.

⁵³⁶ Cf. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 1... op. cit.*, p. 100.

⁵³⁷ Cf. *ibidem*, p. 110.

⁵³⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 275.

Por fim, toda parte deve ser representada em juízo por advogado, que é o exclusivo detentor da *capacidade postulatória* em nosso sistema processual⁵³⁹ (artigo 103 do Código de Processo Civil e artigo 1º, I do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), ressalvadas as exceções legais.

Ora, o artigo 190 do Código de Processo Civil permite que celebrem negócio jurídico processual as partes *plenamente capazes*. Contudo, diante do complexo quadro em que a capacidade das partes no âmbito civil e processual está inserida, deve-se perguntar a qual capacidade exatamente o diploma processual se refere. Todas as espécies de capacidade apresentadas devem estar presentes para o negócio processual ser válido?

Deve-se considerar, inicialmente, a *sede* em que tal ato será realizado e a *norma* que o regerá. Sabe-se que é possível celebrar negócios processuais antes ou durante o trâmite do processo. No primeiro caso, DIOGO ASSUMPCÃO REZENDE DE ALMEIDA considera que “a capacidade é regida pelo direito material quando a convenção é pré-processual” e que, no segundo, a capacidade é processual e devem estar presentes tanto a capacidade de ser parte quanto a capacidade processual⁵⁴⁰. Já LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA entende que “ainda que o negócio processual seja celebrado fora ou antes do processo, aplicam-se as normas processuais; é preciso que haja capacidade processual”⁵⁴¹. FREDIE DIDIER JR., por sua vez, aduz que “é a capacidade processual o requisito de validade exigido para a prática dos negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190 do CPC”, acrescentando que, para ser considerada capaz, a parte não pode ser vulnerável⁵⁴².

É possível inferir que a capacidade para celebração de negócio jurídico processual deve ser regulada tanto pelo direito material como pelo direito processual⁵⁴³. Tratando-se de

⁵³⁹ Cf. *ibidem*, p. 327.

⁵⁴⁰ *Das convenções processuais no processo civil.. op. cit.*, p. 126.

⁵⁴¹ *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293... op. cit.*, p. 56. No mesmo sentido, ANTONIO DO PASSO CABRAL aduz que “como a convenção é um negócio jurídico processual, destinado a produzir efeitos num processo (mesmo futuro), deve, em princípio, respeitar os pressupostos processuais” *in Convenções processuais... op. cit.*, p. 274.

⁵⁴² O autor apresenta um novo tipo de capacidade processual, a “capacidade processual negocial”, que inclui o conceito de vulnerabilidade, veja-se: “o parágrafo único do art. 190 traz hipótese específica de *incapacidade processual negocial*: a incapacidade pela situação de vulnerabilidade. Há vulnerabilidade quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica, fazendo com que a negociação não se aperfeiçoe em igualdades de condições” *in Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 390. No presente trabalho, contudo, entende-se a vulnerabilidade como fator a ser considerado quando se analisa outro requisito de validade: a declaração de vontade livre e consciente.

⁵⁴³ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 273.

peças plenamente capazes, a disciplina do direito processual será *coincidente* com a do direito material, pois quem é plenamente capaz tem capacidade processual. Assim, as partes do negócio poderão celebrá-lo antes ou depois da instauração do processo, por si só, sem necessidade de assistência ou representação. Sendo coincidentes as regras privadas e processuais nesse caso, não se coloca a questão sobre qual prevalecerá no regimento do negócio.

O problema se apresenta quando se está diante de pessoas civilmente incapazes, pois, como já referido, o Código de Processo Civil dispõe que as partes *plenamente* capazes poderão celebrar negócios processuais. Pois bem, sabe-se que nos negócios jurídicos privados bastam a assistência ou a representação para que o requisito da capacidade do agente se satisfaça e o negócio seja válido em relação aos absolutamente ou relativamente incapazes. O mesmo raciocínio se aplica, então, ao negócio processual? Ou as partes incapazes, mesmo que estejam assistidas ou representadas no processo, não podem celebrar negócios processuais?

FLÁVIO YARSHELL entende que, o fato de a lei processual referir-se de forma expressa a partes *plenamente* capazes “exclui a possibilidade de que seja celebrado por absolutamente incapazes – ainda que na pessoa de seus representantes legais – e por relativamente incapazes – mesmo que regularmente assistidos”⁵⁴⁴. ANTONIO DO PASSO CABRAL, por outro lado, considera que se deve admitir que os incapazes celebrem negócios processuais, desde que assistidos ou representados, pois “estes pactos podem beneficiar o vulnerável, ampliando prazos, facilitando-lhes a produção de prova ou conferindo oportunidade de ajuizamento da demanda em foro mais próximo de sua residência”⁵⁴⁵.

Deve-se concordar com o posicionamento de que não é válido o negócio processual celebrado por incapaz, mesmo que assistido ou representado. Não se pode presumir que o Código de Processo Civil se referiu a “partes plenamente capazes” querendo abranger as partes relativamente e absolutamente incapazes também, pois, ainda que representadas ou assistidas, continuam sendo consideradas mais fracas pelo Estado. Não é por outro motivo que, sempre que o processo envolva interesse de incapaz, o Ministério Público deverá, obrigatoriamente, intervir como fiscal da ordem jurídica (artigo 178, II do Código de

⁵⁴⁴ Convenção das partes em matéria processual... *op. cit.*, p. 73.

⁵⁴⁵ *Convenções processuais...* *op. cit.*, p. 277.

Processo Civil). Nesses casos, o objetivo do *Parquet* é garantir um contraditório equilibrado e efetivo, que estaria ameaçado diante da incapacidade de uma das partes⁵⁴⁶.

Assim, não seria mesmo coerente exigir-se a participação do Ministério Público ao longo de todo o processo envolvendo incapazes e, ao mesmo tempo, permitir-se que eles estipulassem mudanças no procedimento ou convencionassem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Portanto, é inválido o negócio *processual* celebrado por incapazes antes ou durante o trâmite do processo; se a parte for relativamente incapaz, haverá anulabilidade; se a incapacidade for absoluta, haverá nulidade⁵⁴⁷.

Não se ignora, contudo, que, como visto acima, o negócio processual celebrado pelo incapaz possa lhe ser favorável por facilitar a sua defesa ou a produção de provas, por exemplo. Nesses casos, porém, o negócio ainda assim será inválido. É possível que ele não seja anulado ou declarado nulo se verificar-se que não houve qualquer *prejuízo* ao incapaz (artigo 282, §1º do Código de Processo Civil) e, ainda, se o mérito da demanda possa ser decidido em favor do incapaz, a quem aproveitaria a invalidação do negócio (artigo 282, §2º do Código de Processo Civil). Contudo, o aproveitamento do ato inválido, não lhe retira a invalidade nem é apto a suprimir o requisito da capacidade plena para celebrar negócio processual.

Em resumo: a capacidade civil plena do agente, que corresponde à capacidade processual, é requisito de validade do negócio jurídico processual. Portanto, sendo o negócio celebrado por incapaz *antes* ou *durante* o trâmite do processo, será inválido, mesmo que haja assistência e representação. Contudo, se o negócio for favorável ao incapaz e não houver prejuízo que justifique, no âmbito do processo, a sua invalidação, poderá permanecer hígido.

Ressalte-se, ainda, que as *massas patrimoniais*, que não gozam de personalidade jurídica, poderão também celebrar negócios processuais durante o processo⁵⁴⁸. Aqui não há

⁵⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 8 ed... *op. cit.*, p. 886.

