

## **O PAPEL DO JUIZ NO CONTROLE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O ART. 190 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

*Carlos Adriano Miranda Bandeira*

Juiz Federal Substituto na 2ª Região. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Cândido Mendes.

**RESUMO:** O presente ensaio busca expor os principais contornos dos negócios jurídicos-processuais e investigar a legitimidade do juiz para controlá-los. A partir dessa exposição, torna-se possível definir o significado e a extensão do art. 190 do Novo Código de Processo Civil. O estudo proposto exige a compreensão dos princípios aplicáveis aos negócios processuais, das funções que esses negócios devem ter na sociedade e do contexto discursivo que legitima a intervenção judicial. A ênfase será dada sobre o regramento geral do negócio jurídico e sobre os regimes já conhecidos de negócios processuais tipificados.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. O Novo Código de Processo Civil. Negócios Jurídicos Processuais. Validade e eficácia. Autorregramento da vontade. Controle judicial.

Pelo negócio jurídico-processual, as partes afastam a aplicação de algumas normas processuais. Como seu predecessor, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) regulou convenções processuais típicas, entre as quais a cláusula de eleição de foro e a convenção sobre a distribuição do ônus da prova. O art. 190 do NCPC, contudo, trouxe uma grande novidade: uma cláusula geral de autorregramento processual da vontade. Para maior compreensão, eis o teor do dispositivo:

“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes

estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

De uma só tacada, o artigo 190 do NCPC dá relevo à autonomia privada e ao controle judicial da vontade. As circunstâncias que legitimam esse controle e os limites àquela autonomia serão o tema deste artigo.

## **1. CONTEXTO DISCURSIVO DE LEGITIMAÇÃO**

Existem limitações classicamente reconhecidas à autonomia privada na celebração de negócios jurídicos em geral. A par disso, há restrições que podem ser derivadas dos princípios da função social das convenções, da boa-fé e do devido processo legal. E, sem dúvida, já existem entendimentos na doutrina e na jurisprudência relativos aos negócios jurídicos típicos, cujas limitações podem ser generalizadas, mediante recurso à analogia. Esses serão os temas dos capítulos 5 a 7, adiante.

Ao lado do quadro normativo, existe um contexto discursivo de legitimação da intervenção do Poder Judiciário nos negócios jurídicos processuais. Nesse contexto, dois argumentos se destacam por sua relevância: o da tutela da igualdade e o da instrumentalidade das formas.

### **1.1 O argumento da igualdade substantiva**

O contexto da Constituição de 1988 é o da defesa da igualdade substantiva, com franco reconhecimento ao multiculturalismo e determinação de diminuição de desigualdades sociais. Essas linhas mestras determinam a intervenção judicial, que se legitima para salvaguardar um rol de direitos e será mais forte em situações de exclusão social e de assimetria material entre as partes. Tais situações incluem as de concorrência imperfeita (i.e. monopólios e oligopólios, que diminuem as chances de negociação isonômica do contrato), de externalidades negativas (entendidas como a transferência dos custos e riscos da operação econômica para terceiros não beneficiados pelo contrato) e de falhas de transparência (a ausência

de disseminação homogênea na sociedade de acesso às informações que são relevantes para uma contratação).

Num plano ideal, as disposições sobre direito material contidas em um contrato não agravarão uma prévia situação social de assimetria. As leis brasileiras criaram diversos mecanismos para evitar isso. As convenções processuais, contudo, têm o potencial de incrementar esse risco, potencial que deve ser neutralizado pelo juiz. Portanto, a atuação judicial não anula a autonomia privada na seara processual, prestando-se, em muitos casos, a evitar que uma vontade esmague a outra.

O controle judicial parte da premissa de que os iguais têm condições de se relacionar com liberdade e de, livremente, se obrigarem. Sobre essa premissa são fundadas as ideias de contrato e de *pacta sunt servanda*. Como decorrência, os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Num cenário político em que se reconheça que o Estado tem o dever de oferecer prestações diferenciadas que promovam a igualdade, surge a necessidade de intervenção estatal nas relações entre particulares. Se agudizada a desigualdade social, as diferenças entre as partes poderia inviabilizar a contratação com liberdade para ambas as partes, ameaçando o poder de se obrigar atribuído à vontade. Onde as partes são iguais, o Poder Público deve homenagear a vontade com vigor; onde a desigualdade é mais forte, a intervenção se legitima para corrigir uma distorção inicial.

## **1.2 O argumento da instrumentalidade do processo**

O controle judicial também se legitima ao tolher o automatismo das formalidades. É que o processo, em um contexto democrático, busca promover a realização de direitos materiais. Suas formalidades têm um sentido que não se exaure no próprio procedimento. Elas buscam preservar a justa chance de luta por um direito.

O processo não é um fim em si mesmo, mas um meio de promoção de justiça substantiva. Essa compreensão afasta a visão de que as partes e o juiz se reúnem em torno de um jogo em que o melhor contendor é o mais apto a suportar as taxas judiciárias, os honorários advocatícios, os honorários de perito, o tempo de tramitação e a incerteza quanto ao futuro. Por consequência, não são admissíveis convenções processuais que busquem, a todo custo, criar vantagens pessoais sem qualquer função legítima que justifique sua inserção no processo. Daí a necessidade de uma instância de controle que assegure a racionalidade desses negócios.

## 2. FUNÇÕES DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Os negócios processuais apresentam funções diferentes consoante o momento de sua celebração. Se celebrados após a deflagração do processo, espera-se, sobretudo, que gerem ganhos na eficiência do processamento e que aproximem as partes. Se celebrados após a deflagração do conflito, mas antes de haver processo, espera-se um incremento da participação democrática na flexibilização procedimental, racionalizando-se o uso dos instrumentos de resolução de controvérsias. Caso celebrados antes de haver qualquer conflito, os negócios jurídicos processuais terão funções mais abrangentes.

Isso pode ser visualizado a partir de uma situação hipotética de igualdade, de livre trânsito de informações e de boa-fé, da qual participem dois agentes dotados de autonomia financeira, conhecimento técnico e sofisticação estratégica. Suponha uma grande empresa de comércio eletrônico que deseja contratar modalidade especial de serviços de encomendas com uma grande empresa de entregas, com a finalidade de garantir o envio de seus produtos à residência dos clientes.

Durante as tratativas, as duas partes considerarão os custos operacionais e também os riscos de que problemas venham a comprometer a regular execução do contrato. As disposições de direito material contidas no contrato serão estruturadas sobre essa análise de riscos, o que influenciará o preço e as garantias exigidas.

Existem também os riscos e custos de eventual litigância, que podem ser diminuídos por convenções processuais. O contrato pode definir a eleição de uma tradutora juramentada que cobre um pouco menos por seus serviços. Um pacto de impenhorabilidade de todas as mercadorias da empresa comerciante poderia lhe deixar tranquila, mesmo na eventualidade de ser executada indevidamente. Para demonstrar sua confiança em como não chegará à situação de ser executada, a empresa de entregas pode aceitar que, antes do trânsito em julgado, a outra parte se beneficie da transferência de bens e dinheiro no cumprimento provisório de sentença, mesmo sem prestar caução.

Essas cláusulas de índole processual reduzem custos com auxiliares do juízo e com garantias prestadas no processo. As partes podem optar por uma atribuição igualitária de vantagens processuais entre si ou por uma atribuição unilateral de vantagem processual que seja precificada. No segundo caso, restaura-se o equilíbrio contratual na via do direito material, o que cria uma maior dificuldade para se verificar, durante eventual processo, se o contrato era equilibrado na

origem. Em qualquer caso, após surgir um conflito e a clareza sobre quem será autor e réu, as convenções processuais permitirão o surgimento de vantagens concretas para uma das partes, o que não é negativo, contanto que o conjunto básico de direitos de cada litigante não seja violado.

Nessa dinâmica pré-conflitual, a literatura estadunidense<sup>1</sup> identifica pelo menos três funções atribuíveis aos negócios jurídicos processuais.

Em primeiro lugar, eles favorecem o comportamento cooperativo das partes durante a execução do contrato, diminuindo o apelo à litigância e educando as partes sobre o modo de eventual processo entre elas vir a se desenrolar no futuro.

Em segundo lugar, eles determinam a autocontenção em processo futuro, ao inibir a estratégia litigiosa oportunista e eliminar opções processuais essencialmente destrutivas, que sejam de alto custo e reduzido benefício para qualquer das partes.

Em terceiro lugar, as cláusulas contratuais podem ajudar as partes contratantes a identificar, de plano, quais agentes econômicos dão sinais de que executarão o contrato com maior confiabilidade (por aceitarem estabelecer cláusula de garantia contra defeitos por reduzido custo adicional, por exemplo) e quais indicam que evitarão judicializar eventuais conflitos (por aceitarem com mais facilidade celebrar negócios que atribuem situação processual de vantagem à outra parte).

