

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

FILIPE COUTINHO GOMES

Nº USP 10256018

LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

São Paulo

2021

FILIPE COUTINHO GOMES

Nº USP 10256018

LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcelo José Magalhães Bonizzi.

São Paulo

2021

AGRADECIMENTOS

Não há como iniciar um capítulo de agradecimentos sem começar por aqueles que sempre apoiaram minha ideia improvável de tentar cursar Direito na Universidade de São Paulo. Minha jornada nesta faculdade sequer teria começado se não fosse pela confiança e por todo o suporte que meus pais depositaram em mim desde o ano de vestibular até a entrega deste trabalho. Portanto, primeiramente aos meus pais agradeço imensamente por tudo.

Também não poderia deixar de manifestar minha gratidão aos meus amigos Daniel, Gabriel, Henry e Walter, que carrego desde os tempos de escola, por sempre acreditarem que seria possível, bem como pelas inúmeras risadas diárias que me proporcionam – tão importantes quanto qualquer outra coisa.

Aos meus amigos que conheci na graduação, também agradeço por todos os bons momentos que passamos juntos e por enriquecerem tanto minha experiência nestas Arcadas. Sobretudo, agradeço a Karol, Leonardo e Juliana por serem pessoas tão importantes nesta trajetória – meus olhos certamente não brilhariam tanto por essa faculdade se não fosse por vocês.

Agradeço muito também ao Handelson, por tão bem me acolher no meu primeiro ano na cidade de São Paulo, no início de toda a jornada nas Arcadas. Sem dúvidas, eu estaria perdido se não fosse por isso, de forma que sou especialmente grato por tudo.

Além disso, não há como deixar de agradecer a todos do Departamento Jurídico XI de Agosto pela incrível experiência de fazer parte desta causa tão difícil, porém tão nobre e enriquecedora, e também por alimentar meu gosto pelo contencioso. Igualmente, agradeço a todos do time da USP na XII Competição Brasileira de Arbitragem, por esta experiência incrível e muito divertida, e pela grande honra de poder ter integrado a equipe de oradores.

Por fim, sou grato a todos os professores com quem passei incontáveis horas na São Francisco, assistindo e participando de ótimas aulas que ficaram marcadas na minha memória. Espero que um dia eu tenha a oportunidade de voltar às Arcadas para ter, novamente, o privilégio de conviver e aprender novamente com juristas de tão alto nível.

RESUMO

O objeto deste trabalho é o estudo do regime jurídico dos negócios jurídicos processuais. Para tanto, dedica-se um capítulo introdutório acerca do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, serão estudadas as noções que permeiam os negócios jurídicos processuais, tais como seus diferentes conceitos e classificações oriundos da doutrina. Em seguida, e a partir das classificações estudadas no capítulo anterior, analisar-se-ão os limites para a celebração dos negócios jurídicos processuais. Ou seja, estudar-se-á o regime jurídico aplicável a este tipo de negócio, a fim de se investigar seus limites de validade e eficácia – bem como inquirir a forma como deve ser realizado o controle de validade dos negócios jurídicos processuais.

Palavras-chave: negócio jurídico processual; conceitos e classificações; regime jurídico; controle de validade.

ABSTRACT

The purpose of this work is the study of the procedural legal transaction legal regime. Therefore, it is dedicated an introductory chapter about the institute in the brazilian legal order. After, the notions that surrounds the procedural legal transactions will be studied, as well as its different concepts and classifications arising from the doctrine. Next, and based on the classifications studied in the previous chapter, the limits for celebrating the procedural legal transactions will be analysed. In other words, the applicable legal regime of this kind of transaction will be studied, in order to verify its validy and effectiveness – as well as to inquire the form in which the control of validity of the procedural legal transactions should be realized.

Key-words: procedural legal transaction; concepts and classifications; legal regime; control of validity.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	8
2.	NOÇÕES ACERCA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	11
2.1.	Conceito	11
2.2.	Características.....	12
2.3.	Classificações.....	15
2.3.1.	Negócios endoprocessuais e extraprocessuais.....	16
2.3.2.	Negócios típicos e atípicos	17
2.3.3.	Negócios obrigatoriais e dispositivos.....	17
3.	REGIME JURÍDICO APLICÁVEL	20
3.1.	Requisitos de Validade	21
3.1.1.	Forma.....	21
3.1.2.	Objeto	23
3.1.3.	Agente.....	30
3.1.4.	Vontade.....	35
3.2.	Limites Específicos dos Negócios Jurídicos Processuais	36
3.2.1.	Inserção Abusiva em Contrato de Adesão.....	37
3.2.2.	Manifesta Situação de Vulnerabilidade	40
3.3.	Necessidade de Prejuízo	41
4.	FORMA DO CONTROLE DE VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PELO JUIZ	43
5.	CONCLUSÃO.....	47
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1. INTRODUÇÃO

Nas palavras do Professor Titular Flávio Luiz Yarshell, a possibilidade de as partes em um processo exercerem sua autonomia da vontade em relação à própria matéria processual “*trata-se de racionalizar, adequando-se o processo à relação controvertida*”¹. Dessa forma, não sem razão o art. 190 do Código de Processo Civil menciona que as partes podem estipular mudanças no procedimento “*para ajustá-lo às especificidades da causa*”.

Com base nessa possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, pensada para racionalizar os processos, desenvolve-se o presente trabalho. Mais especificamente – e partindo-se da premissa de que é plenamente possível a celebração deste tipo de negócio jurídico diante do ordenamento jurídico pário – o objeto deste estudo tratará dos limites dos negócios jurídicos processuais. Isto é, o presente trabalho versará sobre a validade das convenções em matéria processual, bem como sobre as formas de controle dessa validade pelo juiz.

A possibilidade de convenções atípicas em matéria processual no Brasil já era defendida antes mesmo da vigência do atual Código de Processo Civil – o qual contém disposição expressa neste sentido. Por exemplo, o professor José Carlos Barbosa Moreira, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, já defendia a possibilidade de celebração desse tipo de convenção, ainda que a legislação da época não fosse clara a respeito da matéria².

Na realidade, historicamente o tema foi objeto de divergências doutrinárias, sobretudo entre publicistas – que, em suma, defendiam a incompatibilidade de convenções processuais com o caráter público do Direito Processual³ – e privatistas – que privilegiavam a autonomia privada e já defendiam a possibilidade da celebração desses negócios jurídicos antes mesmo da vigência da atual legislação processual.

Seja como for, e independentemente de eventuais críticas, o fato é que tal divergência parece ter sido superada a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, que deixou

¹ YARSELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 97.

² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual, 3^a série, São Paulo: Saraiva, 1984.

³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 50 a 52.

expressa, em seu art. 190, a possibilidade de as partes de um processo convencionarem sobre seus “*ônus, poderes, facultades e deveres processuais, antes ou durante o processo*”. Dessa forma, o dispositivo pode ser encarado, conforme definição de Antonio do Passo Cabral⁴, como uma “*cláusula geral de convencionalidade*”, na medida em que abre às partes uma ampla possibilidade de convenção em matéria processual para a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos – para além dos negócios típicos previstos em lei.

Portanto, sendo admitida a celebração de negócios jurídicos processuais – ainda que atípicos – no Brasil, é relevante aprofundar o estudo da validade desses negócios, sobretudo pela possibilidade de celebração de convenções atípicas e por se tratar de um aspecto que não foi tratado de forma aprofundada no texto do Código de Processo Civil.

Na realidade, há várias divergências doutrinárias quanto ao regime jurídico aplicável às convenções processuais, o que pode se traduzir em resultados diferentes quando da análise concreta da validade dos negócios. Além disso, há pontuais divergências em relação à própria forma e momento de controle desta validade, a ser exercida pelo juiz.

Dessa forma, considerando a falta de clareza legislativa a respeito do assunto e a ausência de consenso na doutrina, impõe-se o estudo do tema e das diferentes posições acerca de suas nuances, sobretudo porque essa situação de incerteza pode gerar uma insegurança jurídica apta a eventualmente afastar os operadores do Direito da plena utilização prática do instituto.

Ademais, convém esclarecer que não se comprehende no objeto deste trabalho o estudo das vantagens ou desvantagens dos negócios jurídicos processuais, seja para o juiz ou para os jurisdicionados, nem seus impactos no estado científico do Direito Processual Civil: o trabalho versará exclusivamente sobre os limites de validade dos negócios e sua forma de controle, sem a emissão de qualquer juízo de valor quanto à sua conveniência ou sobre eventual potencial transformador do instituto.

Para tanto, será feita uma análise da doutrina a respeito do tema, privilegiando-se as obras publicadas já sob a égide do novo Código de Processo Civil, mas sem descartar importantes publicações anteriores que tratam do assunto em ricos detalhes, e que podem ter influenciado a redação do novo texto legal.

⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 49.

A partir da referida análise serão explicados alguns pontos de convergências e divergências entre os autores, que tenham o condão de impactar no regime de validade das convenções processuais. Quando houver divergência, e a fim de que seja possível avançar na tarefa de se identificar um regime jurídico aplicável, algumas das posições doutrinárias apresentadas serão privilegiadas.

Dessa forma, o presente trabalho será dividido em três partes principais: a primeira delas tratará do conceito e de diferentes classificações dos negócios processuais – além de algumas noções acerca do instituto – na medida em que tais informações são relevantes para a determinação do regime de validade aplicável; a segunda tratará propriamente do que deve ser levado em conta pelo operador do Direito para a análise da validade ou invalidade das convenções em concreto – isto é, a partir das noções trabalhadas na primeira parte será traçado o regime jurídico aplicável aos negócios jurídicos processuais; por fim, a última parte deste trabalho tratará da forma e do tempo do controle da validade das convenções pelo juiz.

2. NOÇÕES ACERCA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

2.1. Conceito

Antes de adentrar a análise do regime de validade dos negócios jurídicos processuais, é importante, primeiro, conceituá-los, bem como entender suas possíveis modalidades.

Neste ponto, a maior parte da doutrina utiliza, para a definição dos negócios processuais, o critério dos efeitos do que foi acordado entre as partes. Dessa forma, o relevante para a conceituação do instituto seria a “referibilidade” do acordo a um processo, seja ele atual ou futuro⁵, sendo este acordo apto a produzir efeitos processuais. Em outras palavras, por meio de um negócio processual as partes escolhem o regramento jurídico a ser aplicado a alguma situação processual⁶. Dessa forma, conforme conceitua Antonio do Passo Cabral:

Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento⁷.

Com isso, os negócios jurídicos processuais podem ser considerados uma fonte do direito processual, vinculando o juiz, que deverá observar as normas convencionais validamente pactuadas⁸.

Dessa forma, para os fins deste trabalho será utilizado o conceito acima citado de convenção processual, a qual se trata, portanto, de um negócio plurilateral que versa sobre situações jurídicas processuais ou alteração do procedimento – sem a necessidade da intermediação de quaisquer outros sujeitos, isto é, sem a necessidade de homologação judicial do acordado para que este seja válido.

⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 79.

⁶ Neste sentido, entende Pedro Henrique Pedrosa Nogueira que: “*pode-se, aqui, definir o negócio processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais*”. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 104.

⁷ CABRAL, op. cit., p. 85.

⁸ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 115.