⁵⁴⁷ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?... *op. cit.*, p. 74. De acordo ainda com o autor, “poder-se-ia argumentar que, diante do caráter taxativo da lei processual (que falou em ‘partes plenamente capazes’), a consequência seria sempre a da nulidade de pleno direito, qualquer que fosse o grau de incapacidade civil. Contudo, não se vislumbra razão jurídica para que não incida a regra do inciso I do art. 171 do Código Civil. Portanto, sendo caso de anulabilidade, só por demanda própria ela poderá ser reconhecida, sendo vedado o reconhecimento de ofício. Aliás, a norma do art. 177 do Código Civil, nesse particular, está em harmonia com aquela contida no § único do art. 191 do CPC 2015, que falou do controle judicial de ofício nos casos de ‘nulidade’”.

⁵⁴⁸ BARBOSA MOREIRA aduz, a esse respeito, que “a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, o condomínio, para o direito civil não são pessoas, nem podem, por isso mesmo, praticar validamente atos

incapacidade civil; civilmente tais “pessoas formais” não existem. Admite-se essa figura nas relações processuais como própria decorrência do processo que tenha por objeto falência, inventário e a arrecadação de bens da herança jacente ou vacante. Assim, não faria sentido que a lei processual permitisse que tais entes participassem do processo e estivessem sujeitos às regras procedimentais, sem poder, também, alterá-las⁵⁴⁹. Nesses casos as massas patrimoniais serão representadas pelo administrador judicial, pelo curador ou pelo inventariante e, até mesmo porque só existem no âmbito do processo e seus representantes também são nomeados judicialmente, não se cogita da celebração de negócio processual por esses entes de forma *prévia* ao processo.

Por fim, deve-se fazer breve menção à *capacidade postulatória*. Antes ou durante o trâmite do processo não se exige a presença de advogado para que o negócio processual seja celebrado validamente, pois, apesar de ter por objeto situações jurídicas processuais e o próprio procedimento, não se trata de ato processual. Assim, somente seria necessária a presença de advogado para a validade do negócio jurídico se a lei impusesse tal requisito, o que não ocorre no presente caso⁵⁵⁰. Apesar disso, caso o negócio processual seja celebrado após instaurado o processo e seja necessária a homologação do juiz para a produção de efeitos, ou até mesmo no caso de negócio unilateral que precisa ser documentado nos autos do processo, será necessária capacidade postulatória para a realização desses atos inerentes ao negócio processual, mas não para a celebração do negócio em si.

Ressalte-se que, mesmo não sendo requisito de validade a capacidade postulatória, é sempre *recomendável* a presença de um advogado no momento em que o negócio processual for celebrado, já que se está diante de matéria técnica, que pode não ser inteiramente compreendida pelos leigos. É possível também que o advogado celebre o negócio processual *em nome da parte*, mas, para isso, é preciso que tenha recebido procuração com poderes especiais. Se a procuração conferida ao advogado para atuar no processo instaurado desde o

jurídicos privados; permite-se-lhes, entretanto, figurar como partes de um processo e, pois, realizar atos processuais de cuja validade, por esse ângulo, não há duvidar” in *Convenções das partes sobre matéria processual... op. cit.*

⁵⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?... op. cit.*, p. 75.

⁵⁵⁰ Cf. *ibidem*, p. 76.

começo já contiver cláusula específica conferindo poderes para celebrar negócios processuais, ele estará desde logo habilitado para esse fim⁵⁵¹.

Antes de concluir o presente item, deve-se lembrar de que além de capaz, foi dito acima que o agente deve ser *legitimado* para a celebração do negócio jurídico. Quando se discute a legitimação do agente, não se analisam as condições pessoais do agente, como a sua idade ou suas qualidades físicas ou psíquicas, mas sim a posição de determinadas pessoas diante do objeto do negócio jurídico, ou seja de suas *relações jurídicas*⁵⁵². Um exemplo comumente utilizado no direito privado refere-se à venda de um bem de um ascendente para um descendente, em que, mesmo se todas as partes envolvidas forem plenamente capazes, sem o expreso consentimento dos demais descendentes, não há legitimação para a celebração do negócio (artigo 496 do Código Civil).

No processo civil, uma questão de legitimação que se aplica aos negócios processuais diz respeito às pessoas casadas, que sempre deverão contar com o consentimento do cônjuge em demandas que versem sobre direito real imobiliário, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens (artigo 73 do Código de Processo Civil). Assim, nesse tipo de processo será igualmente necessário o consentimento do cônjuge para a celebração de negócio processual *válido*. Perceba-se que se está diante de pessoas plenamente capazes (já que casadas), mas que, para atos que tenham esse objeto específico, precisam de algo a mais para que sejam considerados válidos: trata-se da legitimação⁵⁵³.

⁵⁵¹ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293... op. cit.*, p. 59.

⁵⁵² EMILIO BETTI bem explica a diferença entre capacidade e legitimação: “la legittimazione, a differenza della capacità, dipende da una particolare relazione del soggetto con l’oggetto del negozio. (...) La legittimazione della parte può definirsi come la sua *competenza ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento d’interessi* avuto di mira: competenza, la quale risulta da una specifica *posizione del soggetto rispetto agli interessi* che si tratta di regolare. Questione di legittimazione è di vedere da *chi* e in confronto a *chi* il negozio sia *rettamente* concluso, affinché possa spiegare gli effetti giuridici conformi alla sua funzione e aderenti altresí all’assetto d’interessi divisato dalle parti” in *Teoria generale del negozio giuridico... op. cit.*, p. 221 (Tradução livre: a legitimação, em contraste com a capacidade, depende da relação particular do sujeito com o objeto do negócio. (...) A legitimação da parte pode ser definida como a sua competência para receber ou sofrer os efeitos jurídicos do regramento de interesses que se tem em vista: competência que resulta de uma posição específica do sujeito em relação aos interesses que estão sendo regulados. A legitimação é uma questão de analisar-se quem pode celebrar quais negócios corretamente, para que se possam explicar os efeitos jurídicos conforme a sua função e também à disposição de interesses objetivada pelas partes).

⁵⁵³ Não se concorda com o posicionamento de ANTONIO DO PASSO CABRAL, para quem as pessoas casadas “embora sejam capazes materialmente, sofrem restrições na sua capacidade processual”, pois a elas não é possível “convencionar sobre o processo a respeito de uma ação real imobiliária sem a participação do seu cônjuge” in *Convenções processuais... op. cit.*, p. 278. Como visto acima, não se trata de problema relacionado à capacidade dos cônjuges, e sim à sua legitimação para esse ato específico.

4.3.5 TEMPO E LUGAR

O *tempo* do negócio jurídico será *útil* para ser válido. Isso significa que, se o ordenamento jurídico estabelecer que o negócio jurídico seja celebrado em determinado momento, da efetiva conclusão do negócio nesse momento dependerá a sua validade⁵⁵⁴. O Código de Processo Civil dispõe, como se sabe, que os negócios processuais podem ser celebrados *antes* ou *durante* o processo, ou seja, antes do surgimento do litígio, após o seu surgimento mas antes da propositura de demanda, durante o processo e em qualquer de suas fases, seja recursal, seja executiva⁵⁵⁵.

Contudo, por óbvio, apenas terão sido celebrados em tempo útil os negócios que puderem produzir efeitos sobre o ato processual que pretendem modificar ou sobre a situação jurídica de que pretendem dispor. Por exemplo, as partes só poderão alterar um prazo ou renunciar-lhe antes do seu término; só poderão eleger o foro de tramitação do processo antes dele ser distribuído; só poderão desistir do prosseguimento do processo até a prolação da sentença; só poderão convencionar o adiamento da audiência até a sua abertura; deverão escolher consensualmente o perito antes de a perícia se iniciar. Conclui-se então que, desrespeitados os limites *temporais* de cada ato processual, o negócio será inútil para a atividade processual e, portanto, inválido.