### **3. AS VANTAGENS DO INSTITUTO**

Kapeliu e Klement afirmam que, com todas as vantagens que a autonomia privada oferece, a arbitragem não elimina as vantagens das convenções processuais no âmbito do Judiciário. Indicam pelo menos duas razões para as partes não preterirem as convenções processuais em favor do flexível procedimento arbitral.

A primeira razão é a financeira. Por não ser financiado com recursos de toda a sociedade, a arbitragem pode se revelar eventualmente mais cara.

A segunda razão se relaciona à confiabilidade no efeito dissuasor de decisões judiciais. Segundo os autores, os árbitros se sujeitam a incentivos de mercado, notadamente os relativos à possibilidade de ser (re)contratado no futuro e à necessidade de não criar uma imagem de parcialidade com relação a um tipo de litigante. Pode decorrer daí a percepção de uma maior inclinação para decisões arbitrais pelo meio-termo entre as posições que as partes assumem após a deflagração do conflito. Isso frustraria a necessidade dos contratantes de criar dissuasores do conflito e da litigância, não se dando o mesmo com julgadores

---

1- KAPELIU; KLEMENT (2008: pp. 16-25)

que sejam vistos como independentes e mais propensos a punir inteiramente uma conduta que identificam como ilícita.

Kapeliu e Klement concluem que, se o objetivo do contrato for assegurar a maximização dos interesses que as partes têm no momento da celebração, antes de saber se haverá um conflito, a filiação à judicialização com recurso a convenções processuais pode se revelar uma saída mais desejada, por criar os melhores incentivos para a execução ideal do contrato por ambas as partes.

Se as partes têm razão para desejar os negócios jurídicos processuais, o mesmo se verifica com os magistrados. Do ponto de vista político, o negócio jurídico-processual corresponsabiliza as partes pela busca de soluções mais racionais para os conflitos. Do ponto de vista da gestão, o negócio pode liberar o Juízo de esforços como os de localizar peritos mais adequados ou o de inverter o ônus probatório.

Excessos podem acontecer concretamente, tal como em qualquer categoria de negócio jurídico. O dever de promover o controle desses negócios não é absolutamente novo e nem são desconhecidos os parâmetros de atuação judicial. Porém, antes de abordar as hipóteses de invalidade e ineficácia dos negócios jurídicos como um todo, convém esmiuçar o que, exatamente, é um negócio jurídico-processual.

#### **4. CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO**

Fatos concretos da vida são qualificados como fatos jurídicos sempre que sobre eles incidir uma norma jurídica, caso em que passam a afetar situações jurídicas das pessoas, dando origem a tais situações, as extinguindo, modificando seu conteúdo ou alterando os sujeitos de direito envolvidos. Exemplos corriqueiros são o nascimento ou a morte de uma pessoa. Quando o fato jurídico consiste em uma conduta humana voluntária e lícita cujos efeitos invariáveis são pré-fixados por lei, há um ato lícito em sentido estrito. É o caso da fixação de domicílio. Porém, se a vontade determina a conduta e também regula suas consequências, tem-se um negócio jurídico.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo<sup>2</sup>, negócio jurídico é a declaração da vontade (que é uma manifestação da vontade cercada das circunstâncias negociais) destinada à produção de efeitos jurídicos que concretamente serão atribuídos pelo ordenamento jurídico caso respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia em virtude de ter havido manifestação de vontade desses efeitos.

---

2- AZEVEDO (2002: p. 16)



A declaração de vontade é emanada apenas de uma pessoa na procuração e no testamento, caso em que há um negócio jurídico unilateral. O negócio jurídico bilateral exige que duas ou mais pessoas declarem a vontade. A este se aplicarão o regramento dos contratos se houver composição de interesses contrapostos.

#### **4.1 Uso do Conceito no Processo Civil**

A transposição do conceito de negócio jurídico para a seara processual pode promover refluxo na compreensão do direito processual como autônomo relativamente ao direito material? Em princípio, não. A associação do conceito de negócio jurídico ao Direito Civil, do ponto de vista ontológico, revela-se meramente acidental.

A convenção processual é uma categoria de negócio jurídico dotada de especificidades decorrentes da sua ligação ao processo. O estudo da categoria à luz das disposições aplicáveis ao gênero ao qual pertence não implica o restabelecimento de um imanentismo no processo civil desde que se mantenha clara a divisão entre disposições de direito material e disposições de direito processual. Acrescenta-se que o estudo sob essa perspectiva aparentemente vem sendo trilhado nos Encontros do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). Alguns de seus enunciados tratam do negócio processual à luz do Código Civil.

É verdade que a teoria do negócio jurídico foi desenvolvida à luz da doutrina do império da vontade, o que destoa da percepção publicista do processo, enquanto série de atos cujos efeitos e encadeamento são preestabelecidos por lei. Porém, essa concepção já vinha sendo abalada pela tese de que o procedimento previsto em lei pode ser alterado pelo juiz da causa diante do caso concreto. Essa ideia foi acolhida pelo Novo CPC, que chancelou a flexibilização judicial do procedimento<sup>3</sup>, o controle judicial do número de litigantes<sup>4</sup> e a adaptação de prazos para produção de prova documental<sup>5</sup>.

De toda sorte, o processo civil já tutelava a vontade, cuja violação permite até a rescisão de decisão passada em julgado<sup>6</sup>. Também já se conheciam condutas processuais com consequências definidas pela vontade. Exemplo disso é a convenção sobre distribuição do ônus da prova. Para esse tipo de fenômeno processual, o estudo do conceito de negócio jurídico se revela útil.

---

3- Art. 139, VI, art. 880, §1º, art. 885, caput, e art. 887, §4º, todos do NCPC

4- Art. 113, §1º, do NCPC

5- Art. 437, §2º, do NCPC

6- Art. 966, III, do NCPC

## **4.2. Conceito de negócio jurídico-processual**

Negócio jurídico-processual é o negócio jurídico dotado de 2 elementos de existência categoriais: (i) o negócio se refere a um procedimento ou litígio, ainda que eventual e por ser deflagrado, e (ii) o negócio é suporte fático de uma norma processual, isto é, de norma que se dedique a regular o processo, a jurisdição ou o direito de ação.

O conceito pode abranger tanto declarações de vontade que integram a sequência do procedimento (v.g. o plano de recuperação judicial) como os negócios jurídicos extraprocedimentais (ex. a transação extrajudicial). Nesse sentir, são negócios jurídicos processuais tanto os preparatórios, que se celebram antes da demanda (v.g. pacto de competência), como os interlocutórios, que só podem ser concluídos na pendência de uma demanda (v.g. convenção de suspensão do processo).

Deve-se ter em atenção que o negócio e o instrumento negocial não se confundem. Suponha um instrumento de contrato que consigne a eleição consensual de foro, a eleição convencional de perito e a diminuição de prazos para ambas as partes, além de trazer disposições contratuais de direito material (por exemplo, sobre abertura de conta-corrente). Há três negócios processuais, embora celebrados por meio de um único instrumento. Com base no princípio da separabilidade, positivado no art. 184 do Código Civil e no art. 8º da Lei 9.307/1996, as disposições sobre direito material podem ser nulas sem que as convenções processuais o sejam. E vice-versa.

Do mesmo modo, é possível que a nulidade de um negócio jurídico-processual não afete a validade de outro. Pode haver convenções separáveis se cada disposição contratual fixa a mesma proporção de vantagem para cada parte. Ao contrário, existem contratos coligados por subordinação recíproca se uma concessão processual aparentemente graciosa tiver sido feita para equilibrar a vantagem garantida por outra disposição. A identificação das cláusulas que são separáveis dependerá da análise da finalidade e repercussão de cada negócio (aspecto objetivo) e da intenção das partes quando da celebração do contrato (aspecto subjetivo).

## **5. LIMITAÇÕES INERENTES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS**

### **5.1 Elementos de existência do negócio**

Para Junqueira de Azevedo, o negócio existe quando presentes os elementos de existência, que são classificados em elementos gerais, categoriais



e particulares. Os primeiros se dividem entre elementos gerais pressupostos, sem os quais sequer se identifica um ato jurídico (lugar, tempo e agente), e elementos gerais constitutivos da declaração de vontade (forma, objeto e circunstâncias negociais).

Os elementos categoriais identificam a que categoria um determinado negócio pertence. Compõem-se dos *essentialia negotii* e dos *naturalia negotii*, isto é, de elementos inderrogáveis (v.g. o consenso sobre a coisa e o preço, no contrato de compra e venda) e de elementos derogáveis pela vontade (v.g. a responsabilidade por evicção nos contratos onerosos sobre disposição de bens).

Elementos particulares, por fim, são cláusulas específicas criadas pelas partes.