Todavia, embora a definição de Antonio do Passo Cabral diga respeito apenas às convenções – ou acordos – processuais, também deve ser levado em conta que existem negócios jurídicos processuais unilaterais, isto é, que se aperfeiçoam com a manifestação da vontade de um único sujeito, conforme leciona Fredie Didier Jr.:

Note, ainda, que é possível visualizar negócios processuais *unilaterais* (que se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade), como a *desistência* e a *renúncia*, e negócios bilaterais (que se perfazem pela manifestação de duas vontades), como é o caso da *eleição negocial de foro* e da *suspensão convencional do andamento do processo*. Não deveria haver maiores dúvidas a respeito do tema. Parece claro que, se a *renúncia* é um negócio jurídico, como reputa a doutrina de maneira generalizada, não atribuir a mesma natureza jurídica à *renúncia do direito de recorrer*, por exemplo, seria incoerência que não se pode admitir. O art. 200 do CPC deixa clara a possibilidade de negócios unilaterais e bilaterais.⁹

Não à toa, a definição deste último autor é mais ampla, e contempla qualquer fato jurídico voluntário por meio do qual o sujeito regula certas situações jurídicas processuais ou altera o procedimento – desde que atue dentro das balizas do ordenamento jurídico¹⁰.

2.2. Características

A partir do conceito acima delimitado, que se coaduna com o entendimento da maior parte da doutrina, convém trabalhar, propriamente, algumas características dos negócios jurídicos processuais em geral – que serão úteis para o estudo do regime de validade das convenções.

A primeira delas é retirada do supracitado conceito de convenção processual fornecido por Antonio do Passo Cabral, que afirma que para a validade dos acordos não há a necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito. Na prática, isso significa que, para aquele autor, as convenções processuais independem de homologação pelo juiz para a sua validade, visto que os atos das partes – via de regra – “*produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direito processuais*”, conforme se extrai do art. 200 do Código de Processo Civil. Neste sentido, inclusive, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

⁹ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 116.

¹⁰ Ibid, p. 115.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PEDIDO DEDUZIDO EM CONTRARRAZÕES. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRECLUSÃO. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. HOMOLOGAÇÃO DO JUIZ. DISPENSA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. Se o deferimento da gratuidade de justiça foi anterior à sentença, a parte deveria ter apresentado correspondente impugnação em face da decisão interlocutória, nos termos do que disciplina o art. 100, caput, do CPC, revelando-se a via das contrarrazões inadequada para a insurgência, haja vista a preclusão. 2. Não tendo contado com a participação do juízo como sujeito processual, tampouco vinculando a atividade jurisdicional a qualquer prazo, ao cabo, a estipulação de mudança no procedimento, por si só, mais se aproxima dos negócios jurídicos processuais atípicos do art. 190 do CPC, do que da calendarização processual do art. 191 do CPC. 3. Vigora a regra do art. 200, caput, do CPC, segundo a qual as declarações de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção dos direitos processuais, ao passo que a exceção, a qual deve ser sempre objeto de previsão expressa, é a imposição de condições para a produção de tais efeitos, a exemplo da necessidade de homologação judicial. 4. Sem prejuízo da participação do juízo no momento do negócio, inexiste disposição no diploma processual sobre a homologação judicial como condição de validade do negócio jurídico processual da calendarização. 5. Apelação conhecida e desprovida.¹¹

Ademais, a própria existência de negócios processuais que podem ser celebrados antes do processo corrobora a ideia de que a validade das convenções independe de homologação judicial – não há como se conceber, por exemplo, que as partes devam sempre submeter à previa homologação, pelo juiz, cláusulas de eleição de foro a serem inseridas em contratos privados, como requisito para sua validade.

Para alguns negócios típicos específicos, todavia, a lei prevê expressamente a necessidade de homologação. Entretanto, conforme explica o mencionado autor, “*a previsão de homologação só sinaliza para um interesse público maior que levou o legislador a ampliar o grau de supervisão do juiz*”, de forma que, quando prevista esta necessidade, ela não representa um requisito de validade para o negócio, mas meramente uma condição para sua eficácia¹².

Superado este ponto, convém investigar se os negócios jurídicos processuais podem ser classificados, ou não, como atos processuais – tema divergente na doutrina e que pode impactar no regime de validade dos negócios processuais.

¹¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível, 0710826-27.2018.8.07.0007. Relator: Fabio Eduardo Marques. Julgamento: 20/11/2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 18/11/2021.

¹² CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 289.

A este respeito, o professor Flávio Luiz Yarshell é claro ao defender que o negócio processual não deve ser qualificado como ato processual, em virtude deste último necessariamente ter de ser um ato praticado num processo judicial já instaurado, ao passo que os negócios processuais podem ser celebrados antes mesmo da existência de um processo:

Por fim, o negócio processual não deve ser (quando menos não convém que seja) qualificado como *ato processual*, se adotada a premissa de que o aspecto diferencial desse último reside em ser praticado no contexto de um processo, para nele produzir efeitos; exceto se fosse possível estender o conceito de processo para o contexto dos contratos privados. Então, o conceito de *ato processual* apenas indiretamente interfere com o de *negócio processual*, na medida em que esse tenha por objeto a regulação daquele.¹³

Entretanto, esta posição não é compartilhada por Robson Godinho, o qual – valendo-se da definição de Miguel Teixeira de Sousa – adota a posição de que os negócios jurídicos processuais são atos processuais de caráter negocial¹⁴.

Igualmente, Antonio do Passo Cabral admite que as convenções processuais são atos processuais, utilizando a classificação dos atos processuais de James Goldschmidt¹⁵, que parece ser suficiente para superar a supracitada posição de Flávio Yarshell. Isso porque, por esta classificação, atos processuais podem ser classificados em duas modalidades: atos estimulantes e atos determinantes. Os primeiros seriam os atos que, para a plena satisfação do interesse do sujeito que o pratica, dependem da intermediação de outros sujeitos – como o juiz deferindo determinado requerimento. Os atos determinantes (dentre os quais o autor inclui os negócios processuais), por sua vez, são:

[...] aqueles que desencadeiam diretamente efeitos processuais ou atingem por si só uma situação jurídica processual, sem intermediação de outros sujeitos. Exemplo mais comum deste tipo são as decisões judiciais. Mas os atos determinantes não são apenas atos judiciais; as partes também praticam atos pelos quais diretamente definem regras procedimentais ou criam, modificam e extinguem situações processuais.¹⁶

¹³ YARSELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 83.

¹⁴ GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, pp. 80 e 81.

¹⁶ Ibid, p. 81.

Dessa forma, os negócios jurídicos processuais podem ser considerados atos processuais, quando manifestada a vontade das partes de alteração de uma situação jurídica processual, sendo considerados atos da modalidade de atos determinantes, conforme a classificação científica de James Goldschmidt.

Todavia, e conforme a própria nomenclatura do instituto denuncia, a qualificação dos negócios processuais como atos processuais não lhes retira a qualificação de negócios jurídicos. Afinal de contas, as convenções processuais coroam o autorregramento da vontade – ainda que em âmbito processual – de forma que as partes são livres, a princípio, a pactuarem termos, condições e encargos para condicionar a eficácia dos negócios processuais, da mesma forma que nos negócios jurídicos em geral¹⁷.

Por fim, uma última característica importante que merece ser brevemente mencionada é a autonomia dos negócios processuais em relação aos instrumentos em que inseridos, o que significa que a eventual nulidade de um contrato que conta com uma convenção processual não necessariamente importará, de forma automática, na nulidade de tal negócio.

Esta regra, apesar prevista expressamente apenas para a cláusula compromissória (art. 8º da Lei nº 9.307/96), aplica-se a todos os negócios processuais, visto que eles operam num plano diferente daquele dos negócios materiais¹⁸, e portanto não podem ser considerados como acessórios puros e simples destes, mas sim como convenções dotadas de independência. Em termos práticos, isso significa que a mencionada regra legal atinente às cláusulas compromissórias deve ser aplicada aos negócios processuais em geral.

2.3. Classificações

¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 82 e 83.

¹⁸ Inclusive, conforme leciona Antonio do Passo Cabral: “*Essa separação ideal tem repercussões práticas importantes. De um lado, não há necessidade de que exista um negócio jurídico material subjacente a cada negócio processual, mesmo que ambos sejam celebrados simultaneamente. A referibilidade do acordo é a um processo atual ou potencial, não a um outro negócio ou contrato de natureza material. Note-se que pode haver negócio processual em ação declaratória negativa, mas uma demonstração de que as convenções processuais não podem ter sua formação, modificação ou extinção totalmente atreladas a relações de direito material*”. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3ª ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, PP. 308-309.

Uma vez brevemente abordado o conceito e algumas das características gerais do instituto, convém estudar algumas de suas espécies classificadas pela doutrina, que sinalizam a potencial grande variedade de negócios possíveis diante do ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pretende, aqui, esgotar todas as possíveis classificações possíveis – que podem variar de doutrinador para doutrinador – mas apenas oferecer um parâmetro geral das espécies de negócios jurídicos que podem, a depender da perspectiva de análise, ensejar pontuais diferenças no regime de validade das convenções.

2.3.1. Negócios endoprocessuais e extraprocessuais

A primeira classificação pode ser extraída da própria redação do art. 190 do Código de Processo Civil, quando menciona que as convenções podem ser estipuladas antes ou durante o processo¹⁹.

Dessa forma, de um lado tem-se as convenções endoprocessuais, também chamadas de “incidentais”, que representam os negócios pactuados referentes a um processo judicial já em curso; e de outro lado tem-se as convenções extraprocessuais, também chamadas de “prévias” ou “pré-processuais”, que são as pactuações feitas antes mesmo do surgimento do processo ou mesmo do litígio²⁰, a exemplo das cláusulas de eleição de foro e das cláusulas compromissórias apostas em contratos privados.

É importante destacar, a respeito dos negócios endoprocessuais, que nada limita a sua celebração no que tange à fase em que o processo se encontra. Ou seja, a princípio os negócios incidentais podem ser celebrados durante qualquer fase processual, incluindo a fase recursal²¹ e a fase executória²².

¹⁹ GODINHO, Robson Renault. Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et alii* (Org.). Novas tendências do processo civil. vol.III, Salvador: Editoria Juspodivm, 2014, p. 155.

²⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, pp. 95 a 101.

²¹ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 654.

²² DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 67, jan./mar. 2018.

2.3.2. Negócios típicos e atípicos

A doutrina costuma dividir os negócios jurídicos processuais em típicos e atípicos, conforme sua previsão expressa, ou não, em lei. Dessa forma, são típicas as espécies de negócios processuais que podem ser celebradas quando eles estão previstos na própria legislação – sem que esta previsão em lei lhes retire o caráter de negócios processuais²³. Na realidade, a lei prevê várias espécies de negócios processuais, tais como, por exemplo, a convenção de arbitragem (art. 3º da Lei nº 9.307/96) e a eleição de foro (art. 63 do CPC) – ambas com uma regulamentação específica fornecida pelos respectivos diplomas legais em que previstas.

Além disso, o art. 190 do Código de Processo Civil deixou expressa a possibilidade de os sujeitos celebrarem negócios processuais para além das espécies previstas em lei – ou seja, deixou explícito que as partes podem celebrar negócios atípicos em matéria processual, algo que somente podia ser extraído do Código de Processo Civil de 1973 mediante um esforço hermenêutico²⁴. Na verdade, o dispositivo pode ser interpretado, conforme já exposto, como uma cláusula geral de convencionalidade em matéria processual, de forma que, dentro dos limites a serem explorados, apenas a criatividade dos sujeitos limita o que em tese pode ser pactuado²⁵.