Além disso, os negócios processuais devem respeitar os limites ao tempo de realização dos atos processuais dispostos no Código de Processo Civil, no sentido de que os atos serão realizados das seis às vinte horas, em dias úteis, observando-se também sempre o horário de funcionamento dos fóruns, para os atos que lá devam ser realizados, entre outras determinações que dizem respeito a férias forenses, feriados, *etc.* (artigos 212 a 216). Na verdade, a observância dessas regras dispostas no Código de Processo Civil diz respeito à licitude do objeto do negócio processual; contudo, como elas se referem ao tempo dos atos processuais que serão negociados pelas partes, entendeu-se oportuno apresentar essa breve referência nesta oportunidade.

⁵⁵⁴ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia... op. cit.*, p. 43.

⁵⁵⁵ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 286-287.

O *lugar* do negócio jurídico, por sua vez, deverá ser *apropriado* ao que determina o ordenamento jurídico. Como visto, os negócios processuais podem ser celebrados no âmbito do processo, por meio de peticionamento conjunto ou unilateral nos autos – nos casos em que não apenas se informa a celebração do negócio, mas se declara a vontade por meio da petição – ou em audiência, e também fora dele, em instrumento apartado, tanto antes da instauração do processo quanto depois. Observe-se, contudo, que o artigo 217 do Código de Processo Civil dispõe que, em regra, os atos processuais se realizarão na sede do juízo, ou seja, no edifício do fórum do tribunal competente para a causa⁵⁵⁶. Disso decorre que, caso o negócio processual exija a declaração de vontade do juiz, como ocorre no calendário processual e no saneamento compartilhado do processo, é nesse lugar que tais convenções deverão ser aperfeiçoadas.

Além disso, também nessa hipótese deverão ser respeitados os limites dispostos na lei, no sentido de que as partes, por exemplo, não podem escolher lugar diverso do fórum ou do tribunal para que tenha lugar audiência na qual poderão celebrar negócio processual⁵⁵⁷. Por fim, caso se trate de negócio processual *típico*, deve-se verificar se a lei impõe algum requisito específico no que diz respeito ao lugar para a validade do negócio.

4.3.6 NULIDADE E ANULABILIDADE

O estudo dos requisitos de validade dos negócios processuais é importante para que se saiba em quais casos ele poderá ser anulado ou declarado nulo pelo juiz. Como visto, sendo o regime do negócio processual misto, devem-se buscar os vícios geradores de sua nulidade ou anulabilidade tanto na lei civil quanto na processual. Sabe-se que há vícios menos graves, que levam à anulabilidade dos negócios jurídicos e dos atos processuais em geral, e há vícios mais graves, que culminam na sua nulidade. Apesar de serem várias as teorias doutrinárias acerca das invalidades no direito privado e processual, adotar-se-á no presente trabalho

⁵⁵⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 519.

⁵⁵⁷ Também aqui se está diante de ilicitude do objeto, apresentada oportunamente neste item referente ao lugar do negócio processual apenas por afinidade temática.

apenas a distinção entre nulidade e anulabilidade, sem considerar outras classificações como nulidade absoluta e relativa, invalidade cominada ou não cominada, *etc*⁵⁵⁸.

Assim, é *nulo* todo negócio processual que não possua determinados requisitos de validade considerados tão relevantes à ordem pública que os interesses das partes não podem prevalecer. Como visto acima, identificar exatamente os casos em que há violação à ordem pública ou a normas cogentes não é tarefa fácil, pois muitas vezes a natureza dessas normas não é clara. De qualquer forma, há requisitos cuja ausência a própria lei aponta como ensejadores de nulidade, como os dispostos nos artigos 166 e 167 do Código Civil, entre os quais se ressaltam a capacidade do agente, a licitude do objeto, a forma prescrita em lei, e a existência de simulação. No âmbito no processo, consideram-se nulas também a inserção em contrato de adesão e a existência de parte em situação de vulnerabilidade (artigo 190 do Código de Processo Civil).

A *anulabilidade*, por outro lado, tem por objetivo reprimir negócios jurídicos que foram celebrados em condições reprováveis, mesmo que os requisitos de validade estejam todos presentes. Entende-se comumente que o defeito que dá ensejo à anulação é menos grave do que aquele que gera a nulidade, pois recai sobre interesses privados das partes. Tratam-se, por exemplo, dos negócios celebrados com erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão (artigo 171 do Código Civil)⁵⁵⁹.

A principal diferença entre as duas espécies de invalidade é que, enquanto a nulidade é declarável de ofício pelo juiz, a anulabilidade depende da iniciativa da parte. Tal conclusão decorre não apenas do que dispõe o artigo 177 do Código Civil, no sentido de que a anulabilidade não se pronuncia de ofício, mas também da própria redação do artigo 190 do Código de Processo Civil, que dispõe que o juiz controlará a validade dos negócios processuais, mas somente poderá deixar de aplicar os *nulos*⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Para tais classificações, ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 1... op. cit.*, p. 1.629 ss.

⁵⁵⁹ Este dispositivo também apresenta como anulável o negócio celebrado por agente relativamente incapaz; contudo, no presente trabalho entende-se que somente agentes plenamente capazes podem celebrar negócios processuais, conforme dispõe o artigo 190 do Código de Processo Civil. Portanto, a celebração de negócios processuais por agentes absoluta ou relativamente incapazes tornariam tais negócios nulos, de forma indistinta.

⁵⁶⁰ Apesar de referir-se aos atos processuais em geral, sem tratar especificamente dos negócios jurídicos processuais, a diferenciação apresentada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR é bastante esclarecedora, veja-se: “A nulidade é, portanto, uma sanção que incide sobre a declaração de vontade contrária a algum preceito do direito positivo. Essa sanção – privação de validade – admite, porém, graus de intensidade. Quando a ilegalidade atinge a tutela de interesses de ordem pública, ocorre a *nulidade* (ou *nulidade absoluta*), que ao juiz

Assim, mesmo nos casos em que a lei não exige homologação judicial para que o negócio processual produza efeitos, o juiz sempre controlará a sua validade⁵⁶¹. Constatando a existência de nulidade, deve declará-la de ofício, de forma incidental. É desnecessária decisão específica com o objetivo de declarar a nulidade, sendo suficiente que, diante da nulidade, o juiz simplesmente deixe de aplicar o negócio jurídico celebrado pelas partes⁵⁶². À parte interessada também é permitido alegar a nulidade, o que igualmente deve ser feito de forma *incidental* no processo em que o negócio processual deveria ser aplicado.

Caso se esteja diante de *anulabilidade*, o juiz nada poderá fazer, devendo aguardar que o defeito se convalide ou que a parte interessada promova a invalidação do negócio processual. Neste último caso, será necessária a propositura de uma demanda *autônoma*, pois o seu objeto enseja cognição própria, que não seria compatível com a cognição do objeto da outra demanda à qual o negócio processual se aplicaria⁵⁶³. De acordo com BARBOSA MOREIRA, essa demanda deve seguir a disciplina da *ação anulatória* disposta no §4º do artigo 966 do Código de Processo Civil, que tem por objeto “os atos de disposição praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo”, devido à sua “identidade de *ratio*”⁵⁶⁴. Por isso, apesar de o dispositivo fazer referência aos atos de disposição *homologados* pelo juiz, não há dúvida de que pode ser proposta também para anular negócios processuais que não dependem de homologação, mas que são inválidos por algum motivo⁵⁶⁵.

cumprir decretar de ofício, quando conhecer do ato processual viciado (não depende, pois, de requerimento da parte prejudicada; o prejuízo é suportado diretamente pela jurisdição). Sempre, porém, que a ilegalidade tiver repercussão sobre interesse apenas privado da parte (que, por isso, tem disponibilidade do direito tutelado pela norma ofendida), o que ocorre é a *anulabilidade* (ou *nulidade relativa*). Pela menor repercussão social do vício, a lei reserva para o titular da faculdade prejudicada o juízo de conveniência sobre anular ou manter o ato defeituoso. Não cabe ao juiz, por sua própria iniciativa, decretar a invalidação de ato apenas anulável. Sem o requerimento da parte interessada, o ato se convalida (é como se não portasse o defeito que nele se instalou)” *in Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I... op. cit.*, p. 587.