## 5.2 Requisitos de validade do negócio

No plano da validade, os elementos de existência do negócio jurídico são qualificados por requisitos de validade. O lugar deve ser apropriado e o tempo deve ser útil (v.g. art. 212 do CPC de 2015). O particular deve ter capacidade civil e legitimação para o ato. Tratando-se de negócio procedimental, exige-se capacidade processual e capacidade postulatória<sup>7</sup>. O órgão de solução de controvérsias também deve estar qualificado por seus atributos: a investidura, a competência, e a imparcialidade. A forma obedecerá a prescrição aplicável, se houver (v.g. art. 319 do CPC de 2015). Por fim, o objeto deve ser lícito e determinável, razão pela qual a convenção para uma pessoa não depôr sobre determinados fatos é de validade, no mínimo, duvidosa.

A declaração que constitui um negócio jurídico deve ser (a) resultante de vontade, (b) escolhida com liberdade, (c) querida com consciência da realidade e (d) deliberada sem má-fé. “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”<sup>8</sup>.

Os vícios sociais abrangem a fraude contra credores, a simulação e dissimulação. O art. 167 do Código Civil determina que as partes sofrerão as consequências do negócio jurídico que se tentou dissimular. O art. 142 do NCPC, na mesma linha, impõe ao juiz o dever de desconsiderar a declaração de vontade das partes que consista em fraude à lei, impedindo que se atinja o objetivo pretendido.

7- Vide arts. 70 e 103 do Novo Código de Processo Civil (NCPC)

8- Enunciado 132 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)

### 5.3 Fatores de eficácia do negócio

O negócio jurídico pode, embora válido, ser ineficaz com relação a qualquer pessoa (ineficácia absoluta) ou apenas ser inoponível a terceiro (ineficácia relativa). Pelo princípio da relatividade das convenções, os negócios não geram obrigações para terceiros sem a sua anuência. Por essa razão, por exemplo, o regime jurídico do assistente simples já admitido nos autos não pode, sem sua concordância, ser objeto de modificação por autor e réu.

Os fatores de eficácia são as circunstâncias que, não integrando o próprio negócio, contribuem para a obtenção do resultado. Junqueira de Azevedo as divide em três classes.

A primeira é a dos fatores de atribuição da eficácia em geral, sem os quais nenhum efeito é produzido pelo negócio jurídico. É o caso do evento referido em ato subordinado a condição suspensiva.

A segunda classe é a dos fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, sem os quais o negócio jurídico não produz os efeitos normais buscados pela vontade manifestada, mas, sim, outros. É o caso da ratificação, pelo mandante, do negócio jurídico já firmado entre terceiro e mandatário desprovido dos poderes necessários<sup>9</sup>.

A terceira classe é a dos fatores de atribuição de eficácia mais extensa, que dilatam o campo de atuação do negócio jurídico, tornando-o oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes*. Pode ser visualizado na cessão de créditos, em que o devedor fica vinculado apenas após ser notificado da cessão feita pelo antigo credor<sup>10</sup>.

Em regra, “os negócios processuais do caput do art. 191 não dependem de homologação judicial”<sup>11</sup>. Esse não é um fator de eficácia. É que, salvo no caso da desistência da ação, as declarações de vontade produzem imediatamente seus efeitos<sup>12</sup>.

Por outro lado, os negócios jurídicos processuais válidos podem não produzir efeitos se, celebrados fora do processo, não têm o reconhecimento de sua eficácia requerido tempestivamente nos autos. É dizer: a convenção sobre ônus probatório não pode ser suscitada em apelação, nem a convenção de arbitragem, após a contestação. A juntada oportuna do instrumento aos autos é fator de eficácia em geral do negócio processual. Operada a preclusão, esta não é ultrapassável pela vontade das partes.

---

9-Confirmam-se o art. 662 do Código Civil e o art. 104, § 2º, do NCPC

10-Vide art. 290 do Código Civil

11-Enunciado 133 do FPPC

12- Art. 200 do NCPC

#### 5.4 A invalidade eficaz

Segundo Pontes de Miranda, há uma ordem preferencial para análise do negócio jurídico. Analisa-se primeiro a existência, depois a validade, e, por fim, a eficácia. Todavia, às vezes, dá-se o caso de um negócio inválido não receber sanção de nulidade. Assim, produz efeitos, embora nulo. Eis o que ocorre com o casamento putativo.

Na seara civil, o princípio da conservação dos negócios prescreve a subsistência da vinculação entre partes à declaração de vontade em pelo menos 4 hipóteses. Dá-se a conversão substancial do negócio jurídico de uma categoria em outra, se isso for suficiente para superar a situação de invalidade<sup>13</sup>. Ocorre a conversão formal se, viciado o instrumento, o negócio puder ser provado por outra forma<sup>14</sup>. Há a confirmação do negócio para superar vício que o torne anulável, desde que não haja prejuízo a direito de terceiro<sup>15</sup>. Por fim, ocorre redução negocial, ou seja, a conservação das cláusulas negociais válidas que forem separáveis das cláusulas inválidas<sup>16</sup>. Daí se deduz que o “negócio jurídico-processual pode ser invalidado parcialmente”<sup>17</sup>.

No direito processual, os atos inválidos devem ser conservados se não causarem prejuízo e se a falha de forma não prejudicar a finalidade do ato<sup>18</sup>. Segundo a doutrina, “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”<sup>19</sup>. No mesmo sentido está o art. 64, §4º, do NCPC, pois trata da conservação dos efeitos de decisão de juiz incompetente, mesmo depois do reconhecimento judicial da falta de competência. Ou seja, preservam-se os efeitos de decisões inválidas.

A preclusão é também um fator processual de preservação dos efeitos de uma conduta inválida. Se a invalidade não é conhecível de ofício e deixou de ser alegada na primeira oportunidade, seus efeitos serão preservados<sup>20</sup>. Se a invalidade for conhecível de ofício, a possibilidade de o juiz aplicar a sanção de invalidade será esgotada pelo trânsito em julgado<sup>21</sup> ou, muito

---

13- Art. 170 do Código Civil

14-Art. 183 do Código Civil

15-Art. 172 do Código Civil

16-Art. 184 do Código Civil

17-Enunciado 134 do FPPC

18-Art. 188 do NCPC

19-Enunciado 16 do FPPC

20-Art. 278 do NCPC

21-Arts. 507 e 508 do NCPC

excepcionalmente, pelo escoamento do prazo para ajuizamento da ação rescisória<sup>22</sup>.

## **6. LIMITAÇÕES DERIVADAS DE PRINCÍPIOS**

Também o desrespeito a princípios pode viciar a convenção processual no plano da validade. Como visto no capítulo 2, o negócio jurídico-processual não se presta ao exercício do arbítrio. Daí ser necessário o estudo de pelo menos 3 princípios: o da função social das convenções, o da boa fé processual e o do devido processo legal.

### **6.1 Função Social das Convenções**

Ao juiz cabe o controle da função social dos negócios jurídicos, pois é em função dela e nos limites dela que se exerce a liberdade de contratar, não prevalecendo a convenção que contrariar preceitos que asseguram a função social da propriedade e dos contratos<sup>23</sup>. A função social sobressai no Poder Judiciário, em parte, porque, para além do pagamento das taxas judiciárias, o sistema judicial é subsidiado por toda sociedade.

Algumas convenções processuais não são universalizáveis e podem sobrecarregar o conjunto de juízes, serventuários, defensores públicos, advogados públicos e membros do Ministério Público. O tempo de serviço dos agentes estatais é um recurso finito a ser distribuído pelos processos com proporcionalidade e em prol de todos. Contudo, litigantes habituais e contratos de adesão incrementam o risco de multiplicação endêmica de uma mesma convenção processual, ainda que tenha potencial de aumentar o número de participantes do processo, o objeto do litígio, as formas de impugnação, as fases processuais ou a duração do processo. Distorções daí derivadas podem afetar os recursos que sobram para aplicação nos processos em que não celebrado qualquer negócio processual. Tais externalidades devem ser evitadas.

São inadmissíveis modificações de competência absoluta ou supressão da 1ª instância<sup>24</sup>. Tampouco são aceitáveis os negócios feitos para contornar “criativamente” as taxas judiciárias, os que incrementem a complexidade procedimental no âmbito de Juizados ou que estipulem aumento desmedido ou injustificado de tempo de sustentação oral. A função social não é compatível

---

22-Art. 966 do NCPC

23- Arts. 421 e 2.035, parágrafo único, ambos do Código Civil

24- Enunciado 20 do FPPC

com uma ocupação de um espaço público, como o espaço judiciário, em descompasso com a razoabilidade, isonomia no acesso à Justiça e eficiência dos serviços judiciais.

