

FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – LIMITES E CONTROLE: BREVES PONDERAÇÕES

*Rossana Teresa Curioni Mergulhão**

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015, seguindo tendências do direito inglês (*case management*) e francês (*contrat de procédure*), assim como dos Estados Unidos e Portugal, criou uma cláusula geral de negociação processual, que pode ter como objetivo as situações processuais das partes, o procedimento e a fixação de um calendário procedimental.

Através desse instituto, negocia-se sobre o processo, alterando suas regras (GAJARDONI, 2008, p. 215) e não sobre o objeto litigioso, pois nesse último caso estaríamos diante de autocomposição.

*Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE-Bauru. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professora das Faculdades Integradas de Bauru. Juíza de Direito da Primeira Vara Cível de Bauru-SP. Presidente do Colégio Recursal da 32ª Circunscrição Judiciária do Estado de São Paulo. Juíza Corregedora dos Ofícios de Registro Imobiliário da Comarca de Bauru/SP. Juíza Formadora da Escola Paulista da Magistratura.

O estatuto processual revogado já admitia às partes, de forma mais tímida, a possibilidade de influir sobre os atos processuais, procedimento, poderes, deveres e faculdades, como no caso de convenção sobre o ônus da prova (art. 333, parágrafo único, CPC/73). No entanto isso era admitido em situações específicas, expressamente revistas em lei, ou seja, negócio processual típico. A publicização do processo apresentava-se como óbice às partes, quanto à possibilidade de negociação sobre o processo, de forma geral e aberta.

O atual código processual autoriza de forma mais genérica, a negociação processual – negócio processual atípico, modificando o panorama e ampliando muito os poderes das partes, nesse aspecto. Assim, ao lado das hipóteses de negociação típica, instituiu negociação atípica.

Esse direito das partes, porém, sofrerá o controle judicial, de ofício ou a requerimento, para coibir abusos (parágrafo único art. 190 CPC).

A inovação traz alguns questionamentos, como a extensão desse poder das partes e do controle judicial.

2 FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

O sistema processual brasileiro sempre foi objeto de preocupação do Estado e por isso, este a todo tempo acabou por regulamentar as regras processuais, criando prazos para apresentação da defesa, para a interposição de recursos e demais atos a serem praticados (MONTENEGRO FILHO, 2015).

A flexibilização procedimental não importa na renúncia ou negação à forma, mas sim uma proposta para que o processo se torne um espaço de diálogo e reflexão. Pretende-se acabar com os atos processuais desnecessários e não com o formalismo, visando maior efetividade.

Como o processo não existe sem o procedimento, o aplicador do direito é forçado à adoção da mesma forma, ainda que esta não seja adequada, por melhor que se apresente a norma abstrata, ela não foi criada para a solução específica do caso concreto.

Para Bedaque (2011), nos dias atuais não é mais admitido um procedimento único, sem qualquer flexibilidade, pois cada litígio possui a sua complexidade, exigindo-se, portanto, providências diversas, a fim de obter o resultado do processo. Porém, em se tratando de norma de ordem pública, o rito é im-

posto por força do comando legal para o caso concreto, não podendo as partes optar livremente por outro a ser seguido. Neste caso, as partes terão que acatar o rito determinado por força de lei.

Destarte, a flexibilização do procedimento vai de encontro à efetividade que se espera do processo, no que diz respeito à realização do direito material e da outorga de justiça, pois quanto maior a participação democrática das partes no processo, maior legitimidade ganhará a decisão final.

As partes podem participar do processo além do modo tradicional, podendo influenciar na formação do procedimento (ALVÁRO DE OLIVEIRA, 1999).

O Código de Processo Civil de 1973 não permitia a flexibilização, da forma como prevista no novo estatuto processual, portanto, não era possível sugerir qualquer tipo de adaptação do procedimento além das hipóteses especiais previstas pelo legislador.

Nesse sentido, Rios Gonçalves (2016, p.309) preceitua que:

O CPC de 1973 era bastante tímido ao atribuir poderes às partes a influir sobre os atos processuais, sobre o procedimento e sobre seus poderes, faculdades e deveres processuais. Admitia-se a convenção sobre o ônus da prova (art. 333 parágrafo único), sobre a suspensão temporária do processo e sobre o adiamento de audiência.