⁵⁶¹ GRECO, Leonardo. *Convenções processuais versus poderes do juiz* (palestra)... *op. cit.*

⁵⁶² Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA apresenta o seguinte exemplo: se “o juiz se defronta com determinada convenção acerca da distribuição do ônus da prova e verifica que é indisponível o direito controvertido no processo, deve declará-la nula (CPC, art. 333, parágrafo único, I) [artigo 373, §3º, I do Código de 2015] e julgar a lide, sendo o caso, a *luz* das regras legais sobre a matéria. Não há necessidade de prévia decisão que invalide o ato. A nulidade é declarável *ex officio*” *in Convenções das partes sobre matéria processual... op. cit.*

⁵⁶³ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?... op. cit.*, p. 77.

⁵⁶⁴ *Convenções das partes sobre matéria processual... op. cit.*

⁵⁶⁵ Essa é também a opinião de FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, para quem “a desnecessidade de homologação do ato de disposição de direitos – que, aliás, é a regra geral do sistema, sendo

Referida demanda tem natureza *constitutiva negativa* e, se julgada procedente, o negócio jurídico processual impugnado será anulado⁵⁶⁶. Além disso, o prazo para a anulação do negócio jurídico será aquele previsto na lei, de acordo com o vício que se alegar. Caso se esteja diante de algum vício de consentimento, o prazo decadencial será de quatro anos (artigo 178 do Código Civil); caso a anulabilidade decorra de vício sem prazo previsto em lei, incide o prazo genérico de dois anos disposto no artigo 179 do Código Civil⁵⁶⁷. Enquanto não impugnado, prevalece o negócio processual inválido, para todos os efeitos.

Ressalte-se, ainda, que, como incidem regras de direito material e processual, aplicam-se à anulação e declaração de nulidade as seguintes regras processuais também: (a) as partes devem manifestar-se sobre a invalidade na primeira oportunidade em que falarem nos autos, sob pena de preclusão (artigo 278 do Código de Processo Civil); (b) não se reconhece a invalidade se não houver prejuízo para as partes (artigo 282, §1º do Código de Processo Civil); (c) não se reconhece a invalidade quando o juiz puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a sua declaração (artigo 282, §2º do Código de Processo Civil); (d) a invalidade de um negócio jurídico processual não prejudica outros atos processuais que sejam independentes dele (artigo 281 do Código de Processo Civil)⁵⁶⁸.

Por fim, frise-se que, se inserido como cláusula de contrato celebrado previamente à instauração do processo, deve-se entender que o negócio processual é *autônomo* em relação ao contrato, de forma que a invalidade deste não afeta a validade da cláusula em que o negócio processual está previsto. Trata-se de aplicação analógica do que dispõe o artigo 8º da Lei de Arbitragem, que se faz útil caso, por exemplo, as partes tenham eleito determinado foro para a solução de litígios advindos de sua relação ou até mesmo já estabelecido a inversão do ônus da prova e dividido os custos da produção de eventual perícia. Caso seja proposta demanda justamente para impugnar a validade daquele contrato, as cláusulas que

conveniente lembrar o disposto no art. 200 do CPC/2015 – não impede a sua invalidação. Ou seja: é possível invalidar atos de disposição de direitos que não foram homologados pelo juiz. A redação do §4º do art. 966 pode levar ao entendimento de que o ato de disposição da parte somente pode ser invalidado após a sua homologação. Assim, é plenamente possível, por exemplo, a invalidação de uma convenção processual atípica, celebrada nos termos do art. 190, e, portanto, não homologada, em que tenha havido disposição de direitos por alguma das partes” in Ação rescisória e a ação de invalidação de atos processuais previstas no art. 966, §4º, do CPC/2015, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 252, p. 231-241, fev/2016.

⁵⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal – vol. III*, 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 871.

⁵⁶⁷ Cf. *ibidem*.

⁵⁶⁸ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?... *op. cit.*

preveem negócios processuais devem continuar hígidas, a não ser que elas próprias possuam algum vício que as invalide.

4.4 FATORES E MOMENTO DE EFICÁCIA

Seguindo-se ainda a classificação proposta por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, chega-se nesse momento à análise do plano da eficácia do negócio jurídico, que diz respeito à produção dos efeitos manifestados como queridos pelas partes. Os fatores de eficácia são algo extrínseco ao negócio, que dele não participa, mas contribui para a obtenção do resultado pretendido pelas partes⁵⁶⁹. Dividem-se em (a) *fatores de atribuição da eficácia em geral*; (b) *fatores de atribuição da eficácia diretamente visada*; e (c) *fatores de atribuição de eficácia mais extensa*.

Os *fatores de atribuição da eficácia em geral* são aqueles sem os quais o ato praticamente não produz efeitos. No âmbito do processo, são exemplos os negócios celebrados sob condição suspensiva, como no caso já referido em que as partes, ao escolher consensualmente o perito de sua preferência renunciam ao direito de impugnar o laudo, mas apenas se ele for conclusivo. Assim, a renúncia ao direito de impugnar o laudo não produzirá efeitos imediatos, mas dependerá da ocorrência do evento futuro e incerto *entrega de laudo pericial conclusivo*.

Outro fator de eficácia em geral muito comum no processo é a *homologação* pelo juiz dos negócios processuais celebrados pelas partes. Como visto no capítulo anterior, em regra, os negócios processuais produzem efeitos imediatamente sobre o processo e independentemente de homologação judicial (artigo 200 do Código de Processo Civil)⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia...* *op. cit.*, p. 55.

⁵⁷⁰ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA aduz que “A eficácia é, em regra, *imediata*, independente de homologação da convenção pelo juiz. Ainda a considerar-se limitado aos ‘atos processuais em sentido estrito’ o âmbito da incidência direta do art. 158 do CPC [art. 200 do novo CPC] (...), o qual, destarte não abrangeria as convenções celebradas em sede extrajudicial, inexistente razão para que estas se submetam, no particular, a regime diverso. Assim, diante de convenção que distribua o onus probandi de modo diferente do previsto no art. 333 [art. 373 do novo CPC], o que cabe ao órgão judicial é, pura e simplesmente, se for o caso, e desde que o ato não seja nulo, aplicar as regras convencionais, em vez das legais, para decidir a lide. Não há necessidade de pronunciamento homologatório, salvo disposição legal em contrário” *in* Convenções das partes sobre matéria processual... *op. cit.* Na França o *Code de procédure civile* não contém nenhuma disposição referente à regulação dos negócios processuais celebrados durante o trâmite do processo. Por isso, a necessidade de homologação judicial é construção jurisprudencial, conforme explica LOÏC CADIET, “La pratique en témoignage, en tout cas, et, à défaut de disposition légale, la jurisprudence règle le sort de ces conventions. Ce sort varie

Contudo, há hipóteses em que a lei exige a homologação pelo juiz como fator de eficácia do negócio processual⁵⁷¹. Trata-se dos casos da desistência do prosseguimento do processo (artigo 200, parágrafo único do Código de Processo Civil); da delimitação consensual das questões de fato a serem provadas e as de direito que deverão ser objeto de decisão (artigo 357, §2º do Código de Processo Civil); e do acordo sobre a administração de universalidade penhorada (artigo 862, §2º do Código de Processo Civil). Sem a homologação, o negócio não gerará efeitos, ainda que seja válido.