2.3.3. Negócios obrigacionais e dispositivos

Uma última categorização relevante para os fins deste trabalho é fornecida em detalhes por Antonio do Passo Cabral, que diferencia as convenções sobre as situações jurídicas processuais (acordos obrigacionais) e as convenções sobre os atos do procedimento (acordos

²³ FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 441.

²⁴ FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Negócios jurídicos processuais atípicos e a administração pública. In: TALAMINI, Eduardo (coord.). Processo e administração pública. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 260.

²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 73.

dispositivos). Pedro Henrique Nogueira fornece outra nomenclatura para as espécies, chamando a primeira delas de acordos estáticos, e a segunda de acordos dinâmicos²⁶. Seja como for, as duas modalidades podem eventualmente resultar, pelos seus objetos, em diferentes formas de controle de validade pelo juiz.

Os acordos obrigatoriais seriam aqueles que não alteram as regras referentes ao procedimento em si, mas sim que estabelecem prestações de fazer ou não fazer para os sujeitos²⁷ - efetivamente dispondo, portanto, sobre o comportamento a ser adotado pelas partes, como no caso do *pactum de non petendo* ou da cláusula compromissória. Este tipo de acordo, por apenas representar a pura expressão da autonomia das partes e versarem sobre poderes, deveres, ônus e faculdades das partes – sem alterar as regras processuais atinentes ao rito – “é funcionalmente equivalente às regras dispositivas do direito material privado porque fruto da autonomia privada”²⁸.

De outro lado, os acordos dispositivos ou dinâmicos são os que modificam as regras procedimentais aplicáveis. Ou seja, são os negócios jurídicos processuais que derrogam as normas legais atinentes ao rito. Dessa forma, se for válida a regra convencional, será ela que incidirá para determinar como será o procedimento, e não a regra legal²⁹ – afinal de contas, conforme já exposto, os negócios processuais podem ser considerados uma fonte do direito processual tanto quanto a lei. Ademais, é ampla a possibilidade de alteração no procedimento, a fim de racionalizar o processo, adequando-o às especificidades do conflito. A este respeito, conforme explica Julio Guilher Muller, os acordos dispositivos podem alterar a própria forma dos atos processuais a serem realizados, bem como sua sequência no processo:

Divergências desconsideradas, o fato é que o CPC permite às partes capazes estipular mudanças no procedimento (e no processo) para ajustá-lo às especificidades da causa, por meio de “(a) a indicação dos atos a realizar, (b) a determinação da forma de que cada um deles se revestirá, (c) o estabelecimento da ordem seqüencial a ser observada entre eles e (d) a diversificação estrutural entre diversos ou muitos conjuntos de atividades e a

²⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 112 e 113.

²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 91.

²⁸ Ibid, p. 93.

²⁹ Ibid, p. 91.

destinação dos modelos assim instituídos às diferentes espécies de tutela jurisdicional postulada³⁰

Como nos acordos dispositivos a norma legal procedural é derrogada pelas partes, o juiz poderá, em alguns casos a serem estudados, conhecer e declarar de ofício eventual nulidade da convenção, ainda que o ato não cause prejuízo a nenhuma das partes – o que não necessariamente será verdade em relação aos negócios obrigacionais.

³⁰ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica, 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56.

3. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

As classificações e noções trabalhadas no capítulo anterior, embora não sejam exaustivas, são as mais relevantes para o objeto principal deste trabalho, que é o estudo do regime de validade dos negócios jurídicos processuais. A partir deste momento, portanto, buscar-se-á identificar os limites práticos de validade para a celebração dos negócios – fornecendo-se dados para uma interpretação pragmática que permita ao operador do Direito identificar quais negócios são válidos e quais são inválidos, a partir das premissas doutrinárias adotadas.

Porém, antes de adentrar a questão de qual a espécie de regime jurídico aplicável, bem como todos os requisitos de validade a serem considerados, é importante frisar a existência de um princípio – defendido por parte da doutrina – que impacta diretamente no tema: trata-se do princípio do autorregramento da vontade.

O disposto no art. 190 do Código de Processo Civil, além de veicular uma cláusula geral de convencionalidade em matéria processual, também concretiza o mencionado princípio³¹. Mesmo sendo ramo do Direito Público, o Direito Processual Civil é regido pelo princípio da liberdade – concretizado pelo subprincípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, que, conforme explica Fredie Didier Jr.³²:

Pode-se localizar o poder de autorregramento da vontade em quatro zonas de liberdade: a) a liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que mais bem sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio).

Dessa forma, em se tratando, verdadeiramente, de um princípio a ser aplicado ao processo civil, tem-se que a liberdade das partes para a celebração de convenções processuais não pode ser restringida injustificadamente, nem de maneira desproporcional. Na verdade, há de se buscar, ao máximo, a preservação da liberdade das partes, assim como ocorre no Direito Civil – de forma que a liberdade deve ser encarada como a regra, e não como uma exceção.

³¹ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 119.

³² DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 36.

Tanto é assim que uma parte da doutrina defende – inspirada pelos ensinamentos de Peter Schlosser – a existência da regra *in dubio pro libertate* em matéria de negócios jurídicos processuais. Em suma, a regra significa, em primeiro lugar, que em matéria de convenções processuais, tudo o que não é proibido é permitido; e em segundo lugar, que quando houver uma dúvida razoável quanto à validade do negócio (por exemplo, se determinada convenção viola, ou não, a ordem pública) deve-se privilegiar o que foi livremente pactuado pelas partes³³ - sendo que tal regra é aplicável a todas as fases do processo em que houver a celebração de alguma convenção, inclusive na fase de execução³⁴.

3.1. Requisitos de Validade

Tarefa difícil é determinar, precisamente, o regime jurídico aplicável aos negócios processuais, visto que – pelas premissas doutrinárias adotadas neste trabalho – estes podem ser considerados tanto como negócios jurídicos quanto atos processuais, e há notáveis diferenças quanto ao regime aplicável aos dois institutos. Para a declaração de nulidade dos atos processuais, por exemplo, exige-se o efetivo prejuízo causado pelo ato a ser anulado, dado que o processo deve privilegiar a instrumentalidade das formas, o que certamente não se aplica ao Direito Civil.

Dessa forma, embora as disposições acerca da validade dos negócios jurídicos materiais sejam aplicáveis, o instituto apresenta algumas peculiaridades que, pontualmente, rompem com o regime estabelecido no Código Civil, e que serão devidamente abordadas.

3.1.1. Forma

O primeiro requisito de validade a ser analisado é a forma do negócio jurídico. A este respeito, o Código Civil estabelece, em seu art. 104, inciso III, que a validade do negócio depende de “*forma prescrita ou não defesa em lei*” – e complementa, em seu art. 107, que não há necessidade de forma especial para a validade do negócio, a não ser que a lei assim o exija.

³³ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 20.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 67, jan./mar. 2018, p. 140.

Em outras palavras, quando a lei não prescrever uma forma específica para a prática de um ato, este será válido independentemente da forma em que for praticado.

A este respeito, para alguns negócios processuais típicos existem previsões expressas de que eles deverão ser celebrados por escrito. É o caso, por exemplo, da cláusula compromissória (art. 4º, § 1º da Lei nº 9.307/96) e da cláusula de eleição de foro (art. 63, § 1º do CPC).

Tanto é assim que há autores que entendem que todos os negócios jurídicos processuais devem ter a forma escrita, como é o caso de Flávio Yarshell³⁵ e de Trícia Navarro Xavier Cabral, a qual entende que a forma oral não seria adequada à finalidade das convenções:

Dito isso, verifica-se a necessidade de estabelecer as formalidades das convenções em tema de processo, tanto a extrajudicial quanto a judicial. Com efeito, elas 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.³⁶

Todavia, o art. 190 do Código de Processo Civil é silente quanto à forma dos negócios processuais em geral, incluindo os atípicos. Dessa forma, levando-se em consideração a regra do art. 107 do Código Civil, bem como o disposto no art. 188 do Código de Processo Civil³⁷, deve-se concluir que não há necessidade de que as convenções – tanto as atípicas quanto as típicas para as quais a lei é silente – sejam celebradas por escrito. Portanto, acertada é a posição de Antonio do Passo Cabral, ao esclarecer que:

Consoante o princípio da liberdade das formas, vigente no sistema processual brasileiro, não há exigência de que os acordos processuais tenham forma escrita para que sejam considerados válidos. A convenção processual pode ser escrita ou verbal, podendo ser celebrada oralmente tanto em procedimentos

³⁵ YARSELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 81.

³⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. Revista de Processo, São Paulo, ano 40, n. 241, mar. 2015, p. 11.

³⁷ O qual traz previsão semelhante àquela do Código Civil, dispondo que “Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir”.

informais e simplificados, como os Juizados Especiais, quanto no procedimento comum (em audiência).³⁸

Ademais, seguindo-se o mesmo raciocínio, tem-se que – a não ser que a lei disponha de modo diverso – eventual negócio jurídico processual que venha a ser celebrado por escrito pode ser aposto tanto no contrato principal, quanto em eventuais aditivos ou em algum instrumento específico³⁹, justamente porque a regra geral é de que a forma é livre, assim como ocorre nos negócios jurídicos materiais.

3.1.2. Objeto

Delimitar o que pode validamente ser objeto dos negócios processuais constitui, talvez, a tarefa mais complexa ao se analisar o regime de validade das convenções. Isso porque aqui será estudado o que efetivamente pode, ou não, ser negociado pelas partes – isto é, o que pode ser objeto de convenção pelas partes.

Há posições doutrinárias, conforme já mencionado, que negam a própria existência dos negócios jurídicos processuais, de forma que para tais autores, portanto, a princípio nada poderia ser objeto de negociação em matéria processual. No entanto, como estas posições já foram superadas – principalmente pelo texto expresso do novo Código de Processo Civil – deve-se investigar, em suma, até onde podem ir as convenções processuais, dada a cláusula geral de convencionalidade estampada no art. 190 do referido diploma legal, que permite expressamente a celebração de negócios atípicos.

Em primeiro lugar, aplicam-se as disposições atinentes ao negócio jurídico material às convenções processuais, no que tange ao objeto. Dessa forma, este deverá ser lícito, possível, determinado ou determinável, conforme preconiza o art. 104, inciso II do Código Civil. Além disso, e pelos mesmos motivos, serão a princípio nulos os negócios simulados, bem como aqueles praticados em fraude à lei⁴⁰ - nulidades previstas, respectivamente, nos artigos 167 e

³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, pp. 355-356.

³⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Das convenções no processo civil. Tese de Doutorado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 181.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. vol. 1, 17^a ed, Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 388.