A inclusão da flexibilização do procedimento no ordenamento brasileiro acompanha uma disposição que já vem sendo seguida por outros sistemas jurídicos, como nos Estados Unidos, Inglaterra, França e Portugal (GAJARDONI, 2008), com riscos decorrentes da ampla liberdade, por outro, temos o benefício de vivermos a experiência de ter cada processo individualmente moldado aos contornos reais do caso concreto.

O atual Código de Processo Civil, no seu artigo 190, contempla a hipótese de flexibilização do procedimento por meio de convenção entre as partes, que poderão “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, bem como o artigo 191, que traz a inovação da calendarização.

Nesse sentido, Neves (2015, p.170) leciona que,

As partes não terão, portanto, a mesma liberdade que têm na arbitragem, quando podem livremente determinar o procedimento a ser observado, mas já é um avanço as partes poderem contribuir com o juiz na tentativa de adequar o procedimento às exigências do caso concreto.

Ramia Duarte (2014) explica que a adequação do procedimento possibilita um julgamento mais efetivo, regido pela vontade das partes e consonância com princípio do devido processo legal.

Quanto à extensão, questão que levanta questionamentos, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) emitiu dois enunciados, 36 e 37. O primeiro estabelece:

A regra do art.190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como: a) limitem seus poderes de instrução ou sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso do *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.

Já o enunciado 37 estabelece:

São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.

Os dois enunciados servem como parâmetros, pois mostram que não é possível negociar sobre poderes e deveres do juiz ou do Tribunal, nem sobre os atos processuais que repercutam sobre eles, bem como, criar negociações que violem as garantias constitucionais das partes (RIOS GONÇALVES, 2016).

No que tange aos Juizados Especiais, regidos pelos critérios de celeridade e informalidade, não restam dúvidas de que a flexibilização está presente, especialmente reforçada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Os negócios jurídicos processuais, dessa forma, traduzem um traço mais democrático ao processo, pois importam no reforço de princípios como a cooperação, a boa-fé e a lealdade processual.

Merece destaque a lição de Bedaque (2011, p.437):

Liberdade não significa insegurança para as partes, nem arbítrio do juiz. Representa, simplesmente, inexistência de rigidez e previsão legal de padrões flexíveis, segundo as especificidades da situação, sem que isso implique violação às garantias do devido processo constitucional.

Conclui-se que a adequação do procedimento ao caso concreto, tende a dar ao rito maior eficiência, com bons resultados e em tempo menor do que ocorreria se na hipótese levada em juízo fossem aplicadas as regras do procedimento comum. Com isso, as regras procedimentais, deixam de ser rígidas e contribuem para a melhor prestação da tutela jurisdicional.

3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

A teoria dos negócios jurídicos foi fundamentadamente desenvolvida tendo por objeto relações jurídicas de direito privado. E essencialmente é nesse âmbito que se manifesta a grande maioria dos negócios jurídicos, guiados pela autonomia privada, os envolvidos criam, modificam ou extinguem relações de direitos.

No entanto, o negócio jurídico processual pode ocorrer também nas relações jurídicas processuais, menos recorrentes, por intermédio do qual podem ser criadas, extintas ou modificadas relações de direitos na seara processual.

Reale (2002, p. 208-209), conceitua negócio jurídico como:

É espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração *expressa da vontade*, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico.

Tartuce (2014, p. 262), preceitua que:

Esse instituto pode ser conceituado como sendo toda a ação humana, de autonomia privada, com a qual os particulares regulam por si os próprios interesses, havendo uma composição de vontades, cujo conteúdo deve ser lícito. Constitui um ato destinado à produção de efeitos jurídicos desejados pelos envolvidos e tutelados pela norma jurídica.

No Direito Processual, os negócios jurídicos se qualificam não pela circunstância de serem praticados durante a relação processual, mas sim porque são declarações de vontade voltadas à produção de efeitos no processo, ainda que este ainda não se tenha instaurado.

