

Láisa Vedrama Lima

Especialista em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Pós-graduanda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Bacharel em Direito pela Faculdade Interamericana de Porto Velho -UNIRON (2015). Atualmente é Assistente de Promotoria de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia.

NEGÓCIOS PROCESSUAIS: A TENDENTE CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO E O PAPEL DO JUIZ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Láisa Vedrama Lima

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo realizar uma breve análise acerca dos negócios jurídicos processuais no atual Código de Processo Civil, abordando as principais mudanças quanto aos negócios típicos e atípicos, contrastando-os com a tendência a privatização do processo e a atuação do magistrado diante dessas mudanças. Tratar do contexto em que está inserida tal tendência e apontar as principais mudanças em razão da ampliação do rol de negócios típicos no processo civil brasileiro. Averiguar algumas das implicações que a inserção da chamada cláusula geral de negociação terá sobre o processo, seu caráter público e a atividade jurisdicional, por conta a abertura extraordinária à possibilidade da realização dos mais diversos negócios processuais atípicos.

Palavras-Chave: Negócio Processual. Procedimento. Poderes.

Introdução

Dentre as inovações previstas no Novo Código de Processo Civil está a ampliação dos acordos processuais típicos e a inserção do artigo 190, o qual vem recebendo da doutrina a nomenclatura de cláusula geral de negócios processuais. Inovações que por entendimento majoritário representam mudanças significativas na atividade jurisdicional, benéficas ou não.

O negócio processual implica necessariamente em uma flexibilização do procedimento por meio de acordo realizado pelas

partes. Modelo bastante utilizado na arbitragem e no regramento processual de alguns países europeus como a França e a Itália, é tema que tem ocasionado profundos debates acerca das vantagens e desvantagens quanto a sua forma e adoção no processo civil brasileiro.

Desta feita, o presente trabalho visa discorrer sobre os novos negócios processuais típicos, sobre a cláusula geral que viabiliza a realização de diversos negócios atípicos e como estes influenciarão na atuação do magistrado na condução do processo e consequentemente na atividade jurisdicional.

Contextualização e negócios processuais típicos

Influenciada pelo direito internacional e em especial pelas regras da arbitragem, a Lei nº 13.105/15 segue a tendência da contratualização do processo. Sobre tal afirmativa, desde já, importa destacar o que leciona Luiz Guilherme Marinoni¹:

O código de Processo Civil, alinhando-se a uma tendência desenvolvida sobretudo no direito francês, a partir da década de oitenta do século passado, abraçou francamente a contratualização do processo. Deve-se entender por essa expressão todos os acordos realizados na pendência de um processo judicial que disciplinam o modo como o magistrado deverá conduzir a tramitação da causa visando à prestação da tutela jurisdicional.

No direito francês, a possibilidade da alteração contratual do procedimento deu-se no ano de 2005 por meio de decreto (Décret ° 2005-1678 du 28 décembre 2005), que trouxe a necessidade da existência de modelo jurídico negocial que propiciasse um processo elástico, capaz de moldar-se às peculiaridades da causa, mas tendo o juiz como destaque. Dessa reforma, surgem os debates sobre a contratualização do procedimento e do modo de regramento dos litigantes no processo civil, temas até então antagônicos. Instituiu-se assim o chamado princípio da cooperação como norteador dos

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, 2. ed. rev., atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 527.

negócios e acordos processuais ou pré-processuais no direito francês.

Tendência não só extraída do direito francês, mas também do direito italiano e britânico, conforme explana José Rogério Cruz e Tucci²:

[...] tema da disponibilidade das regras procedimentais, observa-se que, em época contemporânea, buscando racionalizar a marcha do processo foi introduzida, em 1999, no sistema jurídico inglês, importante reforma - The Woolf Reforms -, que criou uma verdadeira comunidade de trabalho entre o juiz e as partes, visando a um maior dinamismo processual em prol da celeridade. [...]. Em França e na Itália, igualmente, são atualmente admitidos, com peculiaridades próprias, acordos processuais sobre o desenrolar do procedimento.

Na Itália, os acordos procedimentais foram instituídos por lei (lei nº 69/2009) durante a reforma legislativa de junho de 2009, que resultou em várias alterações no código de processo civil, objetivando maior efetividade e melhor funcionamento da justiça italiana. Assim, inspirados no direito francês introduziram o acordo para a calendarização do processo e outros negócios processuais.

Idem ocorreu no direito inglês quando da elaboração do código de processo civil em 1999 (Rules of Civil Procedure), mas neste o magistrado é quem ganha protagonismo na condução flexível do procedimento, sendo-lhe outorgado vários poderes de gestão e regulação do processo para o alcance da justiça substancial.

Sabe-se que a "imposição" da vontade das partes no processo de forma a estipular um procedimento a ser seguido não é algo inédito no ordenamento jurídico brasileiro. Institutos como o a transação, a renúncia, e a convenção sobre regras de competência territorial, já vêm sendo aplicadas há certo tempo, disposições estas que dizem respeito ao direito material e processual.

Todavia, o que por convenção das partes no Código Processual Civil de 1973 limitava- se à negócios típicos como a eleição de foro (art. 111), a suspensão do processo (art. 265, II), a possível repartição do ônus da prova (art. 333) e o adiamento da audiência (art. 453, I), dentre

² CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais, 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPovm, 2016, p. 25-26.

outros previamente estabelecidos no texto legal, ganhou dimensões ainda não mensuráveis com o advento do Novo Código de Processo Civil.