Ainda a respeito da homologação, deve-se ressaltar que, nesses casos em que é necessária a homologação para produção de efeitos, o ato das partes não perde a sua natureza negocial. Isso porque o ato de homologação apenas integra a eficácia do negócio, de forma que o juiz não se torna um codeclarante, o negócio continua sendo formado apenas pela declaração de vontade das próprias partes⁵⁷². Reitere-se que na homologação o juiz apenas analisa a regularidade do negócio processual, ou seja, a presença dos elementos de existência e dos requisitos de validade referidos nos itens anteriores, não lhe cabendo realizar qualquer juízo de conveniência ou oportunidade acerca do ajuste.

Passando-se à análise dos *fatores de atribuição da eficácia diretamente visada*, deve-se explicar que eles são indispensáveis para que um negócio que já seja de certa forma eficaz entre as partes produza exatamente os efeitos visados por elas. Em outras palavras, “os efeitos, até a ocorrência do fator de eficácia, são antes efeitos substitutivos dos efeitos próprios do ato”⁵⁷³. No processo, pode-se apresentar como exemplo o caso de advogado que recebeu a procuração com poderes especiais para celebrar negócio processual, mas, antes mesmo de juntá-la aos autos do processo, acaba concluindo determinado negócio, cuja eficácia processual dependerá da apresentação do documento.

selon que l'accord des parties porte ou non atteinte aux prérogatives du juge: soumis à l'accord supplémentaire du juge dans le premier cas, il produit directement effet à son égard dans le second” *in* Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges, *op. cit.* (Tradução livre: A prática demonstra isso, em todo caso, e, na ausência de disposição legal, a jurisprudência regulamenta o destino dessas convenções. E o seu destino varia conforme o acordo das partes afete ou não as prerrogativas do juiz: se submete ao acordo suplementar do juiz no primeiro caso, produz efeito diretamente sobre o processo no segundo).

⁵⁷¹ Apesar de improvável, nada impede que também as partes condicionem espontaneamente a eficácia de seu negócio processual à homologação do juiz. Nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 235-236.

⁵⁷² Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 233.

⁵⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia... op. cit.*, p. 57.

Por fim, os *fatores de atribuição de eficácia mais extensa* têm por objetivo fazer com que um negócio que já tenha eficácia plena e produza os efeitos visados, expanda seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou *erga omnes*. Enquadram-se nessa espécie de fator as medidas de publicidade em geral. No direito privado, costuma-se apresentar como exemplo dessa espécie de fator a notificação do devedor na cessão de crédito, sem a qual o negócio será ineficaz somente em relação a este (artigo 290 do Código de Processo Civil).

No processo há hipótese semelhante no que diz respeito à sucessão voluntária do alienante da coisa litigiosa, em que se exige a concordância da parte contrária para que o alienante seja sucedido no processo pelo adquirente (artigo 109 do Código de Processo Civil). Contudo, neste caso, não se exige a mera notificação da parte contrária, mas a sua declaração de vontade, de forma que não se está diante de fator de eficácia, mas sim de elemento de existência do negócio processual.

Aliás, a análise dos negócios processuais típicos não permite apresentar qualquer exemplo da espécie de fator de eficácia ora analisada. Cogitando-se a publicidade que todos os atos processuais devem ter, não se pode pensar nela como fator de eficácia, pois mesmo no caso de negócios que dependem da homologação judicial, seus efeitos começam a ser produzidos imediatamente após este ato, não apenas após a publicação de eventual decisão homologatória.

Por fim, acerca do *momento de eficácia*, como já aduzido em outras oportunidades ao longo deste trabalho, os negócios processuais produzem efeitos imediatamente após a sua celebração, ressalvada a necessidade de homologação, hipótese em que os efeitos serão produzidos imediatamente após esse ato do juiz.

Produzir efeitos no processo significa determinar a mudança de uma situação jurídica processual⁵⁷⁴; portanto, no momento em que tal mudança ocorre tem-se a eficácia do negócio processual.

4.5 POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO

Em regra os negócios jurídicos processuais são *irrevogáveis*⁵⁷⁵, já que produzem efeitos imediatos e a revogação precisaria ocorrer antes que tais efeitos comessem a ser

⁵⁷⁴ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. III: *actos del proceso...* op. cit., p. 69.

produzidos para que fosse útil⁵⁷⁶. Contudo, nas hipóteses em que o negócio precisa de homologação judicial para produzir efeitos, ou, ainda, em que haja certo lapso temporal entre o momento em que o negócio foi celebrado e a ocorrência da situação que ele pretende regular, faz-se possível a revogação. Um exemplo de situação processual que gera o aludido lapso temporal é quando, logo no início do processo, durante a audiência de conciliação ou de mediação as partes escolhem conjuntamente o perito que realizará a prova técnica que já se sabe necessária e, enquanto se aguarda o início da instrução probatória, a escolha consensual do perito é eficaz, a despeito de ainda não consumada na prática.

Tratando-se de negócio *unilateral*, como a desistência do prosseguimento do processo ou a renúncia a um prazo, é possível a revogação unilateral do negócio, desde que ainda não tenha sido homologado ou se consumado na prática. Assim, por exemplo, na renúncia a prazo, que independe de homologação, não poderá haver revogação se o prazo já se extinguiu.

Se o negócio for *bilateral* ou *plurilateral*, a não ser que as próprias partes tenham convencionado a possibilidade de revogação por declaração unilateral ou que a lei o permita, não é possível a revogação *unilateral* do negócio⁵⁷⁷. A irrevogabilidade unilateral das convenções processuais possibilita justamente que uma parte exija da outra o cumprimento ao que foi pactuado⁵⁷⁸. É possível, contudo, que as partes acordem o *distrato* do negócio celebrado, já que a autonomia privada pode ser exercida tanto para a formação de negócios processuais quanto para sua extinção.

Outros limites à revogabilidade dos negócios processuais a serem observados são elencados por LEONARDO GRECO, que entende que a possibilidade de revogação do negócio processual, justamente por causa de sua eficácia imediata como regra, não pode violar:

⁵⁷⁵ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3: artigos 188 ao 293... *op. cit.*, p. 61; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 396.

⁵⁷⁶ Conforme explica EMILIO BETTI, “La revoca serve a porre nel nulla o anche a sostituire il regolamento d’interessi disposto col negozio, ma che non abbia ancora avuto attuazione (*re adhuc integra*), in dipendenza da una situazione di fatto sopravvenuta, o anche in ragione di un mutato apprezzamento che la parte fa del proprio interesse. *in Teoria generale del negozio giuridico...* *op. cit.*, p. 245 (Tradução livre: A revogação tem por objetivo anular ou até mesmo substituir o regramento de interesses promovido pelo negócio, mas que ainda não tenha sido implementado (*re adhuc integra*), por depender de uma situação de fato superveniente, ou ainda em razão de uma mudança na avaliação que a parte faz de seu próprio interesse).

⁵⁷⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenção das partes sobre matéria processual...* *op. cit.*

⁵⁷⁸ Cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil...* *op. cit.*, p. 183.

(a) impossibilidade de retrocessos no processo, que deve sempre caminhar para o fim, (b) direito adquirido, decorrente do negócio processual celebrado, e (c) preclusão temporal ou consumativa, que impede que determinado ato processual seja novamente realizado ou se abra uma nova oportunidade para realizá-lo⁵⁷⁹.

4.6 DESCUMPRIMENTO

É possível que as obrigações constituídas pelos negócios jurídicos processuais celebrados pelas partes sejam descumpridas pelas próprias partes ou pelo juiz. Por isso, é importante analisar-se as formas por meio das quais a parte interessada poderá impugnar o ato que deu ensejo ao descumprimento.

Inicia-se a análise com um questionamento: tratando-se de descumprimento pelas próprias partes – seja unilateral, bilateral ou plurilateral o negócio –, pode o próprio juiz reconhecer o inadimplemento ou é necessária a alegação das partes?