Na vigência do antigo Código de Processo Civil, havia debate entre os doutrinadores, se seria possível ou não a realização de negócios jurídicos processuais, diante da ausência de previsão expressa, como Cândido Rangel Dinamarco, Daniel Mitidiero e outros.

Entre os defensores da existência do negócio jurídico processual no CPC/73, Neves (2016, p. 579), preceitua que:

Apesar da divergência doutrinária a respeito da admissão de negócios jurídicos processuais, já no CPC/1973 existiam várias passagens que os consagravam de forma expressa, realidade mantida e ampliada no Novo Código de Processo Civil.

Greco (2008, p. 303-304), arrola algumas hipóteses, como a possibilidade de substituição do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); 2) a substituição do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário (art. 42, § 1º) 3) o reconhecimento do pedido (art. 269, inciso II); 4) a transação judicial (arts. 269, inciso III; 475-N, incisos III e V, e 795, inciso II); 5) a suspensão do processo por convenção das partes (art. 265, inciso II; e 792) etc.

Alguns processualistas sustentam que o estatuto processual de 1973 possibilitava a criação de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, em virtude do artigo 158 que dispunha: “Os atos das partes, consistente em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

Segundo Nogueira (p.141, *apud* TUCCI, 1977, p.191):

Introduziu-se um regime geral dos atos processuais, dentro do qual se buscou uma definição ampla dos atos das partes (art.158), que permite, por si só, justificar a presença de negócios processuais praticados pelas partes.

Ataíde Júnior (2015, p. 393-423), a respeito da celeuma, assim se posiciona:

Apenas na área de abrangência das normas cogentes (proibitivas ou impositivas) – que se afiguram como um limite geral de validade dos negócios jurídicos – que é sobremaneira reduzido por disposições como a do art.191 §1, CPC/2015, que permitem a convenção sobre questões que antes eram tratadas por normas impositivas, como aquelas relativas aos prazos peremptórios.

O Código de Processo Civil de 2015 insere no artigo 190, uma cláusula geral, da qual se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual, ou seja, permite, assim, a realização de negócios jurídicos atípicos (DIDIER, 2015).

A partir do referido artigo, é possível a realização de negócios jurídicos processuais atípicos, isto permite que as partes possam, portanto, negociar sobre o procedimento, bem como convencionar sobre quaisquer ônus, faculdades, direitos e também deveres no processo.

Nas palavras de Nogueira (2017, p. 226):

O advento do CPC/2015 significou um extraordinário avanço, no direito brasileiro, para expansão das possibilidades de negociações sobre o processo. Criou-se uma cláusula geral de negociação sobre o processo (art.190) ao lado da regra que estipula eficácia imediata dos atos e negócios processuais celebrados pelas partes (art. 200). Além disso, foram positivadas diversas modalidades de negócios processuais típicos.

A inovação inserida no ordenamento o negócio jurídico processual certamente é capaz de propiciar um melhor rendimento ao processo, de qualidade e tempo de duração. Está inserida no contexto da ideia de cooperação, que permeia todo o novo código, e que deve ser entendida como a necessidade de que haja esforço de todos os envolvidos na atividade processual, para que o resultado eficaz seja alcançado em tempo razoável.

Podemos identificar que o Código de Processo Civil de 2015 vai mais adiante que o estatuto processual de 1973, pois concede às partes uma maior autonomia, lembrando que esta não deve ser utilizada apenas como forma de exercitar a criatividade e sim alterar as regras criadas pelo legislador para que se adequem a cada caso concreto, dando efetividade e racionalidade, com o objetivo de trazer resultados relevantes ao processo.

Na mesma linha, Greco (2007, p. 7) leciona que as partes:

Como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio, e em certas circunstâncias, estão mais habilitadas que o próprio julgador a adotar decisões sobre seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública.

Dessa forma, é possível concluir que o instrumento do negócio jurídico processual, colocado à disposição das partes, permite uma visão mais democrática do processo. Uma forma de diálogo entre as partes em busca do melhor rito, economia e celeridade processual em máxima comunhão, modelando o procedimento conforme as necessidades do caso concreto, em consonância com o princípio da cooperação.