Tais convenções objetivam alterar a ordem pré-estabelecida em lei dos atos processuais, desde que não resulte em alteração dos efeitos legais. Entretanto, o CPC 2015 trouxe novas possibilidades de negócios processuais típicos, além dos que já existiam no Código anterior e ainda traz a novidade da chamada cláusula geral de negócios processuais, a qual viabiliza a realização de inúmeros negócios atípicos.

Tem-se por negócio processual o gênero do qual são espécies: as convenções e o negócio jurídico processual stricto sensu. As convenções dizem respeito aos acordos feitos entre as partes para debater acerca de matéria estritamente processual, tratam, portanto, dos atos procedimentais de natureza processual. Já os negócios propriamente ditos consistem em deliberações das partes sobre o objeto do direito litigioso, ou seja, sobre o direito substancial, material. Vale frisar, que parte da doutrina não faz distinções entre convenção e negócio jurídico processual.

Os negócios processuais podem ser típicos, que são os tipos previstos em lei e que esta estabelece o regime a ser seguido, logo, previamente regulamentado, sendo dispensável o empenho das partes em regulá-lo, devendo estas apenas seguir o disposto na norma; ou atípicos, negócios em que as partes podem negociar as regras procedimentais e ajustarem todo o procedimento em prol de seus interesses e vontades, atendendo as peculiaridades da causa e assim convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

A lei processual civil de 2015 mantém vários dos negócios processuais típicos contidos na lei 5.869/73. As partes continuam a poder eleger o foro competente (art. 63), a convencionar sobre a suspensão do processo (art. 313, II), a negociar o adiamento da audiência (art. 362, I), a acordar sobre a distribuição diversa do ônus da prova (art.373, §§3º e 4º) dentre outros contidos na lei revogada. Contudo, consagra novos negócios ampliando o rol de negócios processuais típicos. Dentre esses novos negócios processuais típicos

ganham destaque:

O calendário processual (art. 191), negócio plurilateral pois celebrado entre partes (autor e réu) com o juiz e ainda, se existentes, com os intervenientes, possibilita calendarizar o procedimento, estipulando-se datas para a realização dos atos processuais que assim ficam previamente agendados. Uma vez fixado, visa primordialmente dispensar a intimação das partes para a prática dos atos processuais (art. 191, §2º), já que previamente agendados com a participação destas, estarão antecipadamente cientes. Tal negócio vincula a todos os envolvidos e os prazos estabelecidos só poderão ser alterados em casos excepcionais e mediante justificativa (art. 191, §1º). Busca evitar atos protelatórios e atender a celeridade processual de forma a tornar o processo um procedimento dotado de previsibilidade, porquanto será possível as partes saber da duração do processo e prever quando será proferida a sentença.

Poderá ser fixado em qualquer fase do procedimento, mas dada a sua finalidade de agendar os atos instrutórios, prefere-se pela elaboração deste na fase de organização e saneamento do processo, inclusive, sendo possível que o juiz designe audiência apenas para negociar com as partes acerca da fixação do calendário. Nesses termos é o que diz o enunciado 299 do Fórum de Processualistas Civis: “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para a fase de instrução e decisão.”.

Consiste em ato puramente negocial e, portanto, não pode ser imposto pelo magistrado, havendo necessariamente de ser proveniente de acordo de vontade plurilateral, ou seja, no mínimo com os três principais envolvidos, juiz, autor e réu e como já mencionado, se houver intervenientes estes também devem participar do referido negócio.

Importa mencionar que o art. 357 prevê o calendário específico para a prova pericial, este por sua vez não se confunde com o calendário processual do art. 191, uma vez que é imposto pelo juiz e não dispensa as intimações. Contudo, dado o atual empoderamento das partes, nada impede que tal ato integre os atos calendarizados por acordo, conforme preconiza o §8º do art. 357, que dispõe sobre

o calendário específico para prova pericial quando tal ato não estiver incluso no calendário fixado por negócio ou simplesmente quando as partes e o juiz não acordarem quanto ao calendário, em sendo o caso da inclusão deste no negócio, dispensam-se as intimações dos atos atinentes à prova pericial.

Seguinte ao negócio processual para a calendarização do processo está o negócio para a redução de prazos peremptórios. Negócio plurilateral previsto no art. 222, §1º, diz respeito à possibilidade do juiz, com anuênciadas partes, reduzir os prazos peremptórios.

Outro negócio típico novo é aquele para a realização de audiência de organização e saneamento que, sendo acordo, necessariamente deverá ocorrer com a participação ou cooperação das partes. Conjecturado no art. 357, §3º, concretiza o princípio da cooperação, consentindo às partes maior participação no chamado saneamento do processo por meio da referida audiência, possibilita um maior e melhor diálogo plurilateral, permitindo que todos conheçam dos detalhes da controvérsia e assim o juiz e as partes estabelecerão as medidas a serem adotadas. Dispõe o artigo: “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”.