166, inciso VI, ambos do Código Civil, conforme já reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

ACÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL INOBSErvâNCIA DA BOA-FÉ RELAÇÃO JURÍDICA DIAGONAL

Cláusula que previu o “negócio jurídico processual” que se limitou a prever benefícios ao locador, como a redução dos prazos, desocupação do imóvel de forma imediata e sem garantia, recursos apenas com efeito devolutivo e custeio de eventuais provas sempre pelo locatário, a quem não foi prevista qualquer garantia ou vantagem. Em verdade, não se configurou negócio processual fruto de autonomia de vontades, mas sim de um modo de afastar a aplicação da lei específica quando esta se mostrava desfavorável ao autor da ação de despejo ou credor dos respectivos alugueis. Cláusula que dispensa o dever de prestar caução para fins de liminar que deve ser afastada. Declaração de invalidade que pode ser feita de ofício pelo julgador. RECURSO IMPROVIDO.⁴¹

No que tange às convenções que versam sobre a situação jurídica processual das partes, o art. 190 do Código de Processo Civil estabelece que elas poderão negociar “*ônus, poderes, faculdades e deveres processuais*”. A respeito da modificação dos ônus e faculdades processuais, a princípio – e desde respeitados os limites jurídicos ainda a serem trabalhados – apenas a criatividade dos negociantes limitará o que pode ser convencionado, tendo em vista a grande quantidade de ônus processuais presentes no ordenamento jurídico. Dessa forma, os negociantes poderão pactuar sobre nuances e alterações no funcionamento, por exemplo, do ônus da prova e do ônus da impugnação específica, definindo diferentes consequências para o comportamento das partes – e, inclusive, os negociantes poderão “transformar” as figuras por meio da convenção, transmutando faculdades em ônus e vice-versa, por exemplo. A este respeito, Julio Guilher Muller explica que:

As partes podem convencionar, por exemplo, a respeito do ônus da impugnação específica. Apesar de inexistir um dever de impugnar os fatos apresentados pelo autor, o réu suporta o risco de o juiz presumir sua veracidade caso não se oponha expressa e individualizadamente a respeito deles. A partir de negócio processual atípico, as partes podem modelar o que se deve entender como ponto impugnado e a forma e extensão como a parte deverá impugnar e estatuir consequências convencionais adicionais para a hipótese da parte não se desincumbir deste ônus. O mesmo pode ser dito em relação às faculdades. Admite-se convenção para disciplinar as faculdades e mesmo para tornar obrigatorias condutas que então eram meramente uma

⁴¹ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento, 2233478-88.2017.8.26.0000. Relatora: Maria Lúcia Pizzotti. Julgamento: 21/03/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=043903D65E763B4D828F6302816A7594.cjsg2>. Acesso em 24/11/2021.

opção, ou, ainda, prever ônus para situações que até então não correspondiam uma consequência jurídica para a hipótese de omissão.⁴²

Além disso, a lei admite que os poderes e deveres processuais também sejam objeto de convenção. Com limites na ordem pública, conforme se explora em detalhes a seguir, isso permite que as partes disponham sobre o próprio poder de defender uma pretensão em juízo. Ou seja, a princípio nada impede, por exemplo, que as partes pactuem uma legitimação extraordinária a determinado sujeito para que este pleiteie judicialmente o cumprimento de determinado direito material (ainda que dele não seja titular) – em suma, a princípio a possibilidade de convenção sobre os poderes processuais abre margem para a pactuação sobre os pressupostos processuais⁴³. Do outro lado, a pactuação sobre os deveres processuais permite que as partes estabeleçam outros deveres além daqueles já estampados no texto legal – a exemplo do dever de agir com lealdade – como o dever de se submeter a um procedimento prévio de mediação ou conciliação, sendo permitida, até mesmo, a estipulação de sanções convencionais para casos de descumprimento⁴⁴.

Uma questão importante a ser resolvida é se os negócios processuais atípicos podem ser celebrados em processos que versem sobre direitos indisponíveis, visto que o art. 190 do Código de Processo Civil estabelece que os negócios atípicos somente serão admitidos “*versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição*” – o que levanta a questão sobre se, com a expressão “direitos que admitam autocomposição”, a lei tratou de direitos indisponíveis ou de alguma outra categoria própria, que com ela não se confunde.

Em primeiro lugar, a própria conceituação do que seria um direito indisponível torna difícil a tarefa do intérprete, visto que não há um consenso quanto ao conceito de

⁴² MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica, 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 58-59.

⁴³ Nesta seara, Fredie Didier Jr. apresenta uma visão bastante receptiva aos negócios processuais: “É possível acordo sobre pressupostos processuais. Não há incompatibilidade teórica entre negócio processual e pressuposto processual. Tudo dependerá do exame do direito positivo. Há, por exemplo, expressa permissão de acordo sobre competência relativa e acordo sobre foro de eleição internacional (art. 25, CPC). O consentimento do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária pelo outro cônjuge é negócio processual sobre um pressuposto processual: a capacidade processual. Há possibilidade de legitimação extraordinária convencional. Nada impede, também, que as partes acordem no sentido de ignorar a coisa julgada (pressuposto processual negativo) anterior e pedir nova decisão sobre o tema: se as partes são capazes e a questão admite autocomposição, não há razão para impedir – note que a parte vencedora poderia renunciar ao direito reconhecido por sentença transitada em julgado”. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 121.

⁴⁴ MULLER, op. cit., pp. 61-62.

indisponibilidade, seja na doutrina ou na jurisprudência pátria. Seja como for, poderia, em tese, ser lógico o raciocínio de que, caso o direito material subjacente seja seguramente classificado como indisponível, as partes também não poderiam celebrar convenções processuais a seu respeito.

No entanto, os negócios processuais não versam propriamente sobre o direito material discutido, mas apenas sobre as situações jurídicas processuais das partes e sobre alterações do procedimento – isto é, são negócios dotados de uma referibilidade a um processo. Além disso, dada a possibilidade de celebração de negócios extraprocessuais, estas convenções podem ser pactuadas antes mesmo da existência de quaisquer litígios. Portanto, não se pode confundir negócios jurídicos materiais – que versam sobre o próprio direito material – com os negócios processuais, visto que as duas espécies se diferenciam, precisamente, pelo seu objeto.

Portanto, os negócios jurídicos processuais não dispõem sobre o direito material indisponível, de forma que não necessariamente este tipo de acordo será vedado em casos de litígios que envolvam interesses indisponíveis. Do contrário, a própria celebração de negócios típicos nesses casos seria vedada – porém, o próprio ordenamento admite sua pactuação. Por exemplo, nos contratos que versam sobre relações de consumo e que, portanto, envolvem direitos indisponíveis, admitem-se cláusulas de eleição de foro, sendo nulas apenas aquelas consideradas abusivas:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Exceção de incompetência da qual se extrai o presente recurso especial, interposto em 14/03/2014 e atribuído ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se é abusiva a cláusula de eleição de foro prevista em contrato de prestação de serviços ao consumidor. 3. Inexistentes os vícios do art. 535, do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração. 4. A jurisprudência do STJ tem se orientado pela indispensável demonstração de prejuízo ao exercício do direito de defesa do consumidor para restar configurada a nulidade da cláusula de eleição de foro. 5. Esta posição intermediária protege a parte vulnerável e hipossuficiente e, ao mesmo tempo, permite o desenvolvimento equilibrado e harmônico da relação de consumo, sempre com vistas às concretas e particulares realidades que envolvem as pessoas do consumidor e do fornecedor. 6. Acaso comprovada a hipossuficiência do consumidor ou a dificuldade de acesso ao judiciário, o magistrado está autorizado a declarar a nulidade da cláusula de eleição e remeter o processo à comarca do domicílio do consumidor. 7. Na hipótese, primeiro e segundo graus de jurisdição foram uníssonos ao registrar que não há prejuízos à defesa do recorrente. Rever essa conclusão em recurso especial

encontra óbice na Súmula 7/STJ. Preserva-se, portanto, a validade da cláusula de eleição de foro. 8. Recurso especial conhecido e não provido.⁴⁵

Portanto, o conceito de direito que admite autocomposição é distinto daquele de direito indisponível, conforme sustentado pela doutrina. A este respeito, Fredie Didier Jr. defende que “*o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos*”⁴⁶.

Dessa forma, configura-se como possível a celebração de convenções processuais ainda que os interesses materiais discutidos sejam indisponíveis. A princípio, basta que eles admitam a autocomposição. Tanto é assim que o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civil prega que “*A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual*”. Assim, por exemplo, mesmo em processos nos quais uma das partes é a Administração Pública – e que, portanto, normalmente envolvem direitos indisponíveis – a princípio será possível a celebração de convenções típicas e atípicas se houver margem para autocomposição⁴⁷.

Neste ponto, porém, mais uma vez há de se fazer uma ressalva caso existam dispositivos específicos em lei que digam o contrário, tangentes a negócios típicos específicos. É o caso notável das convenções de arbitragem, visto que a lei estabelece expressamente que a arbitragem somente pode ser contratada para tratar de litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/96). Portanto, nestes casos específicos vigora a lei especial, de forma que para a celebração de cláusula compromissória exige-se que os direitos envolvidos sejam efetivamente disponíveis, e não apenas sujeitos a autocomposição.

Ademais, embora os conceitos de direito indisponível e direito que admite autocomposição não se confundam – o que faz com que sejam admitidas, em tese, convenções processuais mesmo em processos que versem sobre direitos indisponíveis – há de se tomar

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, 1.707.855-SP. Relatora: Nancy Andrighi. Julgamento: 20/02/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402846969&dt_publicacao=23/02/2018. Acesso em 20/11/2021.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. vol. 1, 17ª ed, Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 387.

⁴⁷ A este respeito, inclusive, Flávio Yarshell menciona que “*Por isso, em execuções fiscais, por exemplo, em que há interesse público na obtenção de receita oriunda de créditos do Erário, ainda assim há margem para composição mediante negócios jurídicos processuais que inclusive já eram admitidos sob o regime anterior (como nos casos de parcelamento do débito e suspensão ou extinção da execução fiscal durante aquele período)*”, YARSELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 86.

cuidado em certos casos, visto que a disposição das situações jurídicas processuais não pode ser usada a fim de se alcançar fins proibidos pelo direito material indisponível subjacente – como implicar, na prática, uma renúncia ao direito. A este respeito, é clara a lição de Antonio do Passo Cabral:

Nestes casos, a intensidade de dependência entre a convenção processual e a norma material pode levar a um maior ou menor impacto que o acordo processual pode gerar na incidência concreta da norma substancial, e assim conduzir à inadmissibilidade do acordo processual. Por exemplo, um *pactum de non petendo* muito longo referente a uma pretensão ao pagamento de alimentos não poderia ser firmado porque há claras restrições, no próprio direito material, a respeito da renunciabilidade dos alimentos (art. 1.707 do CC).⁴⁸

Dessa forma, a regra geral é de que em se tratando de direito que admite autocomposição, o negócio jurídico processual terá objeto lícito, ainda que o direito material subjacente ao conflito seja indisponível. Todavia, caso este negócio processual implique, ainda que indiretamente, numa renúncia ou em outro efeito proibido pela indisponibilidade do direito material, seu objeto deverá ser considerado ilícito.