Tal comunhão necessita e obriga as partes a seguirem os princípios basilares dos negócios processuais, quais sejam, cooperação, boa-fé e a lealdade processual, resultando numa prática corriqueira e extremamente promissora do ponto de vista da evolução da cidadania.

4 LIMITES DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A priori, deve-se levar em consideração que o processo nasce a partir de um ato da vontade da parte, no intuito de buscar uma solução para um determinado litígio, no entanto, a liberdade conferida as partes enseja prudência, a fim de evitar que o processo se torne ineficaz.

É possível verificar que o autorregramento da vontade é muito valorizado no Código de Processo Civil vigente, tendo em vista a possibilidade de as partes autorregrem o procedimento, criando os negócios jurídicos processuais.

Embora o atual Código tenha ampliado a autonomia dos litigantes, é preciso observar que o autorregramento da vontade sofre também limitações. Assim, iremos verificar os limites impostos.

Segundo Nogueira (2017, p. 161 *apud* GRECO, 2008, p. 290-292):

Examinando a autonomia da vontade no tocante aos atos processuais dispositivos, apresenta três limites: i) a disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; ii) o respeito ao equilíbrio das partes e na paridade de armas; iii) a observância das normas fundamentais do processo.

Em relação à disponibilidade do direito material posto em juízo, em tese, é possível celebrar negócios jurídicos processuais, mesmo quando se tratar de direitos indisponíveis (NOGUEIRA, 2017).

O segundo limite, o respeito ao equilíbrio das partes na paridade de armas, nos permite concluir que não é possível às partes celebrarem negócios jurídicos processuais, em que haja tratamento desigual de uma em relação à outra (GRECO, 2008).

Por fim, a última limitação sobre a observância das normas fundamentais do processo impõe às partes respeitar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, entre eles o do devido processo legal.

Dessa forma, a liberdade permite, no ambiente processual, ao lado da autonomia privada, a incidência da igualdade no processo. Enquanto que a autonomia privada possibilita as partes de se autorregrem, esta mesma ordem jurídica deve ser dotada de meio idôneos para que possam agir no processo em posição equilibrada.

4.2 LIMITES À LIBERDADE DAS PARTES

Não há dúvidas de que o Código de Processo Civil ampliou a liberdade das partes, permitindo maior democratização em relação ao procedimento, desta forma, o artigo 190 do Código atual tem uma enorme importância, porém, também traz limitações quanto à celebração dos Negócios Jurídicos Processuais. Além do próprio artigo, existem outras causas que limitam a liberdade das partes no momento da celebração do negócio.

A priori, os negócios jurídicos processuais têm por finalidade moldar o procedimento em benefício mútuo das partes, ou seja, só podem convencionar sobre suas situações jurídicas. Não se admite que convencionem sobre ônus, poderes, faculdade e deveres do Estado-Juiz.

Os negócios jurídicos processuais não podem violar as normas fundamentais do processo, como, por exemplo, a duração razoável do processo; a inércia do Poder Judiciário, bem como garantias constitucionais do processo.

O artigo 5º do Código de Processo Civil dispõe que “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”, desta forma, resta claro que as partes devem agir de forma honesta, proba, na celebração do negócio jurídico processual, não podendo as partes se afasta-

rem de seus deveres de boa-fé e lealdade processual, obrigando o juiz a aceitar todo tipo de barbaridades sem poder coibir ou sancionar tal comportamento, conforme também ressalta o Enunciado 06 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

As partes também não poderão convencionar a respeito do princípio da publicidade, de modo a criar hipóteses de segredo de justiça não previstos pelo Código, bem como, afastar tais hipóteses do caso concreto (NOGUEIRA, 2016).

Assim, pode-se dizer que a liberdade das partes no processo não é absoluta, tendo em vista que precisa respeitar as limitações previstas ao celebrar os negócios jurídicos processuais, para que mais a frente, não haja violação de garantia de qualquer uma delas, causando, um desequilíbrio processual.