## 6.2 A Boa Fé Processual

Vê-se que a validade dos negócios jurídicos, inclusive os processuais, depende de uma adequação entre o interesse das partes e o da sociedade. Também depende de uma adequada interação entre os negociantes; e disso trata a boa-fé. Como vem sendo reconhecido pela doutrina, a vontade não pode derogar os deveres inerentes à boa-fé<sup>25</sup>.

Duas óticas podem ser projetadas sobre esse conceito. A primeira delas é subjetiva e compreende boa-fé como o elemento psicológico que denota a orientação íntima de conduta conforme a probidade e a boa intenção. A tutela da boa-fé subjetiva determina, por exemplo, que a intenção conhecida prevaleça sobre a literalidade das cláusulas contratuais na interpretação dos negócios jurídicos<sup>26</sup>.

A outra ótica é a da boa-fé objetiva. Essa é um parâmetro socialmente aceito de observação externa de conduta, que exige a cautela de um homem médio perante as expectativas legítimas de outrem. A boa-fé objetiva tem 3 funções distintas no ordenamento jurídico: a limitativa, a interpretativa e a supletiva.

Ao lado dos costumes, a boa-fé objetiva limita o conceito de atos lícitos, pois define e exclui de sua abrangência os abusos de direito<sup>27</sup>. Durante a interpretação, ela supera dúvidas relativas ao alcance de disposições estabelecidas pela vontade de particulares<sup>28</sup>. Por fim, ela institui a integração do negócio jurídico por cláusula geral de conteúdo construído jurisprudencialmente, criando direitos e deveres anexos a um contrato<sup>29</sup>. Exemplo de dever anexo da boa-fé é a vedação a comportamento contraditório, que afronte a expectativa legitimamente gerada na outra parte pelo comportamento prévio do agente.

O art. 14 do Código Processual de 1973 já estabelecia funções limitativa e supletiva para a boa fé. O CPC de 2015 reiterou essas funções (art. 5º) e explicitou que a boa-fé rege a interpretação de pedidos e decisões (art. 322, § 2º e art. 489, § 3º).

---

25-Enunciado 06 do FPPC

26- Art. 112 do Código Civil

27-Art. 187 do Código Civil

28-Art. 113 do Código Civil

29-Art. 422 do Código Civil

### **6.3 O Devido Processo Legal**

O devido processo legal é uma cláusula geral de proteção contra o exercício tirânico do poder. A ele estão associadas garantias atípicas, princípios constitucionais positivados (como o do juiz natural e do contraditório) e valores processuais (como a paridade de armas e o procedimento previsível equitativo). Esse bloco normativo pode ser compreendido como a ordem jurídica processual cogente. Eis porque uma parte não pode submeter outra a seu puro arbítrio ou porque é “inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica”<sup>30</sup>.

Mesmo na arbitragem, onde a autonomia privada é maior, não podem ser afastados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade, do livre convencimento e do direito à assistência por advogado<sup>31</sup>. Com muito maior razão, tais valores devem ser preservados no processo judicial. A vontade não pode afastar esses princípios, valores e garantias, que compõem a ordem jurídica processual cogente.

## **7. OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS TÍPICOS**

Como visto, o autorregramento da vontade sofre limitações inerentes aos negócios jurídicos e restrições decorrentes de princípios. Há uma terceira ordem de limitações, que são aquelas relativas aos negócios processuais típicos e que podem ser generalizadas por analogia.

O Novo CPC regula muitas convenções processuais típicas e não serão todas estudadas. Aquelas adiante analisadas abrangem convenções sobre o momento de atos processuais (partilha desigual de tempo de alegações orais, adiamento de audiência, suspensão do processo), a procura, que é convenção atinente aos procuradores, a transação, os negócios atinentes ao juiz e a seus auxiliares (convenções de arbitragem, cláusulas de eleição de jurisdição estrangeira com exclusão da jurisdição brasileira; pactos de competência; e pacto de eleição do perito), e uma convenção processual sobre o regime jurídico das partes (a convenção de distribuição de ônus da prova).

As características de cada uma delas serão vistas a seguir.

### **7.1 Convenções sobre o momento dos atos processuais**

O Legislador fixou alguns limites objetivos ao poder de regulação da vontade com relação ao momento e duração dos atos processuais. O art. 364,

---

30-Enunciado 254 do FPPC

31-Art. 21, §§ 2º e 3º, da Lei 9.307/1996



§1º, do NCPC prevê que os sujeitos alinhados a um dos polos processuais podem optar por dividir entre si de forma desigual os 20 minutos reservados às alegações finais orais em audiência. O art. 313, II e §§ 4º e 5º, do NCPC acatam a paralisação do processo por decisão das partes, desde que por até 6 meses. O art. 362, I, do Novo Código possibilita que a audiência de instrução e julgamento seja adiada por iniciativa das partes.

No acordo de partilha desigual de tempo de alegações orais em audiência, os advogados dispõem de ampla liberdade para dividir o tempo. Nos dois outros casos, as convenções podem ser instauradas por razão de conveniência das partes, o que favorece a conciliação por elas vislumbrada.

No que toca à simples modificação de prazos, o novo Código manteve, em linhas gerais, a sistemática anterior. Reiterou a possibilidade de prorrogação judicial de prazos quando for difícil o acesso à Comarca (art. 222, caput e §2º) e vedou ao juiz diminuir prazos legais peremptórios sem anuência das partes (art. 222, §1º). Não repetiu, todavia, a proibição de alteração de prazo peremptório (art. 182 do Código Processual de 1973). Entrevê-se a possibilidade de redução consensual de prazos.

O art. 191 do NCPC, por sua vez, explicita a técnica de gestão processual do calendário de atos processuais, por meio da qual ficam definidas, desde logo, datas e períodos subsequentes em que deve haver a prática de atos processuais, evitando-se intimações futuras e “prazos mortos” em Secretaria. A preocupação com a gestão eficiente do procedimento é revelada também no art. 357, § 8º, do NCPC, que insta o juiz, de ofício, a estabelecer calendário de realização de perícia.

A praxe forense já conhecia o uso da técnica do calendário de atos processuais utilizada por iniciativa do juiz. O Novo CPC sugere às partes que, também elas, tomem a iniciativa de propor um calendário. Fica ressalvada a possibilidade de modificação justificada e excepcional do calendário estabelecido<sup>32</sup>, esclarecendo-se que a convenção das partes sempre depende da anuência do juiz para produzir efeitos em face dele.

Sem a anuência judicial, o calendário eventualmente já estabelecido é inoponível ao magistrado. Isso significa que, a depender da redação das cláusulas firmadas, pode ser possível a preservação de efeitos entre as partes (como a redução equitativa de prazos e a determinação do cumprimento de alguns atos em datas determinadas com dispensa de intimação por publicação). Isso garante às partes interessadas que ao negócio seja reconhecido um mínimo de eficácia.

---

32-Art. 191, §1º, do NCPC

Como o art. 191 do NCPC fala apenas no comum acordo entre o juiz e as partes, atribui à autoridade judicial poder discricionário. O juiz avaliará, dentro de critérios de razoabilidade, a conveniência e oportunidade de os atos a cargo do Juízo serem praticados nas datas sugeridas. Essa análise deve levar em conta não apenas a gestão do processo individual no qual é celebrado o calendário de atos processuais, mas também a gestão, como um todo, dos processos em trâmite na vara. Naturalmente, a rejeição de calendário proposto pelas partes deve ser fundamentada.

## 7.2 A Procura

A procura é a principal convenção processual relativa aos procuradores. É um negócio jurídico-processual unilateral de outorga de poderes de representação. Procuração é o nome dado ao instrumento que formaliza por escrito esse negócio jurídico e não deve ser confundida com o mandato representativo, contrato que regula direitos e obrigações, inclusive o montante da verba honorária e o conjunto de instruções dadas pelo outorgante ao outorgado.

O representante civil é obrigado a exibir apenas a procuração, e não as instruções recebidas<sup>33</sup>. Se atuar com dolo em detrimento de terceiro, haverá responsabilidade solidária do representante e do representado, independentemente de proveito auferido pelo representado<sup>34</sup>. Interpretam-se restritivamente os poderes que exorbitarem a administração de direitos, exigindo-se poderes especiais e expressos para que o representante convencional possa abrir mão das faculdades do representado.

A representação judicial segue disposições específicas. O representante deve ser advogado regularmente inscrito na OAB<sup>35</sup> e a responsabilidade por litigância de má-fé segue regime dúplice: multa para o representado e sanção disciplinar para o advogado<sup>36</sup>. O art. 105 do NCPC define por exclusão os poderes especiais, que dependem de cláusula expressa para serem outorgados. Foi mantido o antigo rol de poderes especiais, com o acréscimo da necessidade de poder especial para assinar declaração de hipossuficiência econômica.