Além disso, ainda no que tange ao que pode ser objeto dos negócios, embora o texto legal autorize que eles possam versar sobre alterações no procedimento – a fim de ajustá-lo às especificidades da causa – o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que este tipo de alteração deve referir-se apenas ao rito processual, sendo vedada a disposição sobre os poderes e deveres do juiz:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LIBERDADE NEGOCIAL CONDICIONADA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. CPC/2015. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. FLEXIBILIZAÇÃO DO RITO PROCEDIMENTAL. REQUISITOS E LIMITES. IMPOSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO SOBRE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO JUIZ. 1. A liberdade negocial deriva do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a Justiça. 2. O CPC/2015 formalizou a adoção da teoria dos negócios jurídicos processuais, conferindo flexibilização procedural ao processo, com vistas à promoção efetiva do direito material discutido. Apesar de essencialmente constituído pelo autorregramento das vontades particulares, o negócio jurídico processual atua no exercício do múnus público da jurisdição. 3. São requisitos do negócio jurídico processual: a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres

⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 369.

processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta. 4. O negócio jurídico processual não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade, pronunciando-se nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou ainda quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade. 5. A modificação do procedimento convencionada entre as partes por meio do negócio jurídico sujeita-se a limites, dentre os quais ressai o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor. 6. Recurso especial não provido.⁴⁹

Assim entendeu a corte porque as funções do magistrado seriam “*inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal*”, o que impossibilitaria que as partes convencionassem sobre a situação jurídica do juiz no processo⁵⁰. Portanto, pode-se inferir que o racional da decisão aponta, na realidade, para uma vedação à celebração de convenções que tenham por objeto matérias de ordem pública⁵¹.

É verdade, porém, que o importante precedente acima não é tão simplista, e fornece mais informações além daquelas que constam da ementa. Tanto é assim que do voto vencedor, proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, retira-se a necessidade de que o magistrado utilize uma técnica de ponderação de valores entre o subprincípio do autorregramento da vontade em matéria processual – corolário do princípio da liberdade – e eventuais outros princípios processuais, tais como a ampla defesa e o contraditório, quando eles estiverem em aparente conflito, conforme explica o Ministro:

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira preconiza, acertadamente, a meu ver, que, quando evidenciado um conflito entre alguma das típicas garantias processuais formadoras da tutela justa (contraditório, igualdade, ampla defesa) e a manifestação volitiva das partes, acredita-se que o magistrado,

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, 1.810.444-SP. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em 23/02/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803376440&dt_publicacao=28/04/2020. Acesso em 20/11/2021.

⁵⁰ É este, também, o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, o qual influenciou a decisão do tribunal, e que defende que “*quando a lei prevê um controle judicial e validade do negócio jurídico processual, pressupõe que a modificação de procedimento convencionada entre as partes se sujeita a limites, dentre os quais ressai o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado*”. THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1, 59. ed. (2. r.) rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 503.

⁵¹ Além disso, também não é possível a celebração de negócios sobre temas reservados exclusivamente à lei, conforme explica Leonardo Carneiro da Cunha: “*De igual modo, não parece possível haver negócio processual sobre tema que é reservado à lei. Assim, não se deve admitir, por exemplo, negócio processual que crie um recurso novo, já que só a lei pode criar recursos*” . CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 76.

dante do caso concreto, deverá realizar um exame de ponderação entre os valores colidentes.

No caso de convenções que versem sobre a situação jurídica do magistrado, a corte já firmou o posicionamento de que, realizado tal exame de ponderação, tais negócios são inválidos pelo seu objeto. No entanto, para demais possíveis conflitos de valores, será necessária sua ponderação a fim de se verificar a validade das convenções⁵² - situação apta a ser recorrente, visto que as possíveis alterações no rito processual têm o condão de afetar, em algum grau, o princípio do devido processo legal.

Por fim, não se pode esquecer da regra *in dubio pro libertate*, que permeia toda a análise acerca da licitude do objeto dos negócios. Assim, por exemplo, se houver uma dúvida razoável sobre se determinada matéria pactuada pode, ou não, ser considerada como de ordem pública (o que, em caso positivo, pode levar à nulidade da convenção), prevalece a interpretação mais favorável à validade do negócio.

À luz das ponderações realizadas, conclui-se, portanto, que, salvo disposição legal em contrário, os negócios jurídicos processuais: podem ter por objeto a situação jurídica das partes ou alterações no procedimento; podem ser celebrados sempre que os direitos materiais subjacentes ao litígio permitirem autocomposição, ainda que indisponíveis (salvo, neste último caso, se o negócio implicar concretamente num efeito proibido pelo direito indisponível); não podem versar sobre poderes e deveres do juiz; sempre que conflitarem com princípios e valores do ordenamento, deverá ser realizada uma ponderação destes com o subprincípio do autorregramento da vontade em matéria processual.

3.1.3. Agente

O requisito de que o agente seja capaz, para que possa celebrar o negócio jurídico processual, é previsto expressamente tanto no Código Civil (art. 104, inciso I), quanto na própria cláusula geral de convencionalidade do Código de Processo Civil (art. 190), de onde se retira a expressão “*partes plenamente capazes*”.

⁵² Assim como defende Antonio do Passo Cabral, que diz que “não se pode esquecer também que a autonomia das partes tem um fundamento constitucional no direito à liberdade, como ficou assentado anteriormente neste estudo. A questão é buscar um equilíbrio entre publicismo e privatismo para descobrir qual a margem de negociabilidade no limite de atuação legítima do autorregramento da vontade”. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 408.

Dessa forma, a princípio tanto os absolutamente incapazes quanto os relativamente incapazes não poderiam convencionar em matéria processual, mesmo que devidamente representados ou assistidos.

Todavia, justamente neste ponto emerge uma questão muito relevante atinente ao regime jurídico dos negócios processuais, visto que o regime de invalidades do Direito Processual Civil é distinto daquele do Direito Civil, dado que para aquele há entendimento no sentido de ser inaplicável a diferenciação entre anulabilidade e nulidade – que, por sua vez marca o direito material. Todavia, neste ponto de intersecção entre as duas áreas a doutrina entende que prevalece o regime geral dos negócios jurídicos materiais, sendo possível a diferenciação entre negócios processual nulos e anuláveis. A este respeito, Flávio Yarshell é claro:

É certo que o regime de invalidades no processo civil é diverso do vigente no direito privado, havendo quem sustente ser inaplicável naquela seara a distinção entre nulidade e anulabilidade. Mas, é preciso considerar que isso se dá essencialmente com base na ideia de que a invalidade processual é sempre aquela reconhecida expressamente como tal, no processo. Portanto, para o processualista civil, o ato nulo – ainda que insanável o víncio – é sempre o ato nulo como tal qualificado pelo órgão judicial. Mas, isso não interfere com a conclusão acima; até pelo contrário. Em linha de argumentação, se considerada a regra de conservação dos atos processuais (sem propriamente aceitar que o negócio processual tenha tal natureza), a invalidade só se reconhece diante de concreto prejuízo; o que reforça a necessidade de propositura de medida autônoma para o reconhecimento da invalidade por víncio de incapacidade relativa⁵³.

Sendo assim, caso a convenção seja celebrada por um agente absolutamente incapaz, efetivamente o negócio estará contaminado por um víncio de nulidade. Todavia, caso a pactuação seja realizada por agente relativamente incapaz, aplicam-se as disposições do Código Civil referentes à anulabilidade do negócio jurídico. Dessa forma, é possível a posterior confirmação deste negócio, que a princípio seria inválido, caso a incapacidade relativa seja superada após a celebração do negócio processual (artigos 172 e 175 do Código Civil).

Superado este ponto, convém investigar se entes despersonalizados podem celebrar negócios jurídicos processuais. Isso porque, como é cediço, no processo civil mesmo alguns entes sem personalidade jurídica têm legitimidade para atuar como partes, como é o caso clássico dos condomínios, espólios e sociedades não-personificadas – o que significa que não

⁵³ YARSELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 91-92.

há uma correlação exata entre os conceitos de “pessoa”, do Direito Civil, e “parte”, do Direito Processual Civil. Além disso, estes entes desprovidos de personalidade jurídica normalmente atuam no processo para a defesa de interesses de terceiros, como é o caso dos condomínios na defesa dos condôminos. Portanto, pode haver certa dificuldade em se aceitar a celebração de negócios jurídicos processuais que envolvam estes entes, sobretudo em se tratando de negócios extraprocessuais.

Porém, há divergências doutrinárias a este respeito. Há autores que entendem que a capacidade para a celebração especificamente de negócios extraprocessuais seria efetivamente apenas aquela capacidade do direito material, de forma que, como consequência da adoção deste tipo de entendimento, os entes despersonalizados não poderiam celebrar esse tipo de acordo⁵⁴.

Entretanto, outros autores sugerem que a capacidade mencionada no art. 190 do Código de Processo Civil diz respeito à capacidade processual, que se traduziria, conforme expressão de Freddie Didier Jr., numa “*capacidade processual negocial*”⁵⁵, de forma que, ainda que o campo de estudo se restrinja aos negócios extraprocessuais, não seria correto afirmar que a capacidade seria regida unicamente pelas normas de direito material⁵⁶.

Em vez disso, propõem os autores que a capacidade para a celebração de convenções processuais corresponda – além da capacidade definida pelo Direito Civil – à capacidade processual negocial, a qual compreende a capacidade de ser parte, a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória.

A primeira delas (capacidade de ser parte) corresponde a uma aptidão para ser sujeito de direitos processuais. Dessa forma, tanto as pessoas quanto os entes despersonalizados – por poderem ser titulares de direitos processuais – teriam essa capacidade⁵⁷. Pelo fato desta

⁵⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Das convenções no processo civil. Tese de Doutorado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 126.

⁵⁵ DIDIER JR., Freddie. Curso de direito processual civil. vol. 1, 17^a ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015, pp. 384-385.

⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 337.

⁵⁷ Ibid, pp. 338-339.

capacidade estender-se a certos entes sem personalidade jurídica, a capacidade de ser parte é também chamada de “personalidade judiciária”⁵⁸.

Por sua vez, tem plena capacidade para estar em juízo quem efetivamente pode exercer, autonomamente, suas situações jurídicas processuais (art. 70 do CPC) – excluindo-se, portanto, os incapazes, que somente podem estar em juízo se devidamente representados ou assistidos, conforme for o caso (art. 71 do CPC). Igualmente, a depender do regime de bens do casamento, pessoas casadas também não têm plena capacidade para estar em juízo em determinados casos – considerados aqueles nos quais a lei exige expressamente a outorga conjugal para tanto – de forma que essas pessoas não podem celebrar negócios jurídicos processuais que digam respeito a tais matérias sem a prévia anuência do cônjuge⁵⁹.

Por fim, há a capacidade postulatória, que pode ser definida como um poder concreto de acionar o Poder Judiciário e que pertence, via de regra, apenas aos advogados. Dessa forma, uma pessoa desacompanhada de advogado não poderia postular em juízo e, portanto, não teria capacidade postulatória – que apenas estaria presente se a pessoa estivesse representada pelo referido profissional, o qual dirigiria os requerimentos de seu representado ao Estado-juiz. Apenas excepcionalmente a lei prevê uma capacidade postulatória diretamente ao sujeito, sem necessidade de representação por advogado – sendo notável o caso dos postulantes perante os Juizados Especiais Cíveis, nas causas de valor de até vinte salários mínimos (art. 9º da Lei nº 9.099/95). Nos demais casos, porém, essa representação será necessária.

Todavia, especificamente a capacidade postulatória não é necessária para a celebração de todos negócios jurídicos processuais. Ao menos para os negócios extraprocessuais, bastará que o sujeito tenha a capacidade de ser parte e a plena capacidade de estar em juízo. Flávio Yarshell defende este raciocínio, sustentando-se na ideia de que os negócios processuais não são atos processuais⁶⁰ – premissa não aceita para os fins deste trabalho. Porém, mesmo para doutrinadores que não se sustentam nessa premissa a conclusão é a mesma, conforme bem explica Antonio do Passo Cabral:

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1, 17ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 314.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 529.