FREDIE DIDIER JR. entende que o descumprimento é fato que só pode ser alegado pela parte adversária àquela inadimplente. De acordo com seu entendimento, cumpre às partes alegar na primeira oportunidade possível o descumprimento, sob pena de considerar-se ter havido “novação tácita” do acordo processual. Completa seu raciocínio concluindo que “não pode o juiz, de ofício, conhecer do inadimplemento do negócio processual, salvo se houver expressa autorização negocial (no próprio negócio as partes aceitam o conhecimento de ofício do inadimplemento) ou legislativa nesse sentido”⁵⁸⁰.

Já LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA defende que é preciso verificar-se primeiro o *objeto* do negócio processual para definir-se se o descumprimento pode ser conhecido pelo juiz de ofício ou deve ser alegado pela parte interessada. Assim, caso o negócio processual tenha por objeto o próprio *procedimento*, o juiz deve analisar de ofício o descumprimento, pois, “como condutor do procedimento, o juiz deve controlar o cumprimento das regras que o

⁵⁷⁹ Cf. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões... *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸⁰ *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18 ed... *op. cit.*, p. 396. O autor apresenta também um exemplo para ilustrar seu raciocínio: “imagine-se o acordo de instância única: as partes negociam que ninguém recorrerá. Se, por acaso, uma das partes recorrer, o órgão jurisdicional não pode deixar de admitir o recurso por esse motivo; cabe à parte recorrida alegar e provar o inadimplemento, sob pena de preclusão. O não-cabimento do recurso em razão do negócio jurídico processual não pode ser conhecido de ofício pelo juiz” *in ibidem*, p. 397.

preveem (...) a fim de dar a sequência adequada aos atos processuais”⁵⁸¹. Contudo, se o negócio jurídico tiver por objeto *situações jurídicas processuais* (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais), cumprirá às partes alegar o descumprimento e solicitar ao juiz as providências necessárias ao cumprimento. Nesses casos o autor considera que a não alegação do descumprimento implica uma “revogação implícita” do negócio processual⁵⁸².

Ora, sabe-se que o *procedimento* corresponde ao “conjunto ordenado dos atos mediante os quais, no processo, o juiz exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses”⁵⁸³, incluindo-se aí (a) a indicação dos atos a serem realizados, (b) a forma por meio da qual se realizarão, (c) a ordem sequencial a ser observada entre tais atos, e (d) a diversificação entre diversos modelos instituídos às diferentes espécies de tutela jurisdicional⁵⁸⁴. De forma simplificada, procedimento é um conjunto de comportamentos ordenados a um fim. Já as *situações jurídicas processuais* decorrem de fatos jurídicos processuais (entre os quais incluem-se os negócios processuais) e são exercitáveis em um procedimento⁵⁸⁵; são categorias eficaciais e incluem (a) situações de vantagem, ou seja, direitos e poderes, (b) situações de desvantagem, referentes a sujeição, dever e ônus, e (c) situações neutras, que são as faculdades⁵⁸⁶.

Não se nega que o juiz se vincula ao negócio processual celebrado pelas partes, devendo verificar sua validade e dar-lhe integral cumprimento. Não se nega tampouco que a diferenciação do objeto do negócio processual defendida por LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA se coaduna tanto com a necessidade de o juiz cumprir o negócio quanto com o seu papel de gestor do processo. Contudo, como visto, os conceitos de procedimento e situação jurídica processual são, de certa forma, abstratos, sendo certo que ambos se consubstanciam

⁵⁸¹ *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293... op. cit.*, p. 62. O autor apresenta como exemplo a hipótese em que “as partes convencionam prazos diferenciados, o juiz deve examinar seu cumprimento, a fim de aferir a tempestividade dos atos processuais e dar a sequência a sequência adequada ao procedimento” *in ibidem*.

⁵⁸² Trata-se do mesmo entendimento de ANTONIO DO PASSO CABRAL, que divide os negócios processuais em (a) acordos obrigacionais, que não poderão ser conhecidos de ofício pelo juiz, dependendo de alegação das partes, e (b) acordos dispositivos, que correspondem à derrogação de regras do procedimento e não só podem como devem ser conhecidos de ofício pelo juiz *in Convenções processuais... op. cit.*, p. 245.

⁵⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. 2... op. cit.*, p. 454.

⁵⁸⁴ Cf. *ibidem*, p. 455.

⁵⁸⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais... op. cit.*, p. 54.

⁵⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 291-292.

em comportamento das partes e, por esse motivo, a exata diferenciação entre eles pode, por vezes, ser difícil.

Além disso, na prática, o controle pelo juiz dos procedimentos diferenciados estabelecidos pelas partes em cada um dos processos pelos quais for responsável será igualmente complicado. Com a possibilidade de flexibilização de prazos, estabelecimento de calendário processual, mudança na ordem de produção de prova, *etc.*, a cada ato realizado pelas partes o juiz deverá verificar o que elas acordaram anteriormente para certificar-se se houve ou não o descumprimento de negócio processual. Tal dinâmica não se coaduna com a realidade do Judiciário brasileiro e pode contribuir para aumentar a morosidade na tramitação dos processos, efeito inverso do pretendido com a celebração de negócios processuais. É importante, então, que as partes auxiliem o juízo, apontando o descumprimento do que fora acordado. Ora, se as partes celebraram determinado negócio processual, uma delas descumpriu o acordado e, em seguida, a outra silenciou a respeito, então, nesse caso, porque deveria o juiz, de ofício, cumpri-lo ou impor seu cumprimento?

Por esses motivos, deve prevalecer o entendimento de que cumpre às partes informar ao juiz o descumprimento do negócio processual, solicitando as medidas cabíveis para forçar o seu cumprimento ou, se possível, que simplesmente coloque em prática o que fora convenionado. Essa providência deve ser tomada *nos próprios autos* do processo em que deveria produzir efeitos o negócio descumprido, sendo desnecessária a propositura de demanda apenas para esse fim⁵⁸⁷.

Contudo, e se, ao invés de uma das partes, o próprio juiz descumprir o negócio processual ao qual está vinculado, se preenchidos todos os requisitos de validade necessários? Ou ainda, e se o juiz deixar de homologar negócio celebrado pelas partes nos casos em que tal fator é necessário à eficácia do ajuste? É possível, por exemplo, que as partes convenionem prazo para a prática de determinado ato e, ao deixar de aplicar tal

⁵⁸⁷ Nesse sentido, ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil... op. cit.*, p. 184. Dentre os provimentos judiciais que visam a dar efetividade aos negócios processuais eventualmente descumpridos por alguma das partes o autor cita “(i) inadmissibilidade de recurso de apelação interposto, quando as partes concordaram em renunciar mutuamente a esse direito; (ii) acolhimento de exceção de incompetência, a fim de respeitar o foro eleito contratualmente; (iii) aplicação de nova regra de distribuição do ônus da prova, prevista na convenção processual, no momento do julgamento; (iv) indicação do profissional escolhido em contrato para funcionar como perito; (v) nomeação à penhora de bem individualizado pelas partes em contrato prévio *etc.*” *in ibidem*. Também entendendo que as partes devem buscar o cumprimento dos negócios processuais nos próprios autos do processo originário, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... op. cit.*, p. 240.

convenção o juiz considere que o ato das partes, praticado naquele prazo, seja intempestivo. Ou então, é possível que o juiz não considere a distribuição convencional do ônus da prova, por entender que isso tornará excessivamente difícil o exercício do direito de alguma das partes.

Em casos como esses, seria inapropriado que as partes não pudessem impugnar tais decisões. Contudo, o Código de Processo Civil, a princípio, não dispõe sobre o assunto, o que poderia levar à conclusão de que as decisões judiciais que deixassem de dar cumprimento aos negócios celebrados pelas partes deveriam ser impugnadas apenas após o proferimento de sentença, em preliminar de eventual recurso de apelação (artigo 1.009, §1º do Código de Processo Civil).