Consonante é o negócio previsto no art. 364, §2º em conjunto com art. 357, §2º, que diz respeito ao acordo de saneamento ou saneamento consensual. Todavia, aqui consiste em negócio bilateral, já que o juiz tão somente homologará ou não o acordo apresentado pelas partes, que tratará da delimitação das questões de fato e de direito e que sendo homologado vinculará as partes e o juiz.

No presente negócio observa-se um empoderamento demaisiado das partes, por quanto passa a permitir que estas além de discutir os pontos controvertidos da demanda, possam delimitar as questões jurídicas que merecerão análise para a solução do mérito (art. 357, §2º, II e IV). Embora tais pontos sejam posteriormente analisados pelo magistrado, certamente representam uma limitação na atuação e nos poderes deste e amplia extraordinariamente os poderes dos

particulares.

Outro negócio, existente no CPC de 1973, só que agora deixa de ser bilateral e passa a ser unilateral, trata da desistência de documento cuja falsidade foi arguida: “Não se procederá ao exame pericial, se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo” (art. 432). Logo, não é mais exigida a anuência da parte contrária para a retirá-lo dos autos.

Contido no art. 471, outro acordo processual típico possível diz respeito a escolha consensual do perito. Assim, permite o Novo Código que as partes, de comum acordo, escolham o perito e ao escolherem já devem indicar seus assistentes técnicos que irão acompanhar a perícia em local e data previamente definidos.

Ao longo dos anos as leis processuais brasileiras trouxeram variações quanto as regras para a escolha do perito. A exemplo, quando vigente o Regulamento nº 737/50, as partes indicavam os peritos, cada uma um perito e ainda escolhiam um terceiro, só em caso de não haver concordância quanto a escolha do terceiro perito é que o juiz proibia a escolha. Já o Código de Processo Civil de 1939, dispunha em seu art. 129 que cabia ao juiz a escolha do perito e às partes a indicação do assistente técnico (art. 132). Em 1946, alterou-se a redação dos arts. 129 e 132 do CPC/39 e os exames periciais passaram a ser objeto de acordo entre as partes, deviam cada uma indicar um perito e o juiz nomear um terceiro para eventual desempate, voltando a regra do Regulamento de 1950.

Porém, dada a liberdade de escolha e ainda as peculiaridades das relações privadas, observou-se a crescente incidência de laudos tendenciosos, que objetivavam, portanto, privilegiar uma parte. Passando o perito a ser figura eivada de vícios em razão dos interesses da parte que o escolhia, havia, quase sempre, a necessidade de se nomear o terceiro perito, então responsável pelo desempate. Assim discorre Leonardo Carneiro da Cunha³: “Com tempo verificou-se que o perito de cada parte tendia a lançar laudo que lhe fosse respectivamente favorável, cabendo, não raramente, ao terceiro perito (nomeado pelo juiz) desempatar. O juiz, em regra, seguia o

3 Id., 2016, p. 67.

laudo do terceiro perito.”.

Dada tais experiências, o CPC de 1973 traz novamente a regra da nomeação a ser feita pelo magistrado, cabendo às partes a escolha do assistente técnico. Contudo, embora as constatações históricas, insere o CPC 2015 a possibilidade de negócio acerca da escolha de perito pelas partes.

Negócios processuais atípicos, a cláusula geral de negociação e o papel do juiz

O Novo Código traz em seu artigo 190 a chamada cláusula geral de negócios processuais que estabelece que: “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”.

Tais convenções necessariamente tratarão de situações jurídicas processuais como ônus, faculdades, deveres e poderes, estipulando mudanças no procedimento, ainda que não importe ajustes às especificidades da causa. Entendimento que, não bastante a literal expressão legal, foi “consolidado” pelos processualistas civis por meio dos enunciados nº 257 e 258, FPPC.

Da citada cláusula depreende-se a possibilidade da criação de diversas espécies de negócios processuais atípicos e com isso a ampliação extraordinária da autonomia da vontade das partes no processo civil ante a predominância do princípio dispositivo, uma vez que as autoriza a dispor de todo ou boa parte do procedimento previsto em lei e em suma condicionar a atuação do magistrado.

Assim como qualquer negócio jurídico, os negócios processuais passam pelo plano da validade dos atos jurídicos, portanto, para serem válidos devem atender aos requisitos da celebração por pessoas capazes, do objeto lícito e observar a forma prevista ou não proibida em lei e em se tratando de negócios processuais, em especial os atípicos, estes devem atender a outros requisitos essenciais para

que possam ser considerados existentes e válidos.

O negócio processual necessariamente deve adotar a forma escrita, ou seja, a declaração de vontade que lhe confere existência deve sempre ser documentada, ainda que eventualmente manifestada oralmente em audiência ou mesmo em outro momento, ela deve reduzida a termo e mais que isso, deverá, sempre que possível e necessário, ser registrada em meio que permita a sua reprodução. Portanto, depreende-se que quanto à forma, estes não podem ser tácitos, não sendo firmados por meio do silêncio.

Todavia, alguns autores como Fredie Didier dizem ser possíveis negócios tácitos quando de comportamentos comissivos ou omissivos pelas partes, a exemplo da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer, aceitando-se a decisão (comissão) ou pela não alegação de convenção de arbitragem (omissão), assim, afirmam que o silêncio da parte pode, em certas circunstâncias, ser uma manifestação de vontade. E destaca que para os negócios processuais atípicos não haveria forma, sendo esta livre, estariam, portanto, libertos da forma com o que o negócio jurídico se apresenta, podendo ser oral ou escrito, expresso ou tácito.