⁶⁰ YARSELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*, 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 93.

Em primeiro lugar, devemos lembrar que o ato negocial em si não é postulatório, e portanto não necessita da assistência de advogado. Apenas haverá ato postulatório quando se lhe requerer a integração (como quando exigida homologação) ou para fazê-lo cumprir (em casos de resistência da contraparte). Nestas hipóteses vemos ato postulatório, e, portanto, necessidade de advogado; mas, em regra geral, não há postulação em um negócio jurídico e, portanto, o advogado não é necessário.⁶¹

Ademais, sequer seria razoável sempre exigir que um advogado esteja presente quando da celebração de toda e qualquer convenção extraprocessual. Tanto é assim que é extremamente comum, no cotidiano, a confecção e assinatura de contratos que contenham negócios processuais – tais como um simples foro de eleição – sem que nenhuma das partes esteja acompanhada por advogado, sendo incabível cogitar a invalidade do negócio em virtude desta circunstância⁶².

Já no que tange aos negócios endoprocessuais, isto é, negócios celebrados já no curso do processo, via de regra será necessário patrocínio de advogado, visto que será necessário postular o negócio. Dessa forma, a prática de um ato postulatório será indispensável – e como as partes não gozam, sozinhas, de capacidade postulatória, será imprescindível a atuação de um advogado.

A exceção fica para os casos, previstos em lei, nos quais a própria parte tem plena capacidade postulatória⁶³, como no já citado exemplo dos Juizados Especiais Cíveis nas causas de valor de até vinte salários mínimos – nesses casos, pelo fato de a parte ter capacidade postulatória, não será necessária a presença de advogado, ainda que seja para a celebração de negócios endoprocessuais.

Todavia, tanto para a celebração de negócios extraprocessuais – que via de regra independem de advogado – quanto nos casos excepcionais em que é possível a celebração de acordos endoprocessuais sem a presença do advogado, deve-se ter especial atenção à pactuação sem a assistência do referido profissional quando se tratar de acordo dispositivo. Isso porque o

⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 343.

⁶² O TJ/SP já entendeu dessa maneira no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2002087-65.2018.8.26.0000, visto que consta do voto (vencedor) do relator que “*De outro lado, a assertiva dos devedores de que assinaram o instrumento sem orientação jurídica não pode ser aceita, ausente qualquer comprovação da ocorrência de vício de consentimento, dolo, erro, fraude ou coação que pudesse inquiná-lo de nulidade*”. SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento, 2002087-65.2018.8.26.0000. Relator: Sergio Gomes. Julgamento: 17/04/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 21/11/2021.

⁶³ CABRAL, op. cit., p. 344.

Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis prega que “*Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnica-jurídica*”.

Obviamente, não necessariamente nesses casos restará configurada, automaticamente, a vulnerabilidade, porém não se pode descartar o indício de sua presença. Isso é relevante porque, conforme será estudado a seguir, o fato de algum dos acordantes estar em manifesta situação de vulnerabilidade nulifica o negócio (art. 190, parágrafo único do CPC).

Dessa forma, considerando todo o exposto, conclui-se, quanto ao agente que celebra o negócio jurídico processual, que ele – em todos os casos – deverá ser absolutamente capaz de acordo com o direito material, bem como ser dotado da capacidade de ser parte e da plena capacidade de estar em juízo – sendo possível, também, a celebração dos negócios processuais por parte das personalidades judiciais sem personalidade jurídica. No que tange especificamente aos negócios endoprocessuais, via de regra, acrescenta-se o requisito de patrocínio por advogado.

Por fim, e considerando a aplicação do regime do Código Civil, será possível a posterior confirmação de negócio processual celebrado por parte inicialmente incapaz, após atingir a plena capacidade civil – visto que o negócio inicial será anulável, e não nulo, conforme as disposições do direito material.

3.1.4. Vontade

Partindo-se da premissa de que os requisitos de validade do negócio jurídico processual vêm, principalmente, das normas atinentes aos negócios jurídicos materiais (dada a natureza simultânea de negócio jurídico e de ato processual daquele), é necessário que a manifestação de vontade das partes esteja livre de vícios para que o negócio seja válido, assim como no Direito Civil.

Neste ponto, portanto, deve-se proceder à aplicação das normas atinentes à manifestação válida de vontade estampadas no Código Civil⁶⁴. Não se poderia admitir, por exemplo, que uma das partes fosse coagida a declarar uma vontade de pactuar uma convenção processual (art. 151 do Código Civil).

⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19.

Portanto, a princípio os defeitos que viciam a manifestação de vontade nos negócios materiais também dizem respeito aos negócios jurídicos processuais⁶⁵ – sobretudo o erro, o dolo e a coação, cuja visualização neste tipo de negócio é mais fácil.

Todavia, não basta que a manifestação de vontade não esteja contaminada por um defeito previsto no Código Civil. Para que ela seja considerada uma manifestação livre de vontade, é necessário que – no caso dos negócios bilaterais – haja ao menos uma mínima margem de negociação, de modo que uma das partes não fique totalmente sujeita à vontade da outra – sendo inválidas, portanto, as condições puramente potestativas⁶⁶.

Ademais, além de precisar ser livre, é necessário que a manifestação de vontade seja informada⁶⁷, isto é, que seja efetivada uma adequada prestação de informações sobre as cláusulas, de forma que a outra parte esteja efetivamente ciente do conteúdo da convenção. Busca-se com essa exigência, portanto, ao menos suavizar eventual assimetria informacional a respeito do negócio processual. Importante frisar que este dever de informar vem do próprio direito substantivo, na forma de um dever anexo à boa-fé objetiva⁶⁸.

Portanto, se a manifestação de vontade de ambas as partes estiver livre de defeitos, e for livre e informada, não há de se cogitar a invalidade do negócio jurídico processual no que toca ao requisito da vontade livre de vícios.

3.2. Limites Específicos dos Negócios Jurídicos Processuais

⁶⁵ Conforme o Enunciado nº 132 do Fórum Permanente de Processualista Civis: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”.

⁶⁶ A este respeito, Antonio do Passo Cabral entende que “só há manifestação livre se houver alternativas reais à disposição da situação jurídica. Essas alternativas existem quando há margem de negociação e se o negócio jurídico se celebra em condições nas quais um indivíduo não se submeta completamente à vontade exclusiva da contraparte. Convenções processuais que coloquem exclusivamente no poder de uma das partes o efeito pretendido devem ser consideradas inválidas. Por exemplo, 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 convencional, parece prever uma condição potestativa pura”. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 346.

⁶⁷ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre *et alii* (Org.). Novas tendências do processo civil. vol. III, Salvador: Editora Juspodivm., 2014, p. 586.

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2^a ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 380.

Até o momento, foram estudados os limites de validade dos negócios jurídicos processuais partindo-se da ótica do direito material, o qual exige, para a validade dos negócios: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma livre ou não prescrita em lei; e manifestação de vontade livre e informada.

Todavia, apenas a análise desses requisitos – e mesmo considerando as peculiaridades inerentes aos negócios processuais em cada um deles – não é suficiente para esgotar o tema e delimitar, definitivamente, os limites de validade das convenções. Isso porque embora o Código de Processo Civil traga poucas informações acerca da validade dos negócios, o fato é que em algum grau a lei processual regula pontualmente tal validade. Especificamente, trata-se do parágrafo único do art. 190, o qual diz que o juiz recusará a aplicação das convenções “*nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade*”.

Dessa forma, além dos casos clássicos de nulidade, os negócios também serão inválidos em duas outras hipóteses: inserção abusiva em contrato de adesão; e parte em situação manifesta de vulnerabilidade. Convém, portanto, estudar concretamente cada uma dessas hipóteses, visto que as expressões utilizadas pelo legislador são demasiadamente vagas e, a princípio, não há outros elementos expressos no Código de Processo Civil que permitam uma delimitação de quais casos podem ser considerados como de inserção abusiva ou de manifesta situação de vulnerabilidade – filtros que impedem o uso abusivo dos negócios jurídicos processuais.

3.2.1. Inserção Abusiva em Contrato de Adesão

Contrato de adesão é aquele no qual as cláusulas são todas estipuladas por um dos contratantes, e sobre as quais a contraparte não pode negociar ou introduzir modificações⁶⁹. Dessa forma, uma das partes estipula todo o contrato, e a outra parte somente tem a opção de aceitar todas as estipulações do primeiro contratante – ou então de se negar a contratar. Daí o nome deste tipo de contrato, dado que o consentimento de um dos contratantes é manifestado pela simples adesão ao conteúdo contratual pré-fixado pela outra parte.

Dessa forma, é da natureza deste tipo de contrato a inserção de cláusulas sobre as quais a contraparte não pode discutir, cabendo-lhe apenas aceitar o estipulado ou se negar a contratar.

⁶⁹ GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128.

Portanto, depreende-se que, quando o art. 190, parágrafo único do Código de Processo Civil menciona que apenas a inclusão abusiva é vedada, é perfeitamente lícita a inclusão não-abusiva de negócios processuais em contratos de adesão.

É difícil, porém, a determinação do que configuraria, propriamente, uma inserção abusiva. Todavia, existe uma jurisprudência sobre a abusividade no que toca a alguns negócios típicos específicos, notadamente a cláusula de eleição de foro. São recorrentes os julgados a respeito desse tipo de cláusula, sobretudo aquelas apostas em contratos de consumo – sendo frequente o reconhecimento de sua abusividade neste tipo de relação. A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça costuma julgar como inválidas as cláusulas de eleição de foro quando elas dificultam o acesso do consumidor ao Poder Judiciário, bem como quando é concretamente demonstrada a hipossuficiência da parte:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. RELATIVA. ALTERAÇÃO POR CONVENÇÃO DAS PARTES. ABUSIVIDADE NÃO CONFIGURADA. POSSIBILIDADE. 1. Ação de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel e indenização por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada em 25.01.2015. Exceção de Incompetência arguida em 26.03.2015. Agravo em Recurso especial distribuído ao gabinete em 24.04.2017. Julgamento: CPC/1973. 2. O propósito recursal é o reconhecimento da validade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão de compra e venda de imóvel. 3. A alteração da competência territorial por contrato de adesão, por si só, não permite inferir pela nulidade da cláusula, devendo, para tanto, concorrer a abusividade ou a ilegalidade. 4. Apesar da proteção contratual do consumidor estabelecida pelo CDC, o benefício do foro privilegiado estampado no art. 101, I, do CPC não resulta, per se, em nulidade absoluta das cláusulas de eleição de foro estabelecidas contratualmente. 5. O STJ possui entendimento no sentido de que a cláusula que estipula a eleição de foro em contrato de adesão, só poderá ser considerada inválida quando demonstrada a hipossuficiência ou a dificuldade de acesso da parte ao Poder Judiciário. 6. Nesta perspectiva, a situação de hipossuficiência de uma das partes, por sua manifesta excepcionalidade, deve ser demonstrada com dados concretos em que se verifique o prejuízo processual para alguma delas. 7. A condição de consumidor, considerada isoladamente, não gera presunção de hipossuficiência a fim de repelir a aplicação da cláusula de derrogação da competência territorial quando convencionada, ainda que em contrato de adesão. 8. Recurso especial conhecido e provido, para determinar que a ação seja processada e julgada no foro estipulado contratualmente.⁷⁰

⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, 1.675.012-SP. Relatora: Nancy Andrichi. Julgado em 08/08/2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/9/art20170906-01.pdf>. Acesso em 22/11/2021.