A diversidade de regimes tem consequências importantes para o estudo dos negócios jurídicos processuais preparatórios. Há convenções, como a de inversão do ônus da prova, que implicam a abdicação de faculdades

---

33-Art. 118 do Código Civil

34-Art. 149 do Código Civil

35-Art. 103 do NCPC

36- Art. 77, §6º, do NCPC e art. 34 da Lei 8.906/1994

processuais. Em representação judicial, o advogado não precisa de poderes especiais e expressos para celebrar esse tipo de convenção, já que o art. 105 do NCPC não o exige. No regime do Código Civil, qualquer ato de disposição exige outorga expressa de poderes específicos.

Qual regime deve ser aplicado quando o advogado atua com o cliente para prevenir a judicialização após o surgimento de um conflito? O art. 692 do Código Civil sugere, como resposta, que se aplicará esse Código, uma vez que não se trata de mandato para atuação em processo judicial. O advogado precisará, nesse momento, de receber poderes especiais, se quiser representar o cliente na celebração de negócios que alterem de forma mais significativa as faculdades, deveres, ônus e poderes processuais.

No que tange ao momento da procura judicial, o mais comum é que esta ocorra no decorrer de um processo. No entanto, nada impede que as partes constituam representantes para atuação futura em processo eventual. A pré-constituição é obrigatória, por exemplo, para pessoas domiciliadas no exterior que sejam titulares de propriedade industrial no Brasil<sup>37</sup>.

Em regra, não há controle judicial da extensão de poderes outorgados ao causídico. Quanto ao controle das pessoas que podem ser escolhidas como representantes cabe, preponderantemente, à OAB. De resto, reconhece-se à parte ampla liberdade na escolha de seu advogado e dos poderes que a ele atribuirá. Ao juiz, cabe o controle dos vícios de forma da procuração, requerendo a regularização da representação (e.g. nos casos em que se exige a procuração por instrumento público).

O magistrado também pronuncia a ineficácia, nos casos de revogação tácita. O art. 687 do Código Civil prevê que o contrato de mandato se sujeita a revogação tácita pela comunicação ao mandatário da nomeação de outro, para o mesmo negócio. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), contudo, afirmam que basta a mera juntada aos autos de nova procuração outorgada para que se verifique a revogação de mandato anterior<sup>38</sup>. Certamente, presumem a observância ao art. 11 do Código de Ética e Disciplina da OAB. De acordo com ele, um segundo advogado não aceitará, em regra, procuração de quem já tenha patrono constituído sem que este seja previamente comunicado.

### **7.3 A Transação**

A transação é um consagrado negócio vocacionado à produção de efeitos processuais. Ela consiste em meio de autocomposição que resulta na extinção

---

37-Art. 217 da Lei 9.279/1996

38-REsp 19900597788, Quinta Turma, DJ 21/02/2000 e ROMS, Segunda Turma, DJ 21/06/2011

da fase cognitiva. Nos arts. 840 a 850 do Código Civil, ela é classificada como negócio jurídico contratual e tem a finalidade de debelar um estado de incerteza jurídica. Por meio dela, as partes praticam concessões mútuas e previnem ou terminam litígios, reconhecendo e declarando direitos patrimoniais de caráter privado. O contrato também se adéqua ao conceito de negócio jurídico-processual, pois é previsto como suporte de norma processual<sup>39</sup> e guarda referibilidade a um litígio.

Mesmo antes de homologada, a transação não é retratável unilateralmente, sendo passível apenas de distrato. O aperfeiçoamento do negócio não depende da anuência de litisdenunciado ou de assistente simples, ainda que extinga o processo.

A transação pode ser judicial (praticada no decorrer do processo) ou extrajudicial (celebrada fora dos autos, por vezes antes do ajuizamento). A transação extrajudicial não exige os requisitos de validade estritamente processuais, podendo ser validamente celebrada sem a participação de advogados. Ela pode ser alegada e provada no decorrer do processo. Por sua vez, a transação judicial será inválida se não observar os requisitos processuais, donde se conclui que não pode ser celebrada pelas partes antagonistas se estiverem assistidas por advogados do mesmo escritório<sup>40</sup>.

As partes podem transigir apenas sobre parte dos direitos controvertidos em um processo. Ou, ao contrário, a transação judicial pode abranger questões não judicializadas e sujeitos estranhos ao feito<sup>41</sup>.

A homologação é ato decisório com natureza de sentença de mérito, mas que não se aprofunda nas razões das declarações das partes. Ao juiz cabe analisar se presentes vícios formais ou invalidades relativas a matérias de ordem pública (como a tentativa de fraude a lei)<sup>42</sup>. Ausentes estes, dar-se-á a homologação, que constituirá um título executivo judicial e dará ensejo ao início dos atos de execução.

## **7.4 Negócios sobre o juiz e seus auxiliares**

### **7.4.1 Convenções Arbitrais**

As convenções arbitrais são gênero que abrange duas espécies – a cláusula compromissória e o compromisso arbitral – ambas voltadas para derrogar a

---

39-Vide art. 487, III, “b”, e art. 90, §§2º e 3º, ambos do NCPC

40-REsp 1.046.068, STJ, Terceira Turma, DJ 30/03/2009.

41-Art. 512, II, III e §2º, do NCPC

42-Art. 142 do NCPC

jurisdição estatal e determinar que um conflito será decidido por um terceiro escolhido de comum acordo, e não por um juiz. Esse conflito pode ser posterior e eventual, relativo a um contrato, hipótese de prévia cláusula compromissória, ou pode ser prévio e concreto, firmando-se após ele um compromisso arbitral.

A cláusula arbitral é nula se colocada em contrato de consumo<sup>43</sup>, mas o compromisso arbitral consumerista é admitido pelo STJ<sup>44</sup>. Se aposta a um contrato de adesão, a cláusula arbitral é válida, mas sua eficácia fica condicionada à iniciativa do aderente na instituição da arbitragem ou à sua concordância expressa<sup>45</sup>.

O art. 337, §§5º e 6º, do NCPC proíbem expressamente o juiz de conhecer a derrogação da jurisdição estatal de ofício. Há preclusão e renúncia ao juízo arbitral se o réu não suscitar preliminarmente a existência de convenção na contestação. Suscitada a preliminar, ou havendo afirmação da competência por árbitro antes do fim do prazo de resposta, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito<sup>46</sup>.

Não havendo renúncia à arbitragem, a validade da convenção é matéria que se leva ao próprio árbitro<sup>47</sup>, durante a fase de conhecimento, ou ao Judiciário, após a prolação da sentença arbitral<sup>48</sup>. O juiz pode controlar a validade desse negócio jurídico-processual desde o início apenas em caso de cláusula compromissória patológica ou “em branco” (i.e. aquela que deixa de definir quem atuará como árbitro). É que, se as partes não entrarem em acordo quanto a quem será árbitro, pode ser ajuizada ação para completar a cláusula, cabendo ao Judiciário pronunciar eventual invalidade da convenção.

#### **7.4.2 Eleição de Jurisdição**

Cláusulas sobre esse tema podem afastar a jurisdição brasileira em detrimento de outra jurisdição estatal dentro da zona do Mercosul. O Decreto 2.095/1996 internalizou o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual. Seu art. 4º prevê a validade da cláusula de eleição de jurisdição nos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares - pessoas físicas ou jurídicas - desde que domiciliados ou com sede social em um Estado-Parte do Tratado de

---

43-Art. 51, VII, do CDC

44-REsp 1.169.841, Terceira Turma, DJ 06/11/2012.

45-Art. 4º, §2º da Lei 9.307/1996

46-Art. 485, VII, do NCPC

47-Art. 8º, parágrafo único, e art. 20, ambos da Lei 9.307/1996

48-Art. 32, I e 33 da Lei 9.307/1996

Assunção. A eleição da jurisdição pode ser feita na celebração do contrato ou depois, sendo sua validade aferida conforme a legislação do país com a jurisdição eleita.

Não havendo tratado específico, o STJ tende a limitar a validade desse tipo de negócio. Essa Corte já decidiu que o pacto que fixa foro espanhol não afasta a jurisdição brasileira para discutir danos causados na internet a contratante domiciliada no Brasil, pois se evidencia a correlação entre o território brasileiro e a repercussão do fato lesivo<sup>49</sup>. A eleição de jurisdição não vale, tampouco, se o contrato versa sobre obrigação a ser cumprida no Brasil<sup>50</sup>. A autonomia privada não afastaria, portanto, a jurisdição internacional concorrente (regida pelos arts. 21 e 22 do NCPC).

### 7.4.3 O Pacto de Competência

O art. 63 do NCPC permite que as partes modifiquem a competência relativa em razão do valor e do território, elegendo o foro para ajuizamento de demanda sobre um negócio jurídico específico. Exige-se a forma escrita para a validade do negócio.