Partindo dessa premissa tem-se que o objeto do negócio processual será a própria conduta humana voluntária e autônoma, as quais pretendem constar no processo e almejam produzir efeitos sobre ele, de modo que possa ser regulada pelo próprio negócio.

Outrossim, os negócios processuais atípicos devem versar sobre direitos que admitam autocomposição, que por sua vez, conforme explana Fredie Didier⁴ trata-se de: "forma de solução de conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio.".

Autocomposição é gênero do qual são espécies: a transação, que consiste em concessões mútuas que solucionam o conflito e a submissão, situação em que uma das partes se submete a pretensão do outro de forma voluntária abrindo mão de seus interesses, que quando realizadas em juízo, se partindo do autor, receberá o nome de

⁴ DIDIER Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18. ed., Salvador: Jus Podivim, 2016, p. 167.

renúncia (art. 487, III, c) e se do réu, reconhecimento pela procedência do pedido (art. 487, III, a).

Requer-se também a realização por sujeitos plenamente capazes (art. 190). Partindo da análise literal do texto normativo, de pronto se excluiria a possibilidade do negócio processual atípico ser celebrado por absolutamente incapazes, ainda que legalmente representados, ou por relativamente incapazes, ainda que devidamente assistidos. Sendo o ato negocial, caso celebrado em tais casos, respectivamente, nulo ou anulável.

Logo, não se vislumbram razões jurídicas para que não se aplique a regra do art. 171, I, do Código Civil aos negócios processuais atípicos que inclusive, está em consonância com o disposto no art. 191, parágrafo único, do CPC que trata do controle judicial de ofícios nos casos de nulidade.

Entretanto, boa parte da doutrina defende que tal capacidade trata-se pura e simplesmente da capacidade processual, sendo válido o negócio celebrado por incapazes assistidos ou representados, bem como defendem a possibilidade de ser celebrado não apenas por aqueles que gozam de personalidade civil, mas por outros entes como é o caso daqueles desprovidos de personalidade jurídica, mas com capacidade judiciária, como o espólio.

Pressupõem ainda, a observância de regras principiológicas comuns aos negócios jurídicos como a boa-fé processual e do devido processo legal.

No que tange ao regime jurídico, embora a essência processual, a doutrina diverge qual seria o regime aplicável ao negócio para então validá-lo, dado que o CPC 2015 não o regulamenta de forma exaustiva e satisfatória. Assim, cogita-se aplicação de conceitos usados antes do Novo Código, para que o regime do negócio processual tenha de ser misto, ou seja, por um lado não corresponde exatamente a um ato processual, por outro, assim como um ato processual, sua função é a de produzir efeitos no processo. Análise de aparente controvérsia.

Dado tal cenário, o Fórum Permanente de Processualistas Civis buscando regulamentar o que pode ser objeto de negociação processual atípica, editou os enunciados nº 19, nº 21, nº 262 e nº 490

em que dizem quais são alguns dos negócios atípicos admissíveis.

No enunciado nº 19, estipulam a admissibilidade para os pactos de impenhorabilidade, acordos de ampliação de prazos das partes em prazos de qualquer natureza, acordos de rateio de despesas processuais, acordos para retirar o efeito suspensivo de recurso, para a dispensa consensual de assistente técnico, acordos para não promover execução provisória, pactos de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata exclusão destas, conforme previstas no art. 334, além dos pactos para a disponibilização prévia de documentação.

Acrescem por meio do enunciado nº 262 o pacto para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença e no enunciado nº 490, o pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva, o pacto de alteração de ordem de penhora, o acordo para a prefixação de indenização por dano processual e a negociação prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento.

No enunciado nº 19, discorrem tão somente acerca dos negócios plurilaterais e ditam: “São admissíveis os seguintes negócios plurilaterais, dentre outros: acordo para a realização de sustentação oral, acordo para a ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.”.

Passa a se admitir que as partes possam negociar as regras processuais, além de poderem ajustar o procedimento às peculiaridades da causa. Permite-se que estas estabeleçam as regras processuais a serem seguidas em um negócio ou contrato celebrado antes mesmo da existência do processo, bem como podem celebrá-lo no próprio processo e em qualquer fase, até na fase recursal.

Negócios que por força do disposto no parágrafo único do art. 190, passarão pelo controle de validade do juiz e só poderão ser rejeitados em caso de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou nos casos em que alguma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Além do mais, há interpretação de que os negócios atípicos devem

seguir a regra geral do art. 200: "Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.". Regra da qual depreende-se que produzem efeitos imediatos, salvo se as partes expressamente houverem modulado a eficácia do negócio com a inclusão de uma condição ou termo.

Para parte da doutrina, aqui citando Fredir Didier, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Leonardo Greco, a regra é simples e clara: "não possuindo defeito, o juiz não pode recusar aplicação ao negócio processual".

Nota-se que dentro da temática dos negócios processuais há de se analisar a atuação do magistrado, já que este poderá assumir "diferentes papéis" a depender do tipo de negócio. Alguns desses influenciarão em sua atuação e consequentemente afetarão a atividade jurisdicional.