A esse respeito. FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA propõem que as partes poderiam interpor agravo de instrumento contra a decisão que deixasse de aplicar negócio jurídico processual, aplicando-se de forma analógica a disposição que permite a interposição desse recurso nos casos de rejeição da alegação de convenção de arbitragem (artigo 1.015, III do Código de Processo Civil). De acordo com seu entendimento, “convenção de arbitragem é um negócio processual. A decisão que a rejeita é decisão que nega eficácia a um negócio processual. (...) Pode-se ampliar essa interpretação a todas as decisões que negam eficácia ou não homologam negócio jurídico processual – seriam, também por extensão, agraváveis”⁵⁸⁸.

A solução preconizada pelos referidos autores figura-se a mais adequada, já que há casos em que aguardar-se o fim do processo para impugnar o descumprimento de negócio processual pode causar prejuízo às partes. Lembre-se, por exemplo, do caso da distribuição convencional do ônus da prova, cuja aplicação ao caso deveria ser decidida antes do início da instrução probatória para garantir-se a ampla defesa e evitar-se surpresas – tanto é assim que uma das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento expressas na lei é a inversão judicial do ônus da prova (artigo 1.015, XI do Código de Processo).

Contudo, considerando-se o rol restrito de hipóteses em que o agravo de instrumento é cabível, assim como o princípio da taxatividade dos recursos, a interposição desse recurso contra a decisão que não homologa ou descumpra negócio processual celebrado entre as

⁵⁸⁸ Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, p. 275-284, abr/2015.

partes só é admissível de *lege ferenda*. Enquanto não houver previsão expressa na lei autorizando a impugnação do descumprimento por meio de agravo de instrumento, deverão as partes aguardar eventual recurso de *apelação* para pedir que prevaleça o negócio celebrado. É claro que, por esse motivo, a questão não está sujeita a preclusão (artigo 1.009, §1º do Código de Processo Civil).

CONCLUSÃO

O objetivo deste estudo foi analisar os principais aspectos jurídicos relacionados ao negócio jurídico processual, tanto para estabelecer diretrizes para a sua interpretação, quanto para indicar limites ao poder de disposição das partes no processo. Apesar de o instituto em si não corresponder a novidade no ordenamento jurídico brasileiro, a inédita autorização expressa do Código de Processo Civil de 2015 para que as partes modifiquem o procedimento e convençionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais motivou tal análise.

Inicialmente, estabeleceu-se que negócio jurídico processual é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade a que o ordenamento jurídico atribua efeitos processuais designados pelas partes como queridos, os quais deverão se submeter aos limites previstos pelo ordenamento jurídico. Além disso, é necessário que a declaração de vontade das partes tenha por objeto matéria processual e produza efeitos no processo para que se esteja diante de negócio jurídico processual. É possível também classificar os negócios processuais em (a) típicos e atípicos, (b) unilaterais, bilaterais e plurilaterais, (c) prévios e incidentais, (d) onerosos e gratuitos, e (e) solenes e não solenes.

A apreciação do histórico do negócio jurídico processual na legislação pátria demonstrou, por um lado, que desde a época em que vigiam as Ordenações do Reino já existiam negócios típicos dispostos na lei, como a convenção de arbitragem e a eleição de foro. Por outro lado, revelou também que o Código de Processo Civil de 1973 foi o primeiro a apresentar a possibilidade de celebração de negócios atípicos, por meio de seu artigo 158. Contudo, na prática, a existência desse inovador dispositivo não teve repercussão considerável até o advento do Código de Processo Civil de 2015, que tornou mais clara a possibilidade de celebração de negócios atípicos.

Por meio da análise dos negócios processuais típicos dispostos no Código de Processo Civil de 2015 foi possível verificar que permaneceram regulados na lei a eleição de foro, a inversão convencional do ônus da prova, a suspensão convencional do processo, a modificação convencional e a renúncia a prazo, a desistência do prosseguimento do processo, a desistência do recurso, a renúncia ao direito de recorrer, o adiamento da audiência, a divisão do tempo no debate oral da audiência, a convenção de arbitragem,

a sucessão voluntário do alienante da coisa litigiosa, a liquidação de sentença por arbitramento convencional, o acordo para restauração de autos, o pacto de impenhorabilidade e o acordo sobre a administração de universalidade penhorada. Além disso, tornou-se possível a escolha consensual de perito, conciliador ou mediador.

Foi possível verificar também que o Código de Processo Civil de 2015 apresentou duas grandes novidades no que diz respeito aos negócios jurídicos processuais. A primeira delas é o saneamento compartilhado do processo, instituto que permite que as partes participem mais ativamente do saneamento e da organização do processo, por meio da apresentação ao juiz de acordo delimitando as questões de fato e de direito sobre as quais recairá a atividade probatória e as questões de direito relevantes para a decisão do mérito. Além disso, caso o processo envolva questão de fato ou de direito complexa, é possível também que o saneamento seja feito em cooperação por partes e juiz, em audiência designada especificamente para esse fim.

A segunda grande novidade introduzida pelo Código de 2015 é o calendário processual, acordo por meio do qual partes e juiz estabelecem prazos para a prática de atos processuais em todas as fase do processo, ficando a eles vinculados. Como visto, a introdução desse instituto em nosso ordenamento foi inspirada pelas legislações processuais francesa e italiana, que já dispunham a esse respeito. Na França, o calendário corresponde a verdadeiro negócio jurídico processual e pode ter por objeto qualquer fase do procedimento, incluindo-se a sentença. Já na Itália, o calendário tem por objeto apenas a fase instrutória do processo, e o seu caráter negocial é mitigado.

Verificou-se também que há no Código de Processo Civil “falsos” negócios jurídicos processuais. Trata-se de atos jurídicos a que comumente se atribui a natureza de negócios jurídicos processuais, mas que, na verdade, consubstanciam negócios jurídicos privados, atos concordantes das partes, ou ainda, atos de comunicação de conhecimento de fato.

Constatou-se ainda que os negócios processuais se submetem a um regime jurídico misto ou híbrido, regulando-se tanto pelo direito processual quanto pelo direito material. A partir daí, aplicando-se regras dispostas no Código Civil e no Código de Processo Civil, estabeleceram-se os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia dos negócios processuais. Destacaram-se os seguintes entendimentos: (a) a declaração de vontade das partes deverá ser livre e consciente, ou seja, jamais poderá ter sido imposta por

uma parte à outra ou pelo juiz às partes ou, ainda, ter sido manifestada de forma desinformada; (b) o objeto do processo em que celebrado o negócio processual deverá admitir autocomposição, que se relaciona à solução consensual do conflito e não se confunde com a disponibilidade do direito litigioso; (c) não poderão ser objeto de negócio jurídico processual questões de ordem pública e qualquer matéria inerente à função judicante, como os poderes instrutórios do juiz; (d) a forma para celebração dos negócios jurídicos é livre, a não ser que haja prescrição legal estipulando a forma que o ato deve ter; e (e) a capacidade civil plena do agente, que corresponde à capacidade processual, é requisito de validade do negócio jurídico processual.

Enfim, a análise do negócio jurídico processual empreendida no presente trabalho mais do que apresentar conclusões definitivas sobre o regime jurídico a que o instituto se submete e os limites ao poder de disposição das partes no processo judicial, suscitou questões que precisam ser mais debatidas pela doutrina. Nesse sentido espera-se que esta dissertação possa contribuir para o desenvolvimento do estudo acerca do negócio jurídico processual, na esperança de que o instituto não se torne letra-morta.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV (arts. 332 a 443). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

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

AMARAL, Ana Maria Marcondes do. *Dicionário jurídico italiano-português*. São Paulo: Federal, 2006.