Também resta claro que as partes não poderão celebrar negócios jurídicos processuais relativos a normas cogentes, como é o caso de admitirem produção de provas ilícitas; excluir a participação do Ministério Público nas hipóteses em que a lei exija sua participação; fixar prioridade de julgamento quando não previsto em lei; criar novos recursos ou ampliar as hipóteses de cabimento; modificar regras de competência absoluta (NEVES, 2016).

A doutrina aponta a liquidação por arbitramento (artigo 509, inciso I do Código de Processo Civil), como uma hipótese de negócio jurídico processual típico, tendo em vista que pode ser convencionado entre as partes. Entretanto, se no caso concreto o juiz entende que pode chegar ao valor por um simples cálculo aritmético, não será o acordo entre as partes que irá levá-lo a proceder à liquidação por arbitramento.

É por isso que Neves (2016, p.604) afirma que a liquidação por arbitramento é:

mais uma limitação imposta aos poderes das partes para celebrar negócios jurídicos processuais: as partes não têm o poder, mesmo que celebrem um acordo, de exigir do juiz uma conduta incompatível com a realidade. Ou mais precisamente, não podem impor ao juiz uma situação processual desnecessária ou que seja incapaz de gerar os resultados pretendidos pelo fenômeno processual objeto da negociação.

Destarte, ainda que o Código traga hipóteses para que as partes celebrem acordos, é preciso que a medida seja necessária no caso concreto, pois caso seja incapaz de produzir resultados estará violando o princípio da duração razoável do processo, bem como a economia processual.

Theodoro Júnior (2015, p. 470-471) sintetiza no sentido de que as partes devem limitar-se aos seus poderes processuais, sobre os quais tem disponibilidade, jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz.

(...) Assim, não é dado à partes, por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante. Tampouco é de admitir-se que se afastem negocialmente dos deveres cuja inobservância represente litigância de má-fé. Entre as hipóteses de útil aplicação do negócio jurídico processual, arrola-se o caso das intervenções atípicas de terceiro, por exemplo, a ampliação das hipóteses de assistência e da permissão de denúncia da lide, sucessiva e per saltum, que embora não autorizadas pelo Código, podem ser negociadas entre as partes, maiores e capazes, quando litiguem sobre direitos disponíveis. Afinal, as restrições que nessa matéria existem, decorrem da preocupação de não embaraçar o encaminhamento do processo para atingir a solução da demanda formulada pelo autor. Se este, no entanto, negocia livremente com o réu, permitindo que outros sujeitos venham a participar do debate e dos efeitos da prestação jurisdicional, não há razão para impedir essa ampliação subjetiva e objetiva do processo.

É oportuno ainda trazer à baila, o fato de que o artigo 190 do Código de Processo Civil prevê 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.”

É evidente, portanto, que as convenções processuais estão condicionadas a direitos que admitam autocomposição, deste modo, se faz necessária a análise desses direitos. Tem-se que destacar uma observação importante, não é possível confundir direitos que admitam autocomposição com direitos disponíveis (WAMBIER et al., 2016).

Os direitos que admitem autocomposição são mais amplos quando comparados aos direitos disponíveis, pois os direitos de autocomposição podem ser disponíveis, bem como indisponíveis, como, por exemplo, direito a alimentos. Desta forma, o Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, regulamenta “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

Nesse sentido, Neves (2016, p.590) ensina que:

Conforme entendimento doutrinária uníssono, o legislador foi extremamente feliz em não confundir direito indisponível com direito que não admita autocomposição, porque mesmo nos processos que versam sobre direito indisponível é cabível a autocomposição. Naturalmente, nesse caso a autocomposição não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação.

Destarte, conclui-se que até mesmo direitos indisponíveis, conforme o exemplo supracitado de alimentos, permitem a celebração de negócios jurídicos processuais, fixando valor, vencimento e forma de satisfação.

Também se admite a celebração de negócios jurídicos processuais, em relação a direitos difusos; ação civil pública. A indisponibilidade do interesse público não é um impedimento, pois é possível a celebração de um negócio jurídico processual que fortaleça a situação do ente público (NOGUEIRA, 2017).