Em alguns dos negócios típicos o juiz atuará como mero verificador dos critérios de validade dos negócios, não havendo no procedimento a intervenção deste por não ser "sujeito" do negócio jurídico, a exemplo tem-se as convenções que tratam da competência relativa (art. 63) ou quando dos negócios para a escolha do perito.

Noutros atuará como "parte" ou homologador do acordo feito entre as partes. Na cláusula geral de negociação o juiz fará tão somente um controle da presença dos requisitos necessários para a realização do negócio processual. Sobre o assunto, válido destacar a explicação de Murilo Teixeira Avelino⁵:

Por tudo isso, é possível concluir o seguinte: quando se exige homologação, o juiz atua somente para permitir que o negócio produza os seus efeitos específicos no processo, funcionando a atuação do juiz como conditio iuris para a eficácia externa do ato; na hipótese geral de negócios sobre o procedimento, a disposição das partes presume-se válida e eficaz, cabendo ao juiz somente atuar no controle de validade do ato. (grifo nosso).

5 CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais, 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPovm, 2016, p. 381.

Outros doutrinadores como Flávio Luiz Yarshell⁶, vão além e dizem que ao juiz nem competiria homologar, mas tão somente observar e efetivar, já que por disposição legal não são casos de intervenção judicial, por se tratarem em sua maioria de negócios processuais celebrados para regrar atos e posições jurídicas antes mesmo do processo.

Existem ainda os acordos que necessariamente limitarão os poderes jurisdicionais na condução e decisão da causa, já que para serem admissíveis exige-se que o magistrado deles participe, assumindo o papel de parte (negócios plurilaterais). Exemplo típico é o negócio para a fixação do calendário processual, celebrado nos termos do art. 191, no qual desempenha o magistrado a função de parte e de negociador, o que de pronto afeta sua atuação.

Situações “inesperadas” decorrentes dessa vinculação do juiz ao negócio e seus possíveis efeitos são bem colocadas na obra dos doutrinadores Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero⁷: “o processo não pertence a um juiz determinado, nem é possível conceber que acordo feito por um magistrado seja oponível a outro (ou outros) que dele não participaram” e acrescentam:

Imagine-se um acordo, estabelecendo o calendário para a prática de atos processuais [...] o que deve suceder na hipótese de o juiz, que celebrou esse pacto, vir a aposentar- se, a remover-se, a licenciar- se ou a ser promovido? Poderá o acordo ser obrigatório também ao seu sucessor, que jamais firmou qualquer convenção, ou anuiu com ela? Mais grave: firmado acordo, com anuência do juiz, pode o tribunal, em grau de recurso, entender que esse pacto vulnera normas impositivas, que prejudicou alguma das partes ou ainda que é nulo por qualquer razão?

O fato de o juiz não ser único e vinculado ao processo e considerando que o judiciário é um conjunto de órgãos, aliado ao fato de não terem sido estabelecidos os limites da vinculação de tais negócios, certo é, que estes se apresentam como potenciais problemas a regular

6 CABRAL; NOGUEIRA, op. cit., p. 79.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, 2. ed. rev., atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 531.

atividade jurisdicional.

Há de se mencionar ainda a preocupação quanto a extensão dos negócios bilaterais, ou seja, aqueles firmados pelas partes sem a participação do magistrado e que de mesmo modo podem afetar a atividade jurisdicional, de exemplo pode-se citar o acordo para a escolha do perito, podendo ocorrer que o juiz seja compelido pela vontade das partes a ter de formar sua convicção com base em laudos e análises de um profissional que não conhece ou confia.

Parte da doutrina afirma que a flexibilização do procedimento e das regras processuais por meio dos negócios típicos ou atípicos traz tão somente vantagens ao judiciário, já que representa a democratização do processo, a concretização do princípio do autorregramento e a real busca pela efetivação do resultado almejado. Que a partir dessa análise, “a natureza pública do processo deve ser identificada sobretudo como garantia aos cidadãos do regular exercício do poder pelo Estado, o que não implica, necessariamente, a indisponibilidade do procedimento, especialmente em relação às partes, diretamente interessadas na solução do litígio”⁸

Esse é o entendimento de doutrinadores como Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha⁹ e do magistrado Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte¹⁰, seguem os respectivos entendimentos:

O novo CPC, fundado na concepção da democracia participativa, estrutura-se de modo a permitir maior valorização da vontade dos sujeitos processuais, a quem se confere a possibilidade de promover o autorregramento de suas situações processuais. As convenções processuais despontam como mais uma medida de flexibilização e de adaptação procedural, adequando o processo à realidade do caso submetido à análise judicial. As negociações processuais constituem meios de se obter maior eficiência processual, reforçando o devido processo legal, na medida em que permitem

⁸ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Revista Eletrônica de Direito Processual. REDP. Rio de Janeiro, v. 13, p. 733-749, 2013, p.56. Disponível em:< <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11932>>. Acesso em: 15 de set. de 2016.

⁹ Id., 2016, p. 70

¹⁰ DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adequação procedural. Revista do GEDICON, v. 2, dez., 2014, p. 33.

que haja maior adequação do processo à realidade do caso.