O NCPC positivou o dever do juiz de reconhecer as cláusulas nulas de ofício, mas a facilitação da defesa do consumidor em juízo já era determinada pelo art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o STJ chancelava o declínio de competência feito com essa finalidade<sup>51</sup>. Segundo essa corte, a eleição de foro não prevalece quando contrária a consumidor hipossuficiente<sup>52</sup>. A cláusula de eleição do foro também é afastável em ações que discutem a própria validade do próprio contrato<sup>53</sup>.

O STJ já ressaltou a necessidade de avaliação do caso concreto para caracterização da situação de abusividade, asseverando que a qualidade de consumidor seria insuficiente, por si só, para tanto. A corte consignou esse entendimento ao julgar caso em que a prestação de serviços ao consumidor se deu no local do foro de eleição, entendendo que a cláusula não acarretava restrição ao acesso à Justiça<sup>54</sup>.

Mesmo fora do sistema do CDC, a abusividade da cláusula pode ser evidenciada pelo desrespeito à boa-fé e à função social do contrato. Com essa

---

49-REsp 1.168.547, Quarta Turma, DJ 11/05/2010.

50-REsp 251.438, Quarta Turma, DJ 08/08/2000.

51-REsp 1.084.036, Terceira Turma, DJ 03/03/2009.

52-REsp 1.010.834, Terceira Turma, DJ 03/08/2010.

53-REsp 1.491.040, Terceira Turma, DJ 03/03/2015, REsp 773.753-PR, Terceira Turma, DJ 24/10/2005; e CC 15.134-RJ, Segunda Seção, DJ 11/12/1995.

54-REsp 1.089.993, Terceira Turma, DJ 18/02/2010 .



orientação, o STJ se posicionou pela ineficácia do pacto em caso no qual uma empresa que prestava serviços em cidades do Mato Grosso propunha, em contrato de adesão, a Comarca do Rio de Janeiro como foro de eleição. No caso, o aderente era inferior economicamente e domiciliado no Mato Grosso<sup>55</sup>. Em outro caso, ao contrário, o STJ não reconheceu a abusividade tendo em vista o vultoso valor econômico de um contrato e o notório poder econômico das partes. Ambas podiam acessar a Justiça no foro eleito<sup>56</sup>.

Até a citação, o juiz tem o poder-dever de conhecer de ofício a abusividade e ineficácia de cláusula de eleição do foro, declinando da competência territorial. Após esse momento, cabe à parte ré, sob pena de prorrogação, alegar a incompetência territorial na contestação<sup>57</sup>.

#### 7.4.4 Eleição de Perito

O Novo CPC passou a regulamentar a possibilidade de as partes convencionalmente elegerem a pessoa que realizará a perícia judicial. Em medida de economia processual, o art. 471 do NCPC estipula que, do instrumento da convenção, já constarão os nomes dos assistentes técnicos, a data e local da perícia. O §3º do art. 471 sugere que o juiz fica vinculado à escolha feita, podendo, tão somente, fixar o prazo para entrega do laudo e dos pareceres. O único requisito de validade que é específico do negócio consta do art. 471, II, do NCPC: a causa deve ser passível de solução por autocomposição.

Na Justiça Federal sobressai a importância da alusão à autocomposição, pois a utilização dessa expressão supera a discussão acerca da disponibilidade dos interesses do Poder Público. Existe quadro normativo que prevê a possibilidade de utilização da autocomposição e da arbitragem em conflitos envolvendo direitos patrimoniais da administração pública<sup>58</sup>, de modo que a alegação de indisponibilidade dos bens públicos não constitui impeditivo à celebração do negócio jurídico-processual. Daí os enunciados 135, 253 e 256 do FPPC, que ressaltam a possibilidade de celebração de negócios jurídicos

---

55-REsp 1.006.824, Terceira Turma, DJ 02/09/2010.

56-CC64524, Segunda Seção, DJ 27/09/2006.

57-Art. 63, §§3º e 4º, do NCPC

58-Nesse sentido, confira-se o art. 4º, VI, da Lei Complementar 73/1993, o art. 1º da Lei 9.469/2007, o art. 10, parágrafo único, da Lei 10.259/2002, o art. 132 da Lei 8.213/1991, o art. 1º, §1º, da Lei 9.307/1996, incluído pela Lei 13.129/2006. Vale dizer que o último dispositivo citado apenas generalizou a utilização da arbitragem, afirmando a disponibilidade dos direitos patrimoniais da Administração Pública, que já vinha reconhecida pontualmente na legislação. Como exemplos desse reconhecimento anterior, cita-se o art. 11, III, da Lei 11.079/2004 e o art. 23-A da Lei 8.987/1995, entre outros.

quando a Fazenda ou o Ministério Público atuar como parte. Em ações de desapropriação<sup>59</sup>, por exemplo, o perito poderá não ser escolhido pelo juiz, mas, sim, pelas partes.

### **7.5 Convenção de Distribuição de Ônus da Prova**

Um importante negócio atinente ao regime jurídico das partes é a convenção de distribuição de ônus probatório. O negócio, em geral, desigualava as partes, criando situação de possível vantagem para uma delas. A vantagem é apenas eventual, pois o ônus probatório é um ônus imperfeito; ou seja, mesmo não sendo cumprido, a parte omissa pode sagrar-se vencedora na demanda (desde que trazida prova vantajosa aos autos por outrem ou desde que o juiz considere que o fato não provado era irrelevante para definir o direito).

A convenção não se forma pelo mero fato de uma parte requerer prova de fato cujo ônus não era a ela imputável. Exige-se declaração clara a respeito da vontade de absorver um ônus que, de outro modo, não seria seu.

Não havendo impeditivo legal, a convenção pode ser celebrada antes da deflagração de processo. Em tal situação, é imprescindível que especifique quais são os fatos com relação ao qual o ônus probatório fica invertido. Não havendo especificação, incidirão as normas de interpretação dos negócios jurídicos para fixar a exata amplitude do negócio. Se o juiz verificar que esse esforço se revela infrutífero, o negócio não produzirá efeitos.

De toda sorte, há ineficácia se a aplicação da convenção não for requerida até a decisão saneadora. A inação do interessado configurará, a partir daí, preclusão.

Há 3 requisitos específicos de validade. O primeiro diz respeito à tutela do consumidor. O art. 51, VI, do CDC firma a nulidade das cláusulas em contrato que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

O segundo requisito de validade consta do art. 373, §3º, I, do NCPC. Não se admite a convenção que recaia sobre direito indisponível da parte. É importante não confundir a indisponibilidade do direito material discutido no processo e a indisponibilidade do poder, ônus ou faculdade processual. A primeira situação pode ser reconhecida com relação a direitos da personalidade de incapaz, ao passo que a segunda pode dizer respeito ao exercício mínimo do contraditório no processo.

Seria desnecessário que o Legislador afirmasse a inderrogabilidade por negócio processual das normas processuais cogentes. A interpretação mais

---

59-Confirmam-se os arts. 10 e 14 do Decreto-Lei 3.365/1941

razoável do dispositivo é a de que proíbe que a tutela do direito material indisponível seja fragilizada de forma indireta por uma convenção sobre ônus da prova. Exatamente por isso, deve ser reputada válida a convenção que estipula inversão do ônus da prova favorável ao titular do direito indisponível. Se o processo exigir a intervenção do Ministério Público, este deverá ser ouvido para aperfeiçoamento de tal negócio processual<sup>60</sup>.

Um terceiro requisito de validade consta do art. 373, §3º, II, do NCPC, que rejeita a convenção que torna excessivamente difícil o direito à produção de prova. O Código reafirma aqui a tutela do núcleo básico da ampla defesa e da busca da verdade. Esse requisito deve ser analisado à luz do conflito concreto já deflagrado.

## **7.6 Limitações Generalizáveis**

Esse panorama dos negócios processuais típicos serve para extrair regras aplicáveis aos negócios atípicos. Se determinadas circunstâncias indicam a abusividade da cláusula de eleição de foro, não induziriam também a ineficácia de convenção atípica tendente a produzir efeitos semelhantes?

Do regime das transações extrajudiciais infere-se a plausibilidade de celebração de negócios jurídicos preparatórios sem advogados. A jurisprudência do STJ sobre as convenções de arbitragem, por sua vez, permite identificar a necessidade de tratamento diferenciado a se dar ao mesmo tipo de negócio processual envolvendo parte vulnerável consoante tenha sido celebrado antes ou depois da deflagração de um conflito, pois, antes do conflito, a ignorância acerca do futuro tolhe a capacidade de previsão das partes de forma muito diferenciada.