Dessa forma, do julgado depreende-se também que a mera condição de consumidor não faz com que a convenção aposte em contrato de adesão seja, automaticamente, abusiva. Na verdade, haverá abusividade da cláusula de eleição de foro apostada em contrato de adesão sempre que este negócio efetivamente obstar o acesso ao Poder Judiciário, independentemente de se tratar de relação de consumo⁷¹.

Além disso, outro exemplo do que seria um negócio típico abusivo está nas disposições do Código de Processo Civil que tratam do negócio típico de distribuição convencional do ônus da prova, visto que esta convenção será vedada quando “*tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito*” (art. 373, § 3º, inciso II). Sendo assim, a imposição de uma convenção que gere dificuldade desproporcional para o exercício do direito também poderá ser tida como abusiva.

Em suma, infere-se das situações de abusividade dos dois negócios típicos tratados que a inserção abusiva de convenção processual em contrato de adesão ocorre quando o aderente for onerado de maneira excessiva com o negócio processual em concreto apostado no contrato, conforme explica Fredie Didier Jr:

É possível inserir negócio processual em contrato de adesão, mas ele não pode ser abusivo. Não pode, por exemplo, onerar excessivamente uma das partes. Se abusivo, será nulo. Generaliza-se aqui o raciocínio desenvolvido para o foro de eleição e para a distribuição convencional do ônus da prova, negócios processuais típicos. É por isso que o parágrafo único do art. 190 fala em nulidade por “inserção abusiva em contrato de adesão”.⁷²

Portanto, podem ser considerados abusivos os negócios que, uma vez inseridos em contratos de adesão, concretamente tragam um ônus excessivo a um dos contratantes – situação na qual a convenção será nula, conforme disposto no art. 190, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Por fim, sempre convém ressaltar que a lei pode fazer previsões específicas para determinados negócios típicos. No que tange aos contratos de adesão, por exemplo, a eficácia de eventual cláusula compromissória dependerá de sua previsão por escrito num documento anexo, ou então em negrito, com previsão de assinatura especificamente para essa cláusula

⁷¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial, 1.833.494-BA. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 01/12/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802183659&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em 22/11/2021.

⁷² DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. vol. 1, 17^a ed, Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 389

arbitral (art. 3º, § 2º da Lei nº 9.307/96) – situação que, se não for respeitada, importará na nulidade dessa cláusula por vício de forma.

3.2.2. Manifesta Situação de Vulnerabilidade

Enquanto o filtro da inserção abusiva valia apenas para os contratos de adesão, o filtro da manifesta situação de vulnerabilidade é, a princípio, aplicável quando da análise da validade de quaisquer negócios jurídicos processuais – sendo que este filtro que visa preservar algum grau de isonomia entre as partes negociantes.

Neste ponto, a expressão “vulnerabilidade” inclui a hipossuficiência econômica – de fácil visualização – mas não se restringe a ela⁷³. Na realidade, a vulnerabilidade pode ser resultado de variados fatores objetivos, sejam eles de ordem econômica e social, ou até de ordem tecnológica, técnica e jurídica⁷⁴.

No caso, pode-se considerar como configurada a vulnerabilidade técnico-jurídica quando a parte estiver desacompanhada de advogado e a convenção versar sobre aspectos técnicos muito específicos, a ponto de não serem comprehensíveis por quem não é profissional do Direito, conforme explica Rafael Sirangelo de Abreu:

O segundo diz respeito a eventuais negócios que, previstos em determinado contrato, prevejam modificações procedimentais no que concerne a aspectos técnicos e pouco comprehensíveis para alguém não-versado na prática jurídica e tenham sido estabelecidos sem a participação de advogado a orientar o signatário. [...] Nesses casos, a não-participação de advogado quando da lavratura do negócio pode significar a incapacidade do contraente de prever as consequências da sua manifestação de vontade.⁷⁵

Portanto, embora a princípio sejam admitidos os negócios extraprocessuais ainda que os negociantes estejam desacompanhados de advogado – em virtude da desnecessidade de capacidade postulatória nesses acordos – há casos nos quais essa ausência de assistência jurídica implica numa situação de vulnerabilidade jurídica da pessoa – sendo este o caso das convenções

⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3ª ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 395.

⁷⁴ Tanto que convém lembrar do Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que estabelece que “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

⁷⁵ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 340.

cujo conteúdo altamente técnico não tenha como ser bem compreendido pelo sujeito. Portanto, também nesta hipótese a parte deverá estar acompanhada por um advogado para a validade do negócio, para além daqueles casos já explorados no subcapítulo 3.1.3.

Em alguns casos, o ordenamento jurídico pode prever algum tipo de presunção de vulnerabilidade material, como no caso dos consumidores. De qualquer forma, a vulnerabilidade nunca é automática, visto que ela sempre deve ser aferida em concreto⁷⁶. Pode ser que no caso acima, por exemplo, o negociante seja um advogado.

Portanto, uma vez que for verificada a concreta e manifesta vulnerabilidade de uma das partes, o negócio processual também será nulo.

3.3. Necessidade de Prejuízo

Partindo-se da premissa de que os negócios jurídicos processuais podem ser qualificados tanto como negócios jurídicos quanto atos processuais – mais especificamente, como atos determinantes – o regime jurídico destes também influí na determinação da validade ou invalidade dos negócios⁷⁷.

No caso, prevalece no Direito Processual Civil o princípio da instrumentalidade das formas, ou seja, a noção de que o processo é um instrumento para a realização do direito material. A consequência disso para as nulidades processuais é que, caso determinado ato seja realizado de forma diferente daquela estabelecida pela lei, mas ainda assim preencha a sua finalidade instrumental, tal ato não será declarado nulo (art. 277 do Código de Processo Civil)⁷⁸.

Além disso – e mais importante para os fins deste trabalho – retira-se deste caráter instrumental do processo que também não será declarada a nulidade de determinado ato processual quando ele não causar prejuízo à parte⁷⁹. De forma que é consagrado no Direito

⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. São Paulo: Atlas, 3^a ed., 2009, p. 52.

⁷⁷ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre limites dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo, ano 40, vol. 244, jun. 2015, p. 415.

⁷⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 31^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 421.

⁷⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidades no processo. Rio de Janeiro: Aide, 1993, pp. 61-62.

Processual Civil brasileiro o princípio de que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), conforme reconhece o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROPOSITURA DE AÇÃO POR EMPRESA ESTRANGEIRA. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. AUSÊNCIA. PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. 1. Consoante a jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, a nulidade de atos processuais depende da efetiva demonstração de prejuízo da parte interessada, por prevalência do princípio *pas de nullité sans grief*. 2. A jurisprudência desta Corte Superior vem admitindo a relativização da norma que prevê prestação de caução para que empresa estrangeira litigue no país. Na hipótese, a autora (empresa estrangeira) vem obtendo êxito em sua pretensão, sendo que as despesas processuais serão custeados pela parte contrária. Precedentes. 3. Agravo interno não provido.⁸⁰

Portanto, há a necessidade de que o negócio jurídico processual efetivamente traga algum prejuízo a uma das partes para que o juiz possa declarar sua invalidade⁸¹. Se a parte não for prejudicada de nenhuma maneira, não há motivo para cogitar a invalidação do negócio.

A única exceção a este raciocínio diz respeito aos acordos dispositivos que são nulos por violação da ordem pública – como no caso de convenções que versam sobre a situação jurídica do magistrado – conforme já explorado no subcapítulo 3.1.2., casos nos quais não é necessário que uma das partes tenha efetivamente um prejuízo com o negócio processual para que a nulidade seja declarada, já que a nulidade neste caso decorre de uma frontal violação à ordem pública, o que não pode ser aceito em nenhuma hipótese.

⁸⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial, 1.664.304-SP. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 17/09/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700706987&dt_publicacao=21/09/2020. Acesso em 23/11/2021.

⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 314.

4. FORMA DO CONTROLE DE VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PELO JUIZ

Uma vez que foram delimitados os principais aspectos a respeito do complexo regime de validade dos negócios jurídicos processuais, deve-se investigar como o juiz realiza este controle de validade e quando ele pode declarar a invalidade de determinado negócio processual em concreto – o que pode variar de acordo com o tipo de convenção a ser controlada, bem como de acordo com o tipo de invalidade que contamina o negócio.

O parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil menciona que o juiz controlará a validade das convenções “*de ofício ou a requerimento*”, mas não fornece maiores detalhes acerca desse controle. Portanto, o primeiro ponto a ser estudado é sobre em que casos o controle pelo magistrado será efetuado de ofício, e em que casos será necessário o requerimento da parte para que o juiz possa conhecer da invalidade.

Neste ponto, o controle do juiz assemelha-se àquele por ele desempenhado para a invalidação dos negócios jurídicos materiais. Portanto, caso o vício da convenção configure-se como uma nulidade absoluta, como ocorre naqueles casos listados no art. 166 do Código Civil, o juiz deverá declarar – de ofício – a invalidade do negócio. Porém, caso o negócio não seja viciado por nulidade, mas sim por uma anulabilidade (nulidade relativa), o juiz somente poderá declarar a invalidação do negócio se a parte que tiver interesse nessa declaração assim requerer ao magistrado, conforme bem explica Humberto Theodoro Júnior:

Salvo nas nulidades cominadas de forma expressa (nulidades absolutas), que são de ordem pública e, por isso, devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz (se não houver evidência de falta de prejuízo), todas as demais nulidades (isto é, as não cominadas e relativas) "somente poderão ser apreciadas e decididas se argüidas por quem tenha interesse na sua declaração. *Ne procedat iudex ex oficio*".⁸²

Em suma, todo o regime de invalidades dos negócios jurídicos materiais previsto no Código Civil é aplicável às convenções materiais. Sendo assim, quando for o caso de uma anulabilidade, a parte deverá requerer sua invalidação no processo em que se discute o direito

⁸² THEODORO JR., Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. In: Revista dos Tribunais Online, p. 8.

material subjacente⁸³ - e este requerimento deverá ser feito na primeira oportunidade em que a parte puder se manifestar nos autos, sob pena de preclusão⁸⁴.