Assim, quando o legislador se refere a direitos que admitam autocomposição, permite a transação de direitos disponíveis, bem como a direitos indisponíveis, desta forma, pode-se ter a participação direta e efetiva das partes, do Ministério Público e da Fazenda Pública.

Outro ponto a ser observado é sobre a necessidade ou não de participação de advogado no negócio jurídico processual, o qual é tido pela Constituição Federal como indispensável à administração da justiça e cuja atividade é regulamentada pela lei 8.906/94.

Não se ignora que o advogado tem um papel muito importante na sociedade, no sentido de prestar uma função social, de cuidar dos direitos das pessoas e de seus problemas, corroborando com os demais órgãos que possuem essa função. No entanto, o dispositivo do estatuto processual não exige a participação de procurador. Destarte, é possível concluir que a validade do negócio jurídico processual não depende da presença de advogado, entretanto, é recomendável a orientação deste, pois se trata de matéria técnica, que foge do conhecimento do leigo, pena de indício de entender-se indício de vulnerabilidade (Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Assim, pode-se compreender que o *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil não exige a participação do advogado na celebração dos negócios jurídicos processuais, todavia, a sua presença é aconselhável, pois, em

caso de sua ausência, há presunção de vulnerabilidade, o que pode ensejar a aplicação do parágrafo único do citado dispositivo, que teria por consequência a invalidade do negócio jurídico processual celebrado.

Em relação ao momento há entendimento no sentido de que não é possível falar em negócio jurídico processual sem que tenha um procedimento, isto quer dizer que, caso o negócio jurídico tenha em vista futuras demandas, não pode ser denominado de “processual”, será negócio jurídico sobre o processo (NOGUEIRA, 2017).

No tocante à celebração em momento anterior ao processo, a convenção pode ser realizada por meio de cláusula contratual, ou por meio de instrumento em separado, celebrado concomitantemente ou posteriormente ao contrato principal.

Gajardoni (2015, p.1244) afirma que:

As convenções pré-processuais, ordinariamente são celebradas em cláusulas contratuais específicas, inclusive no bojo dos próprios instrumentos contratuais atinentes à relação jurídica material (compra e venda, concessão, doação, distribuição etc.). Não há impedimento, todavia, para que a celebração se dê em instrumento contratual separado celebrado concomitantemente ou posteriormente ao contrato principal (artigo 4.º, § 1.º, da Lei n.º 9.307/1996).

Portanto, as partes poderão pactuar em momento anterior ao processo, para regular uma situação extrajudicial, ou para regulamentar uma eventual ação judicial envolvendo o contrato ou negócio que está sendo celebrado, como pacto antinupcial e o contrato de convivência (Enunciado 492 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O tempo da celebração do negócio jurídico também é importante para determinar qual legislação será aplicada, em caso de mudança legislativa, conforme Enunciado 493 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Entretanto, haverá a execução do pacto celebrado na vigência da legislação anterior, desde que seja viável, de forma a respeitar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Mas com a alteração da legislação, as partes poderão rever o negócio jurídico para ajustá-lo conforme a nova norma e a sua vontade.

O artigo 190 do Código de Processo Civil também admite a celebração do negócio jurídico processual durante o processo, ou seja, durante qualquer fase do procedimento. Nesse diapasão, Neves (2016, p. 587) leciona que,

Quando celebrado durante o processo, as partes podem fazer o acordo extrajudicialmente, apenas protocolando-o em juízo, como também podem celebrar o negócio jurídico na presença do juiz, em ato oral, como na audiência de instrução e julgamento e até mesmo na presença do conciliador ou mediador na audiência prevista pelo art. 334 do Novo CPC, já que tal acordo não depende de homologação judicial para gerar efeitos.

Assim, pode-se concluir que as partes não sofrem limitações quanto ao momento, pois os negócios jurídicos podem ser realizados de forma prévia ou incidental, ou seja, poderão ocorrer antes do ajuizamento da ação, ou até mesmo durante qualquer fase do procedimento, desde que seja situação jurídica individualizada e concreta, para que se identifique com precisão e clareza as hipóteses em que os efeitos do negócio jurídico processual irão incidir.