AMERICANO, Jorge. *Commentarios ao codigo de processo civil e commercial do estado de São Paulo*, vol. 1 (arts. 1 a 261). São Paulo: Saraiva, 1934.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Manual dos recursos*, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Processo civil brasileiro, vol. II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. 1986. 244 f. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Convenções das partes sobre matéria processual, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, p. 182-191, jan/1984.

_____. O neoprivatismo no processo civil, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, p. 9-21, abr/2005.

_____. Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 78, p. 133-144, abr-jun/1995.

_____. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, p. 109-135, out-dez/1985.

BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual do direito francês e no italiano: reflexos no Novo CPC brasileiro *in* ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovani; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo – 6ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2011.

BENEDUZI, Renato Resende. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 2: artigos 70 ao 187.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao código de processo civil – vol. XX (arts. 994-1.044).* São Paulo: Saraiva, 2016.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 148, p. 293-320, jun/2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil:*

anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 5 de novembro de 2016.

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

_____. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, p. 117-140, mai/2016.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 489-516, mar/2015.

CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. La tendance a la contractualisation de la justice et du procès, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, p. 117-137, nov/2016.

_____. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 160, p. 61, jun/2008.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*, 8 ed. Paris: LexisNexis, 2013.

CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, vol. 64, n. 2, p. 549-580, giu/2010.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: gli accordi processuali, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile – Numero speciale: Accordi di parte e processo*, Milano, p. 99-119, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil, v. III: actos del proceso*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*. Ristampa. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1980.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV (arts. 332 a 475)*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira?, *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 35, n. 126, p. 76-81, maio/2015.

_____. O julgamento em ordem cronológica e a aplicação do calendário processual no novo CPC: aspectos de direito intertemporal *in* YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). *Direito intertemporal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA, Adriano Soares da. Distinção entre ato jurídico stricto sensu e negócio jurídico unilateral: breves anotações à margem de Pontes de Miranda, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64/2015, p. 105-115, out-dez/2015.

COSTA, Alfredo de Araujo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro (Código de 1939)*, vol. I, 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre a desistência da ação, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 120, p. 42-64, fev/2005.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3: artigos 188 ao 293*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, p. 275-284, abr/2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 1, 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. 1, 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, p. 59-84, abr-jun/2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, vol. 2, 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ação rescisória e a ação de invalidação de atos processuais previstas no art. 966, §4º, do CPC/2015, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 252, p. 231-241, fev/2016.

_____. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querella nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, vol. 3, 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie; PEDROSA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A instrumentalidade do processo*, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Vocabulário do processo civil*, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa, 1988.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito executado *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRI, Giovanni B. *Il negozio giuridico tra liberta e norma*. Rimini: Maggioli, 1989.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*. 4 ed. Tradução de José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendário del processo, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 66, n. 4, p. 1.393-1.407, 2012.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Sucessão processual, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, p. 52-61, out-dez/1981.

FRAGA, Affonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil, tomo I*. São Paulo: Saraiva, 1940.

_____. *Instituições do Processo Civil do Brasil, tomo II*. São Paulo: Saraiva, 1940.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

GHIRGA, Maria Francesca. Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto, *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, vol. 67, n. 1, p. 166-187, gen-feb/2012.

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

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico *in* LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Obrigações*, 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

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

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, 1 ed., p. 7-28, out-dez/2007. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf. Acesso em 28 jun 2015.

_____. *Convenções processuais versus poderes do juiz* (palestra), II Maratona do novo CPC, Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, 16 de março de 2016.

_____. *Instituições de processo civil, vol. I*, 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Instituições de Processo Civil, vol. II: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, p. 29-56, out/2008.

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*, 30 ed. Paris: Dalloz, 2010.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Antonio Luiz da Câmara. *Commentarios ao Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, vol. I: arts. 1 a 261*. São Paulo: Saraiva, 1930.

_____. *Commentarios ao Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, vol. II: arts. 262 a 449*. São Paulo: Saraiva, 1930.

_____. *Commentarios ao Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, vol. III: arts. 450 a 677*. São Paulo: Saraiva, 1931.

_____. *Commentarios ao Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, vol. V: arts. 939 a 1.160*. São Paulo: Saraiva, 1933.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 463-487, mar/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 7: artigos 381 ao 484*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 16: artigos 976 ao 1.044*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939), vol. III – Arts. 216 a 297*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

MARTINS, Sandro Gilbert. *Processo, procedimento e ato processual: o plano da eficácia*. São Paulo: Elsevier, 2012.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Teoria geral do negócio jurídico. São Paulo: Atlas, 1991.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Distribuição do ônus da prova por convenção processual, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 399-423, fev/2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64/2015, p. 261-274, out-dez/2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

_____. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

NOVA, Giorgio de. Accordi delle parti e decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile – Numero speciale: Accordi di parte e processo*, Milano, p. 59-68, 2008.

PALERMO, Antonio. *Contributo alla teoria degli atti processuali*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil*, v. 1, 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PICOZZA, Elisa. Il calendário del processo, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 64, n. 6, p. 1.650-1.659, nov-dic/2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I (arts. 1º a 45)*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II (arts. 80 – 160)*, 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II (arts. 46 a 153)*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 161-272)*, 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III (arts. 154-281)*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V (arts. 444-475)*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII (arts.465-599)*, 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII (arts. 496-538)*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IX (arts. 566-611)*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X (arts. 612-735)*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XI (arts. 736-795)*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral, tomo I*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

PORTUGAL, Ordenações Filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Felipe, o Primeiro – 1º Vol. Texto, com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957.

PORTUGAL, Ordenações Filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Felipe, o Primeiro – 3º Vol. Texto, com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1966.

QUEIROZ, Pedro Gomes. Convenções disciplinadoras do processo judicial, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 693-732, jan-jun/2014. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf. Acesso em 28 jun 2015.

RAMALHO, Joaquim Ignacio. *Praxe brasileira*. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REDONDO, Bruno Garcia. *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil brasileiro*. 2013. 226 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015

in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. *Curso de direito processual civil, volume I, 3 ed.* São Paulo: Saraiva, 1952.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil: commentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas; com a colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas.* Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral, vol. 1, 34 ed.* São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, 24. ed.* São Paulo: Saraiva, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 10: artigos 674 ao 718.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, p.435-460, mai/2016.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.* Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material.* In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

SILVA, Ricardo Alexandre da. *Dinamização do ônus da prova no projeto de Código de Processo Civil in FREIRE, Alexandre et al. Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil, v. 3.* Salvador: JusPodivm, 2014.

SILVA, Ricardo Alexandre da; LAMY, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 9: artigos 539 ao 673.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo civil; acomodadas ao fôro do Brazil até o anno de 1887 por Augusto Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro: Perseverança, 1879.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alterações recentes do Código de Processo Civil em matéria de competência e de alguns atos do processo de conhecimento, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, p. 180-198, jan-jun/2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal – vol. III*, 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos especiais – vol. II*, 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*, 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II: arts 154 a 269*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. VII (arts. 318 a 368)*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luís Carlos de. *Lições de história do processo civil romano – 2 ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. *In Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54.

VELASCO, Ignacio M. Poveda. Ordenações do reino de Portugal, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 18, n. 69, p. 57-75, julho-setembro/1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, vol. 1: parte geral*, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VITIRITTO, Benedito Mário. *O julgamento antecipado da lide e outros estudos*. Belo Horizonte: Lemi, 1999.

WALD, Arnaldo. *Direito civil, vol. 1: introdução e parte geral*, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual no novo CPC, *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 35, n. 126, p. 89-94, maio/2015.

_____. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

YARSHELL, Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5: artigos 334 ao 368*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 14: artigos 824 ao 925*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.