Quanto ao papel do juiz, o estudo das convenções processuais típicas é compatível com a compreensão de que (i) o magistrado tem poder discricionário para não aderir a calendário de atos processuais proposto pelas partes; (ii) não há, como regra, amplo controle judicial do adiamento de audiência ou da suspensão do processo por até 6 meses; (iii) diante da procuração, da transação e de negócios atinentes ao juiz e a seus auxiliares, o magistrado tem o dever de promover controle preponderantemente de requisitos formais e de questões de ordem pública correlatas; (iv) a regra, todavia, é de que um mais amplo controle judicial da validade e eficácia seja realizado sobre os negócios jurídicos, especialmente aqueles que digam respeito ao procedimento e

---

60-Nesse sentido: MACEDO e PEIXOTO (2015)

ao regime subjetivo das partes; (v) os poderes e deveres do juiz não são derogáveis pela vontade das partes, ressalvada a opção pela arbitragem.

Privilegia-se a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direitos<sup>61</sup> também no âmbito das convenções processuais. Apenas como exceção, se restringe o controle judicial, o que se dá por força da lei ou pela própria natureza do negócio. Porém, mesmo na arbitragem, a vontade das partes não derroga a *Kompetenz-Kompetenz*, aquela inerente legitimidade do órgão julgador para decidir ao menos quanto à sua competência para julgar um caso que lhe seja apresentado.

Quanto aos efeitos da vontade das partes sobre o juiz, viu-se que são variáveis. Em alguns casos (e.g. convenção para adiamento da audiência), o juiz se sujeita ao poder que a lei atribui sem reservas às partes. O mais comum é que não seja oponível ao juiz um negócio jurídico-processual celebrado apenas entre as partes. Sem a anuência judicial, há ineficácia relativa.

Vale notar que essa anuência judicial é impossível em caso de colisão com deveres legais impostos a magistrados. Tais deveres é que estruturam a reputação das cortes judiciais como órgãos íntegros e capazes de oferecer soluções justas. Por essa razão é que as convenções não podem restringir o tipo de prova passível de valoração pelo juiz, afastá-lo do dever de julgar a lide à luz das normas estatais brasileiras, impedir que o juiz produza provas de ofício nas hipóteses legais ou afastá-lo do dever de apreciar determinadas questões independentemente de provocação.

## 8. OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

A nova fronteira processual está no art. 190 do NCPC. O conhecimento dos parâmetros de controle judicial aplicáveis aos outros negócios jurídicos é curial para dar forma a esse novo território, que é o dos negócios processuais atípicos. As necessidades sociais e a imaginação dos advogados mostrarão que negócios processuais novos se tornarão frequentes nas próximas décadas. Os enunciados 19 e 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) apresentam exemplos de possíveis negócios atípicos a serem celebrados na seara processual: o pacto de impenhorabilidade, a dispensa consensual de assistente técnico, a redução de prazos processuais, o acordo de rateio de despesas processuais, o acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação e o acordo para não promover execução provisória, entre outros.

---

61-Conforme art. 5º, XXXV, da Carta Magna

Há uma separação das convenções atípicas em 2 espécies que vem sido referendada pela doutrina com base na literalidade do art. 190 do NCPC. A convenção processual pode se prestar a alterar (i) o procedimento ou (ii) o regime jurídico das partes, aqui compreendido como os seus ônus, deveres, poderes e faculdades. A classificação oferece desafios, em parte porque o conceito de procedimento em nossa tradição jurídica é polêmico. Demais disso, a alteração de procedimento pode guardar correspondência com alteração dos ônus e de faculdades processuais. Muitas vezes, o procedimento é que estrutura o momento de exercício e a extensão de poderes de que são dotadas as partes no processo.

É certo que o Legislador positivou a necessidade de adequação às especificidades do conflito apenas com relação à convenção procedimental. A alteração de procedimento previsto em lei só é possível se leva aos meios menos complicados e dispendiosos de aferição da verdade e de efetivação da tutela do direito material. Esse requisito de validade é sempre aplicável à convenção de procedimento, conquanto nada impeça que se aplique eventualmente às convenções sobre regime jurídico das partes.

Não é trivial afirmar que essa última espécie jamais se sujeitará à necessidade de maior adequação às especificidades do conflito subjacente. É possível que convenções processuais de qualquer tipo sejam repelidas por sua evidente futilidade e inadequação. Tal rejeição encontra fundamento nos princípios da boa fé e da função social, que regem os negócios jurídicos e buscam assegurar a compatibilidade deles com as finalidades expostas no capítulo 2.

As convenções relativas a limitação do tipo e da quantidade de prova produzida podem se revelar tema delicado. São de difícil categorização. Limitam as faculdades das partes tanto quanto modificam o procedimento, o que pode suscitar dúvidas quanto a necessidade de que esse tipo de convenção se mostre mais adequada ao tipo de conflito subjacente. Aqui, como parte significativa do ônus da prova costuma recair sobre o autor, a limitação da instrução pode tornar excessivamente difícil a prova de todos os fatos que amparam o direito pleiteado. O juiz deve avaliar a razoabilidade das limitações criadas pela vontade com base no tipo de provas normalmente necessárias, a fim de preservar o núcleo essencial do acesso à justiça e do devido processo legal.

Muita atenção deve ser dedicada à convenção que restrinja as matérias de defesa suscetíveis. A depender do conflito subjacente, essa convenção

pode inviabilizar o sucesso em juízo de uma das partes. Todavia, o Direito veda a determinação da solução do conflito por vias transversas, sob pena de violação ao contraditório. A adequação deve manter a distinção entre questões procedimentais e questões de direito material. Ou seja, as novas regras procedimentais devem preservar a possibilidade inicial de acolhimento judicial posterior da pretensão de qualquer das partes.

### **8.1 A Convenção de Procedimento**

O termo procedimento frequentemente é associado ao rito, à forma exteriorizada de desenvolvimento do processo, à sucessão ordenada de atos que visam atingir um resultado. Nessa perspectiva, a convenção de procedimento evita o deficit de adequação procedimental pela alteração da ordem de sucessão dos atos processuais.

O objeto dessa espécie de convenção podem ser os atos processuais, caso em que, por analogia, a vontade é limitável por parâmetros objetivamente definidos no Código, como o prazo máximo de dilação voluntária do tempo do processo (6 meses) ou a exigência de anuência judicial. O objeto também pode ser a inversão de fases processuais (e.g. perícia antes da contestação) ou a definição de métodos alternativos para liquidação ou satisfação do crédito.

A compreensão de procedimento poderia ser alargada para abranger aspectos que não digam respeito ao regime jurídico das partes. Poderiam ser compreendidas como convenção de procedimento aquelas que versem sobre a definição de auxiliares do Juízo (como o intérprete ou o tradutor). Nesse caso, inclusive, é razoável que se aplique analogicamente o regramento do pacto de eleição de perito.

### **8.2 Convenção atípica sobre regime jurídico das partes**

O art. 190 do NCPC permite que as partes convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Nota-se a desnecessidade de adequação ao tipo de conflito de que trata o processo. A convenção atípica sobre regime jurídico, a exemplo do que fazem a convenção sobre o ônus da prova e a cláusula de eleição de competência ou de foro, pode constituir uma situação de vantagem para uma das partes, desde que a vantagem não se revele excessiva.

O direito comparado conhece figuras como a da renúncia prévia ao direito de recorrer (“*waiver of appeal*”). A literatura registra a tendência de cortes



estadunidenses rejeitarem esses negócios quando celebrados antes do conflito ou da demanda<sup>62</sup>. É que a parte não teria certeza de qual seria o objeto da renúncia feita. Desqualificadas a vontade e a consciência, o negócio seria nulo. Vale consignar que, no direito brasileiro, tal convenção em nenhuma hipótese teria o efeito de afastar o reexame necessário.

### **8.3 Requisitos de validade das convenções atípicas**

O parágrafo único do art. 190 do NCPC reforça o controle das invalidades. Portanto, as convenções processuais atípicas devem observar os requisitos de validade e fatores de eficácia exigidos para todo negócio jurídico. Cumpre observar que o dispositivo legal mencionado põe em destaque três requisitos especiais de validade.

#### **8.3.1 A Vulnerabilidade**

O primeiro desses requisitos é a ausência de vulnerabilidade de uma das partes. Há aqui termo indeterminado. É certo que, no direito consumerista, o conceito é multifacetado e abrange, segundo lição de Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade técnica (a falta de conhecimentos especializado sobre o produto ou serviço), a vulnerabilidade jurídica (a falta de conhecimentos jurídicos, contábeis e econômicos acerca do objeto da obrigação a ser prestada) e a vulnerabilidade fática (a inferioridade econômica ou a dependência de serviço ou produto essencial oferecido pelo outro).

Em princípio, a assistência por advogado quando da celebração do negócio jurídico-processual descaracteriza uma situação de vulnerabilidade<sup>63</sup>. Em regra, haverá vulnerabilidade nas hipóteses de lesão, de estado de perigo<sup>64</sup> ou nas relações de consumo<sup>65</sup>.