Para além disso, também as hipóteses de inclusão abusiva em contrato de adesão e manifesta vulnerabilidade de uma das partes também deverão ser declaradas de ofício pelo magistrado, visto que estes também são casos de nulidade das convenções, a respeito dos quais Julio Guilher Muller é didático as explicar que:

Há nulidade grave e que não pode ser corrigida nos casos em que não se observam os requisitos relacionados à (i) capacidade dos sujeitos, exceto quando relativa, (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável, (iii) forma prescrita ou não proibida em lei, (v) respeito à ordem pública cogente e bons costumes (incluindo o propósito de fraudar lei imperativa ou quando o ordenamento jurídico proíbe uma prática ou a declara nula se praticada), (vii) respeito às restrições legais ao poder de convencionar nos termos do direito processual civil, o que, no caso das convenções processuais atípicas, tem limitação às causas que versam sobre direitos que admitam autocomposição e que digam à modificação de procedimento para adaptá-los às especificidades da causa, bem como ônus, faculdades, deveres e poderes processuais das partes, (vii) ausência de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, (viii) conformidade com o modelo constitucional de processo, quando possível fática e juridicamente, ou quando a restrição for adequada, razoável e proporcional. O vício de vontade relacionado à simulação também é causa de nulidade grave e de pleno direito (CC, art. 167)⁸⁵

É importante ressaltar, porém, que em qualquer caso o contraditório deverá ser respeitado, coroando-se mencionado o princípio cristalizado no art. 9º do Código de Processo Civil. Portanto, ainda que o magistrado identifique possível vício de nulidade na convenção (que pode ser conhecido de ofício), ele terá o dever de conferir às partes uma oportunidade para se manifestarem a respeito.

Ainda no que tange à declaração de invalidade, é conveniente relembrar do subprincípio do autorregramento da vontade em matéria processual e da regra *in dubio pro libertate* – aspectos que circundam os negócios jurídicos processuais, e que realçam a posição de destaque conferida pelo ordenamento jurídico à liberdade no processo civil. Portanto, quando o magistrado declara invalidade determinada convenção processual, ele está, em verdade,

⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 94

⁸⁴ THEODORO JR., Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. In: Revista dos Tribunais Online, p. 9

⁸⁵ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 86-87.

negando aplicação a uma norma convencional que goza de especial proteção no ordenamento jurídico – tanto que os negócios processuais podem ser considerados fontes do direito processual. Em virtude disso, é necessário que o juiz, a fim de declarar a nulidade de algum negócio processual, se desincumba de um ônus argumentativo de demonstrar, além da existência de uma invalidade, a impossibilidade de sua superação⁸⁶. Em outras palavras, exige-se que a decisão seja especialmente bem fundamentada, conforme leciona Antonio do Passo Cabral:

Para inverter esta prioridade sistemática, tem o juiz o “ônus argumentativo” em sentido contrário, exigindo-se dele uma fundamentação mais intensa e específica, à luz de circunstâncias concretas. Só assim poderá infirmar a autonomia dos sujeitos do processo para convencionar, negando aplicação aos acordos ou pronunciando-lhes a invalidade.⁸⁷

Superado este ponto, é necessário relembrar o exposto no subcapítulo III.1.2. deste trabalho, no qual foi explorada a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da licitude do objeto dos negócios processuais. Naquele ponto, concluiu-se que os acordos dispositivos – isto é, as convenções que versam sobre o rito do processo – eventualmente podem afetar o que se comprehende por devido processo legal, bem como outros princípios e valores do processo civil.

Dessa forma, especificamente para os negócios processuais dispositivos nos quais o juiz identifique um possível conflito de valores, idealmente ele não poderá – apenas à luz disso – declarar a nulidade da convenção. Isso porque, conforme já explorado, os negócios processuais são um corolário, justamente, de outro princípio – o princípio da liberdade, bem como seu subprincípio do autorregramento da vontade em matéria processual.

Portanto, diante da identificação de eventual conflito de valores e princípios nesse tipo de acordo, o juiz deverá proceder a uma técnica de ponderação de valores, a fim de se verificar concretamente a validade das convenções⁸⁸.

Assim, uma vez identificados os princípios em aparente conflito, o juiz deverá verificar, principalmente, se a convenção avançou sobre o núcleo essencial de outro direito fundamental processual – visto que não se pode admitir uma disposição completa sobre as garantias

⁸⁶ MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica, 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 87.

⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, pp. 312-313.

⁸⁸ Ibid, pp. 409-419.

processuais fundamentais⁸⁹, tanto que na própria arbitragem há uma proteção a alguns destes direitos fundamentais (art. 21, § 2º da Lei nº 9.307/96). Isso significa que mesmo diante da possibilidade de disposição acerca do procedimento – protegida pelo direito fundamental à liberdade – devem ser preservadas as garantias mínimas do modelo constitucional de processo no Brasil⁹⁰.

Ou seja, as convenções dispositivas não poderão simplesmente aniquilar as garantias processuais, como a ampla defesa e o contraditório. Isso não significa que sobre tais garantias não poderão ser convencionadas alterações, mas sim que elas não podem, na prática, destruir completamente aquela proteção constitucional. Portanto, determinados negócios, como a cláusula de *non petendo*, em tese são admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, mas sua configuração não pode implicar numa renúncia absoluta aos direitos processuais fundamentais, conforme explica Antonio do Passo Cabral:

Convenções como o *pactum de non petendo*, ou aquelas que imponham mediação ou conciliação antes do ajuizamento da demanda perante o Judiciário, ou qualquer outra barreira dilatória ao exercício dos direitos processuais, embora primacialmente válidos e eficazes, não podem ser ilimitados no tempo, sob pena de reduzirem a zero a garantia de acesso à justiça. Também devem ser considerados inválidos de, apesar de submetidos a um termo fixo, seu cumprimento puder levar à ocorrência de prescrição ou decadência.⁹¹

Apenas para exemplificar, é o que ocorre nos casos de cláusulas de eleição de foro abusivas, que na prática fulminam o direito de acesso à justiça de um contratante que simplesmente não tem condições financeiras de propor a ação no foro convencionado.

Dessa forma, caso o juiz analise a convenção processual e verifique que ela não aniquila outra garantia processual fundamental, ele não deve declarar a nulidade de tal negócio em virtude do aparente conflito de valores.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 529.

⁹⁰ RAATZ, Igor. Negócios jurídicos processuais e elasticidade procedural sob o enfoque do modelo democrático-constitucional de processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 26, n. 101, jan-mar., 2018, p. 139.

⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, 3^a ed., Salvador: Editoria Juspodivm, 2020, p. 417.

5. CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi tentar traçar, em linhas gerais, o regime jurídico de validade dos negócios jurídicos processuais em seus principais aspectos. Sem dúvidas, há várias posições doutrinárias distintas a respeito do tema, que vão desde algumas premissas até o regime aplicável propriamente dito, sendo que ainda há relativamente pouca jurisprudência a respeito. Dessa forma, não foi intenção deste estudo esgotar o tema e as inúmeras divergências que o circundam, mas oferecer uma visão prática a respeito dos limites de validade dos negócios processuais a partir das premissas adotadas.

Dessa forma, partindo-se da premissa de que estes negócios são tanto negócios jurídicos quanto espécies de atos processuais, conclui-se que seu regime de validade é complexo e mistura os aspectos atinentes à validade tanto do direito material quanto do direito processual – além de apresentar algumas características bastante específicas, tais como a regra *in dubio pro libertate*.

Ademais, e a despeito das inúmeras controvérsias quanto aos seus aspectos práticos, o fato é que as convenções processuais têm uma posição de destaque do processo civil, sobretudo quando se considera o art. 190 do Código de Processo Civil – uma cláusula geral convencionalidade em matéria processual. Isso fica claro quando se verifica que há uma ampla liberdade às convenções no ordenamento jurídico brasileiro, fruto do princípio da liberdade e de seu subprincípio do autorregramento da vontade em material processual, os quais deixam sua marca na matéria.

Resumidamente, concluiu-se que para que os negócios processuais em geral sejam válidos, eles deverão ter objeto lícito, possível, determinado ou determinável; agente com plena capacidade civil e processual; manifestação de vontade livre de vícios e devidamente informada; e forma livre, salvo disposição específica em contrário na lei. Entretanto, apenas a análise desses aspectos não basta, já que a lei considera nulos também aquelas convenções inseridas abusivamente em contratos de adesão, bem como os negócios celebrados com parte em situação manifesta de vulnerabilidade (e aqui compreendem-se diferentes tipo de vulnerabilidade além da social e econômica, como, por exemplo, a técnico-jurídica).

De qualquer forma, seja qual for o suposto vício que contamina o negócio, sua natureza de ato processual – especificamente de ato determinante – faz com que o juiz somente possa pronunciar sua invalidação quando a convenção efetivamente trouxer um prejuízo concreto a alguma das partes (salvo nos casos de acordos dispositivos que violem a ordem pública), o que

pode eventualmente “salvar” algum negócio, a princípio nulo ou anulável, de ser efetivamente invalidado.

Além disso, foi visto que quando o vício for de anulabilidade, o magistrado somente pode declarar a nulidade se houver requerimento neste sentido pela parte interessada, sendo que tal requerimento deve ser feito na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão. Isso não sucede com os vícios de nulidade, para os quais o juiz pode declarar a nulidade de ofício – mas sempre respeitando o princípio do contraditório cristalizado no art. 9º do Código de Processo Civil.

Espera-se, portanto, que a presente análise seja útil à complexa tarefa de delimitar o regime de validade dos negócios jurídicos processuais, bem como sua forma de controle pelo juiz, a fim de contribuir para que haja maior segurança jurídica em relação ao instituto e seus limites, e consequentemente para que a cláusula geral de convencionalidade seja mais usada no cotidiano, como forma de contribuir para a racionalização do processo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Das convenções no processo civil. Tese de Doutorado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre limites dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo, ano 40, vol. 244, jun. 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual, 3^a série, São Paulo: Saraiva, 1984.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial, 1.833.494-BA. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 01/12/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802183659&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em 22/11/2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial, 1.664.304-SP. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 17/09/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700706987&dt_publicacao=21/09/2020. Acesso em 23/11/2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, 1.675.012-SP. Relatora: Nancy Andrighi. Julgado em 08/08/2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/9/art20170906-01.pdf>. Acesso em 22/11/2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, 1.707.855-SP. Relatora: Nancy Andrighi. Julgamento: 20/02/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402846969&dt_publicacao=23/02/2018. Acesso em 20/11/2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, 1.810.444-SP. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em 23/02/2021. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803376440&dt_publicacao=28/04/2020. Acesso em 20/11/2021.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais, 3^a ed., Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. Revista de Processo, São Paulo, ano 40, n. 241, mar. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. São Paulo: Atlas, 3^a ed., 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 31^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. vol. 1, 17^a ed, Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019.

_____.; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 67, jan./mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível, 0710826-27.2018.8.07.0007. Relator: Fabio Eduardo Marques. Julgamento: 20/11/2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 18/11/2021.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019.

FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Negócios jurídicos processuais atípicos e a administração pública. In: TALAMINI, Eduardo (coord.). Processo e administração pública. Salvador: Juspodivm, 2016.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre *et alii* (Org.). Novas tendências do processo civil. vol. III, Salvador: Juspodivm., 2014.

_____. Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et alii* (Org.). Novas tendências do processo civil. vol.III, Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Orlando. Contratos. 26^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidades no processo. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2^a ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica, 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019.

RAATZ, Igor. Negócios jurídicos processuais e elasticidade procedural sob o enfoque do modelo democrático-constitucional de processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 26, n. 101, jan-mar., 2018.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento, 2002087-65.2018.8.26.0000. Relator: Sergio Gomes. Julgamento: 17/04/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 21/11/2021.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento, 2233478-88.2017.8.26.0000. Relatora: Maria Lúcia Pizzotti. Julgamento: 21/03/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=043903D65E763B4D828F6302816A7594.cjsg2>. Acesso em 24/11/2021.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1, 59. ed. (2. r.) rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais, 4^a ed., Salvador: Juspodivm, 2019.