Os negócios processuais permitem uma visão mais democrática do processo, como campo aberto de diálogo e máxima comunhão das partes, oxigenando o procedimento. Tal simbiose importa no reforço de princípios como a cooperação, a boa-fé e a lealdade processuais, resultando numa prática extremamente promissora do ponto de vista da evolução da cidadania. Tenho certeza de que os benefícios não são apenas jurídicos, mas sociais, tornando o processo um campo de diálogo efetivo.

Vale levantar questionamento sobre a tese que diz ser o negócio processual demasiadamente democrático. Os próprios doutrinadores que defendem tal argumento dizem que, em que pese a validade do negócio processual não esteja condicionada a presença de advogado, esse se faz imprescindível ao negócio e se figura, portanto, inviável afastar a capacidade postulatória de um advogado para a realização e prática deste.

De mesmo modo, como pode “transbordar” democracia se, conforme dispõe o Enunciado n. 18 do Fórum de Processualistas Civis, a partir do momento em que por estar a parte está desacompanhada de um assessoramento técnico-jurídico, qual seja em sentido literal um advogado, pode-se presumir a vulnerabilidade desta e assim a depender das particularidades do caso ensejar a nulidade do negócio. Fato, que a ausência desse assessoramento por si só não é causa de nulidade, contudo, iniciada tal negociação já eivada de “indícios de vulnerabilidade” não representa segurança ao andamento e validade da negociação. Logo, não tão democrático já que não acessível a qualquer cidadão.

Outrossim creditar todo êxito dos negócios, em especial os atípicos, na boa-fé e lealdade processual e no autorregramento é fechar os olhos para a realidade social e judiciária do país.

Caráter público do processo e da tendência à contratualização

O processo consiste em uma relação jurídica resultante do vínculo formado por determinadas pessoas em razão da existência de certo fato que produziu efeitos e que, portanto, será regida por uma norma jurídica. Desta forma, tal relação apresenta elemento material e formal, material decorrente do vínculo entre as partes e o juiz e formal porquanto necessária a regulamentação legal, o que inevitavelmente produzirá mudanças ante as novas situações que surgirão para os envolvidos.

Logo, nota-se que o processo visa atender à um objetivo, qual seja nas palavras de Humberto Theodoro Júnior¹¹: “a composição do litígio a ser feita mediante **definição e aplicação da vontade concreta da lei pelo juiz**.” (grifo nosso).

Igualmente, nota-se que a tarefa de solucionar conflitos foi atribuída à um julgador que representa o poder de julgar do Estado, função esta essencial ao próprio Estado e à sociedade.

Assim, a partir do momento em que tal tarefa foi compreendida como poder e função do Estado, o processo deixou de ser regido e caracterizado tão somente pela vontade das partes.

Desta feita, consiste o processo em um instrumento da jurisdição, uma vez que é através deste que o Estado se manifesta com fito de aplicar e validar o ordenamento jurídico que para tanto, necessita da provocação, da iniciativa do particular, mas não pode estar ao “livre manuseio” deste. Nesse sentido, é abordagem de Luiz Guilherme Marinoni¹²:

O processo requer o interesse das partes, mas a jurisdição, que nele se exprime, é fundamental ao Estado. Portanto, o que se evidenciou é que a solução dos conflitos depende da força do Estado, isto é, da jurisdição, em relação à qual os litigantes estão submetidos. O processo não é um mero contrato ou um meio através do qual as partes, a partir da autonomia privada, exercem os seus direitos. O processo é colocado pelo Estado à disposição das partes, mas bem sabem elas que estão submetidas ao poder jurisdicional, dele não

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil e processo de conhecimento*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 332.

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, 2. ed. rev., atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 424.

podendo escapar (imperatividade e definitividade da jurisdição).

Portanto, objetiva o Estado resolver os conflitos por meio da promoção do chamado império do direito e assim, cabe ao juiz decidir de forma imperativa sobre o litígio e resguardar a integridade das relações sociais em sua essência. Em suma, o processo é instaurado em razão da provocação da parte, mas também visa permitir a atuação do ordenamento jurídico, que expressa de todas as formas o poder estatal.

O processo é instaurado em razão de um litígio, mas em que pese nascido deste não pode se confundir com este, que por sua vez consiste no direito material de delineamento privado. O processo é autônomo em relação ao direito material e tem natureza pública.

Válido mencionar que anterior a caracterização pública do processo, esse era tido como um mero negócio entre as partes, trava-se de uma espécie de contrato judicial em que não havia a distinção entre o direito material e processual e o procedimento servia exclusivamente para atender ao direito material violado, logo, importava apenas a iniciativa e vontade dos particulares, sendo o juiz, por vezes, figura inerte de função não crucial.

Dada a “publicização” do direito processual, o magistrado passou de mero expectador à sujeito ativo do processo, cabendo-lhe aplicar a norma jurídica, impulsionar o feito (princípio da oficialidade), determinar diligências, colher, apreciar e valorar provas, dentre outras prerrogativas, questões que até então só eram possíveis quando alegadas pelas partes. Tais prerrogativas processuais integram o exercício do denominado princípio inquisitivo, referência ao processo inquisitivo, no qual as funções de acusar, defender, recolher provas e julgar concentravam-se em um único órgão, qual seja, o juiz.