#### **8.3.2 O Abuso da Liberdade de Estipular**

No contrato de adesão, há uma parte estipulante, que define o conteúdo das cláusulas gerais de contratação, e uma parte aderente, que se filia às cláusulas pré-definidas. O conteúdo do contrato não é negociado por ocasião da celebração.

---

62-PAULSON (2012: pp. 25-34)

63-Enunciado 18 do FPPC a *contrario sensu*

64-Arts. 156 e 157 do Código Civil

65-Art. 4º, I e 51, do CDC

Nessa modalidade, o aderente não é necessariamente vulnerável, pois o contrato de adesão pode ser celebrado entre iguais. Apenas o exercício abusivo, pelo estipulante, do poder de definir as cláusulas gerais de contratação acarreta a invalidade do negócio. Esse abuso de direito, como já visto, deve ser delimitado à luz da boa-fé e dos costumes.

Não se admite, portanto, que a convenção atípica inserida em contrato de adesão atribua vantagem excessiva ao estipulante prejudicando injustificadamente o acesso à Justiça e o exercício do contraditório pela parte aderente. Tendo em vista o tratamento dado ao compromisso arbitral, a abusividade pode ficar descaracterizada se é o aderente quem requer o reconhecimento da eficácia da convenção.

### **8.3.3 Limitação pelo tipo de conflito**

Já se apontou nos capítulos 7.4.4 e 7.5 que o direito brasileiro já reconhecia a autocomposição relativa a direitos materiais indisponíveis, a exemplo do que se dá com o Termo de Ajustamento de Conduta nas ações coletivas, e já restringia a celebração de convenção processual tendo em vista o tipo de conflito subjacente. Apontou-se então que interpretação teleológica possibilita que a convenção processual seja celebrada para beneficiar processualmente o titular do direito material indisponível.

Fora dessas hipóteses, se o direito material não é, ele mesmo, sujeito à autocomposição, não poderá ter enfraquecidas as chances de sua realização na via processual. Haverá o óbice do art. 190 do NCPC.

## **9. DECISÃO JUDICIAL RELATIVA A NEGÓCIO PROCESSUAL**

### **9.1 Momento do controle judicial**

Em regra, o negócio jurídico-processual se aperfeiçoa independentemente de provimento judicial. O controle judicial do negócio se dará preferencialmente assim que o requerimento de sua aplicação for formulado nos autos, mas nada impede que o controle se realize em momento posterior, contanto que se observe a preclusão e o princípio da não-surpresa.

Em regra, o juiz pode pronunciar a aceitação de um negócio jurídico-processual celebrado pelas duas partes sem intimá-las para se manifestar sobre o instrumento que veio por elas assinado. A pronúncia de ineficácia

ou invalidade, por sua vez, recomendará o prévio contraditório sempre que a convalidação for viável. Concluindo o juiz pela impossibilidade de superação dos vícios, nada impede que pronuncie de pronto a ineficácia ou invalidade, contanto que não surpreenda as partes na sequência. Supondo-se a celebração de desvantajosa convenção de inversão do ônus da prova em demanda sobre direitos de incapaz, a nulidade poderá ser pronunciada, mas deve haver oportunidade posterior para produção de prova, por exemplo.

## **9.2 Irrecorribilidade da decisão**

A decisão do juiz sobre a validade e eficácia de um negócio jurídico-processual se torna atacável apenas no momento de apelar da sentença (art. 1.009, §1º, do NCPC), uma vez que o Novo Código não prevê mais o agravo retido nem a preclusão com relação a questões que não suscitem interposição imediata de agravo de instrumento.

O art. 969 do Projeto de Lei 166/2010 do Senado não previa o agravo de instrumento contra a decisão que recusa a aplicação a negócio processual celebrado pelas partes. Tampouco era agravável a decisão sobre competência nesse projeto. A Câmara dos Deputados tentou modificar esse quadro, editando o art. 1.028, X e XX, no Projeto de Lei 8046/2010. No entanto, essas modificações foram rejeitadas quando a matéria retornou ao Senado.

O Poder Legislativo bicameral parece ter optado pela irrecorribilidade do controle judicial da convenção processual antes da apelação. Com efeito, o Relator do Substitutivo no Senado realçou que o projeto de Novo CPC “segue o caminho da simplificação recursal e do desestímulo ao destaque de questões incidentais para discussões em vias recursais antes da sentença”<sup>66</sup>, entendendo que as inserções feitas pela Câmara no tocante ao agravo de instrumento desvirtuavam esse propósito.

## **9.3 Consequências do Controle Judicial**

O parágrafo único do art. 190 do NCPC fala que “(...) o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação (...)”. O controle judicial dos negócios jurídicos, em regra, gera o reconhecimento total do negócio ou sua rejeição integral, caso em que as normas processuais dispositivas incidirão plenamente. Como visto no capítulo 2.4, acima, pode-se dar o caso de o juiz verificar uma situação de invalidade e, ainda assim,

---

66-BRASIL (2014: p. 78)

preservar a eficácia do negócio. Com base na separabilidade das convenções, é, inclusive, possível afastar as cláusulas nulas e preservar os efeitos das demais cláusulas.

Porém, o que acontece se o negócio, como um todo, é nulo por ter exagerado? É possível a revisão judicial para tolher a extensão dos atos de disposição das partes?

O ordenamento jurídico pátrio já concebe, no ramo do direito civil, a revisão judicial de negócios jurídicos<sup>67</sup>. Na seara processual, a questão é delicada, sobretudo porque o juiz é um sujeito processual vinculado à legalidade.

Paulson (2012: p. 75) sugere que o Judiciário modifique o procedimento apenas na medida necessária para o restabelecimento do equilíbrio entre as partes. Comunicando seu entendimento acerca do quanto da convenção processual pode ser aproveitado, o juiz poderia assinar prazo para que as partes aderissem à proposta de revisão do negócio ou o rejeitassem, em favor das leis procedimentais aplicáveis. Essa solução, embora concebida para o direito estadunidense, se coaduna com o art. 139, V, do NCPC e oferece saída menos radical que a imposição às partes de enquadramento procedimental distinto do afirmado por elas e pelo Legislador.

## 10. CONCLUSÃO

Grande é a amplitude das convenções processuais atípicas. Buscou-se distinguir as diversas situações que podem ser acobertadas pelo art. 190 do NCPC, ponderando em quais delas a declaração de vontade das partes vincularia o órgão judicial com maior vigor e em qual delas o controle judicial se faria mais necessário. Conclui-se que ao órgão judicial cabe o papel de velar pela preservação de um conjunto mínimo de garantias que consubstanciam um núcleo irreduzível do devido processo legal, da função social e da boa-fé. A autoridade judicial deve prestar deferência às soluções apresentadas pelas próprias partes envolvidas quando não afetarem esse núcleo nem desbordarem dos limites legais.

O art. 190 do NCPC abre novo horizonte processual para o fortalecimento e responsabilização das próprias partes na construção do procedimento que busca dar solução ao conflito. Nessa dinâmica, o juiz passa a garantir, a fiscalizar e a fomentar. Tal como se dá na conciliação, pode o próprio magistrado pesquisar nas partes a intenção de se aproximarem pela via negocial. Essa novidade processual, sem sombra de dúvidas, reforça a noção de empoderamento da

---

67-Arts. 317 e 157, §2º, do Código Civil.

parte, consagrando a finalidade educativa da jurisdição e incentivando os agentes processuais a tomarem as rédeas, tanto quanto possível, da dinâmica de superação do conflito deflagrado.

## **BIBLIOGRAFIA**

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 956 de 2014 da Comissão Temporária do Código de Processo Civil**, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Relator: Vital do Rêgo. Diário do Senado Federal, Brasília, 09.12.2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=159354&tp=1>>. Acesso: 07 jun 2015.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. Negócios Processuais e Seus Novos Desafios. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 955, maio 2015. pp 211-227.

IBDP. Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. 5. 2015, Vitória. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Disponível em formato eletrônico em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso: 13 jun 2015.

KLEMENT, Alon; KAPELIUK, Daphna. **Contractualizing Procedure**. 31 Dez, 2008. Disponível em formato eletrônico em <<http://ssrn.com/abstract=1323056>>. Acesso: 13 jun 2015.

MACEDO, Lucar Buriel de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova. In: **Revista de Processo**, vol. 241, mar 2015. pp. 463-487.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**:

com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3ª ed. da obra Código de Processo Civil Comentado, reescrita de acordo com a Lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Salvador: Tese de Doutorado da Universidade Federal da Bahia, 2011.

PAULSON, Colter. **Evaluating Contracts for Customized Litigation by the Norms Underlying Civil Procedure**. Set 2012. Disponível em <[http://works.bepress.com/colter\\_paulson/1](http://works.bepress.com/colter_paulson/1)>. Acesso: 13 jun 2015.