O movimento em prol do caráter público do processo iniciou-se com o código austríaco de processo civil e a influência de Franz Klein, cujas regras consagravam a prevalência do interesse público, o publicismo do processo, os poderes instrutórios do juiz, a busca da verdade e a promoção da efetiva paridade de armas no processo. Visava neutralizar a liberdade demasiada das partes, dando-lhes

apenas a função de provocar o exercício da jurisdição e ao magistrado foi outorgado o poder de impulsionar o procedimento.

Influência europeia que se fez presente na legislação processual brasileira, reforçando o protagonismo do juiz, seus poderes instrutórios e o poder estatal como características marcantes da atividade jurisdicional no Brasil.

O CPC 2015 ao instituir uma cláusula geral de negociação processual, passa a permitir acordos procedimentais e outras convenções processuais não previstas expressamente, ou seja, os negócios processuais atípicos, ampliando de forma demasiada a atuação dos particulares no processo, fortalecendo e expandindo a incidência do princípio dispositivo de forma que aparenta caminhar novamente para a contratualização do processo, que dada certa análise pode representar um retrocesso. O professor Bruno Garcia Redondo¹³ afirma:

O sistema do Código de 2015 é baseado, portanto, em premissas profundamente diferentes das que imperam durante a égide do Código de 1973: ampliação dos poderes das partes para a adequação do procedimento e preponderância da vontade das partes, sobre a do juiz, no que tange à disposição sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. (grifo nosso).

Segundo a nova doutrina processual, por convencionar (art. 190) deve-se entender negociar, conforme aponta Fredie Didier Jr.¹⁴: “Embora o legislador tenha usado o verbo “convencionar” no caput e no parágrafo único, a cláusula geral permite negócios processuais, gênero de que as convenções são espécies.”. Por negócio, tem-se a autorregulação de interesses que confirma o princípio da autonomia da vontade, que por sua vez rege com imperatividade as relações privadas. Dentre tais relações o instrumento de “autorregulação” da expressão de vontade mais comum é o contrato. Aqui vale citar o que

13 CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais, 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPovm, 2016, p. 363.

14 DIDIER, op. cit., p. 384.

leciona Hans Kelsen¹⁵ sobre o contrato:

A transação típica do direito civil é o contrato. Ele consiste nas declarações de vontade de dois ou mais indivíduos. As declarações das partes contratantes são dirigidas a certa conduta dessas partes. A ordem jurídica pode, mas não precisa, prescrever uma forma especial para essas declarações. Mas as partes devem sempre, de algum modo, expressar a sua vontade. Caso contrário, o fato de ter sido feito um contrato não poderia ser estabelecido num processo jurídico, especialmente pelos tribunais; e apenas os fatos que podem ser estabelecidos num processo jurídico tem importância jurídica. (grifo nosso).

Dadas tais propensões, antes mesmo da introdução da citada cláusula de negócios processuais atípicos, alguns doutrinadores apresentavam-se contrários a existência dos negócios processuais. Para Cândido Rangel Dinamarco¹⁶, por exemplo, não é possível considerar a existência de negócios processuais, pois os efeitos dos atos processuais resultam sempre se lei, e não da vontade e segue:

Os atos processuais das partes não teriam efeito da livre autorregulação, que é própria dos negócios jurídicos, justamente porque os efeitos são impostos pela lei. De igual modo, os atos do juiz não teriam o efeito da livre autorregulação, já que ele não dispõe para si, nem pratica atos no processo com fundamento na autonomia da vontade, mas no poder estatal de que é investido.

Explicação na qual se ratifica o que foi acima conjecturado, já que para Dinamarco o negócio é ato de autorregulação de interesses que firma o princípio da autonomia da vontade e assim pressupõe que seus efeitos sejam o exato querer das partes, o que muito coaduna com a lição de Hans Kelsen sobre o contrato.

Certo que a nova roupagem dada aos negócios processuais está associada à ideia de flexibilização procedural e a tutela

15 KELSEN, Hans; tradução Luís Carlos Borges, Teoria Geral do Direito e do Estado, ed. 4, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 204.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484.

jurisdicional diferenciada em que aos particulares é possível adaptar o procedimento às exigências impostas pelo direito material ao caso concreto afim de que a tutela seja efetiva. Contudo, há doutrinadores como Daniel Amorim Assunção Neves¹⁷ que argumentam que a cláusula geral de negociação pode ou não estar associada à ideia de tutela diferenciada, já que para ele: “ainda que as partes pretendessem modificar o procedimento no caso concreto poderiam fazê-lo independentemente de tais mudanças estarem voltadas às exigências do caso concreto”, e explana:

Por isso não concordo com parcela doutrinária que, apesar de reconhecer a opção legislativa, entende que, diferente do previsto em lei, o acordo não depende de especificidades na causa, bastando que seja conveniente às partes. Trata-se de uma opção legislativa, consciente ou não, acertada ou não, mas ainda assim, uma opção legislativa, que não pode ser simplesmente ignorada pelos operadores do Direito. [...]

Trata-se, portanto de uma limitação ao poder das partes de modificarem o procedimento, porque se não houver qualquer especialidade na causa que justifique a alteração procedural, não terá cabimento tal acordo e o juiz deverá anulá-lo.”.

Defende que, em que pese as partes possam estipular mudanças no procedimento, unicamente por ser esse o sentido do acordo firmado entre elas, a real intenção do legislador com a inserção da mudança no Novo Código não foi a de consagrar a vontade livre das partes, mas sim uma vontade justificada, condicionada a uma adequação procedural que atenda a eventuais peculiaridades do caso concreto e que em nenhuma hipótese o acordo poderá ter como objeto uma posição jurídica do juiz, independentemente de qual seja ela. Ainda assim, ressalva que a insegurança trazida pelo art. 190 à prática forense não é desprezível, cabendo aos interpretes adotar, em especial quanto aos limites desses negócios, a posição mais unitária possível.

Logo, para tais estudiosos, a possível perda do caráter público do processo não é uma realidade, uma vez que não concorda com 17 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 321.

o entendimento que afirma que as especificidades da causa nada mais são do que as circunstâncias que os particulares elegem como relevantes para determinar mudanças no procedimento previsto em lei e que concordar com tal entendimento é dizer que a norma será letra morta, já que o procedimento diferenciado não decorre da vontade das partes, mas sim da realidade que deve ser objeto de análise pelo magistrado.

Todavia, não parece ser esse o entendimento dominante na doutrina, mesmo para os que dizem ser cláusula geral de negócios processuais e a ampliação dos negócios típicos a representação dos mais diversos benefícios sociais e jurídicos e para esses a perda do protagonismo do juiz e publicismo do processo representa uma revolução.

Doutrinadores como Alexandre Freitas Câmara, Daniel Mitidiero, Sérgio Arenhart, José Carlos Barbosa Moreira, Vicente Grego Filho, ainda que não usem claramente o termo contratualização reconhecem tal tendência no Novo Código por meio da ampliação da possibilidade de acordos processuais e reforçam a cautela que se deve ter com eles para que não se converta o processo civil em mero instrumento privado de solução de litígios e remontam ao que foi exposto no início do primeiro tópico. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁸ afirmam:

A tendência do processo à sua privatização, evidenciada, dentre outras figuras, pela ampliação da possibilidade dos acordos processuais, é comum em países nos quais o processo civil está atrelado a litígios privados: França, Itália, Alemanha e outros países que desenvolvem, de modo separado, a análise da Justiça Civil, da Justiça Administrativa e da Justiça Tributária, por exemplo, tendem a ligar a atividade da Justiça Civil à solução do litígio das partes e a função da Justiça “Pública” à atuação do Direito. [...]

A primeira leitura dos dispositivos do Novo CPC que tratam de contratos processuais parece indicar uma tentativa de trazer para o processo a ideologia e as linhas mestras da arbitragem [...]. Essa privatização do processo civil simplesmente desconsidera todos os outros compromissos da jurisdição com seus mais elevados fins. Ao

18 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 535.

eleger a tutela do interesse das partes como primordial, o Código menospreza todos os outros valores que conformam o Estado e a atividade jurisdicional.

Evidente a necessidade e importância de se possibilitar às partes a participação no processo em busca de efetiva resolução de seus conflitos e na busca real de suas pretensões, mas é preciso reconhecer que tais concessões normativas não podem ser tidas como regra e permissivo geral de forma a possibilitar que o particular passe a ditar aquilo que o Estado deve ou não fazer. O ideal é que se prestigie de forma proporcional a autonomia das partes e a função estatal do processo para que não se retorne ao modelo de processo paritário, em que o juiz assume um papel passivo e as partes ditam os rumos da lide. Deve-se prezar pela cooperação, em que cada participe tem papel fundamental para chegar a uma prestação jurisdicional justa e digna.

Considerações Finais

Da breve pesquisa pode-se concluir que com as inovações trazidas pelo CPC 2015 aos negócios processuais, sem dúvidas haverá, ainda que mínima, uma intervenção na atuação do juiz quando em processos em que estejam presentes os negócios processuais, que a depender do que foi celebrado pode ou não ser benéfico à atividade jurisdicional.

De mesmo modo é possível notar a tendente contratualização quando o Código possibilita, claramente, que as partes estipulem em contrato a forma que deverá ser obedecida pelo procedimento judicial e em consequência pelo processo, porquanto diante de uma concessão normativa para a elaboração de contratos ou negócios processuais que, de fato, podem ser bastante explorados pelas partes e seus advogados.

Surge assim a urgente necessidade em se consolidar um entendimento sobre os negócios processuais, principalmente sobre quanto as peculiaridades, efeitos e limites da cláusula geral de

negócios processuais, de forma que esta possa realmente representar a concretização de princípios e aspectos salutares a atividade jurisdicional como a celeridade, a democratização e cooperação.

Referências

CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais, 2. ed. rev., atual. e. ampl. Salvador: JusPovm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro, 2. ed., rev. atual., São Paulo: Atlas, 2016.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Revista Eletrônica de Direito Processual. REDP. Rio de Janeiro, v. 13, p. 733-749, 2013. Disponível em:< <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11932>>.

DIDIER Jr, Freddie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 18. ed., Salvador: Jus Podivim, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adequação procedural. Revista do GEDICON, v. 2, dez., 2014.

KELSEN, Hans; tradução Luís Carlos Borges. Teoria geral do direito e do Estado, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, 2. ed. rev., atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 22, p. 58-72, 2003. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_58.pdf>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 13. ed., rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil e processo de conhecimento*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013.