5 CONTROLE JUDICIAL – O PAPEL DO JUIZ NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Em razão do Código de Processo Civil, ter ampliado os negócios jurídicos processuais, criando a cláusula geral (artigo 190), necessário identificar o papel do juiz diante dos negócios jurídicos processuais.

Nos termos do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, é possível concluir que o controle das convenções será realizado pelo juiz posteriormente a sua celebração, limitando-se aos vícios de existência ou de invalidade, de ofício ou a a requerimento das partes (WAMBIER et al. 2016, p.401).

O juiz pode recusar a aplicação do negócio jurídico processual em contrato de adesão ou existindo manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes em relação à outra.

É evidente que o juiz está diretamente vinculado aos negócios jurídicos processuais, seja quando relacionados ao procedimento, ou quando diz respeito ao ônus, poderes e deveres processuais.

O controle judicial é possível, nos termos da lei. Surge questionamento sobre a necessidade de homologação pelo juiz dos negócios jurídicos celebrados entre as partes

Em regra, os negócios jurídicos processuais, típicos ou atípicos não dependem de homologação judicial. Assim ocorre em razão da autonomia das partes no processo.

Interpretando o artigo 200 do Código de Processo Civil vigente, pode-se concluir que as declarações unilaterais ou bilaterais das partes, produzem seus efeitos de imediato, desde o momento da sua prática.

Nogueira (2017, p. 231) leciona que:

Não há necessidade de homologação judicial para que a convenção celebrada entre as partes produza seus efeitos, já que, por força do art.200 CPC/2015, os atos materializados por manifestações de vontade produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de situações jurídicas processuais (simples ou complexas), dispensando-se qualquer ato homologatório do juiz para sua eficácia seja produzida.

Neste diapasão, o Enunciado 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que dispõe, “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art.190 não dependem de homologação judicial”.

No entanto, tal posicionamento não é pacífico. NEVES (2015/169) entende que a ausência de homologação impede que o acordo gere efeitos processuais.

Parece razoável entender-se que para toda regra, existe exceção, com isto é possível que a lei exija que haja a homologação do juiz, como é o caso do artigo 200, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que estabelece “A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial” (GAJARDONI, 2015).

Mas nada impede que as partes solicitem que o negócio jurídico processual seja submetido à homologação judicial, portanto, seja por determinação legal ou quando for convencionado pelas partes, a homologação do juiz constituirá condição de eficácia da convenção (NOGUEIRA, 2017).

Neste sentido o Enunciado 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, estabelece “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

Pela ideia do autorregramento da vontade, a participação do juiz para homologação dos negócios jurídicos processuais é a exceção, e não a regra, pois a liberdade das partes deve prevalecer. Por isso, não havendo norma expressa que exija a homologação judicial, deve-se aplicar o artigo 200 do Código de Processo Civil, que estabelece a plenitude da eficácia dos atos unilaterais e bilaterais praticados pelas partes.

Na condição de fiscal da validade dos negócios jurídicos processuais, o juiz poderá negar validade ou eficácia quando identificar vícios. Mas antes de invalidar a convenção, o juiz deve atender o disposto no artigo 188 do Código de Processo Civil, devendo saná-lo quando possível, para que assim possa se atender o princípio da instrumentalidade das formas.

O juiz poderá anular a convenção por meio de sentença, ou através de uma decisão interlocutória (NEVES, 2016, p. 605).

Assim, deve-se observar que o Código de Processo Civil de 2015 não previu recurso de agravo de instrumento contra decisão que nega validade ou eficácia ao negócio jurídico processual. De fato, o propósito do Código atual foi de reduzir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

No entanto, o artigo 1009, §1º do Código de Processo Civil dispõe que “As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

Diante do não cabimento do recurso de agravo de instrumento em face de decisão, a parte interessada poderá rediscutir a questão como preliminar ou contrarrazões de eventual apelação contra a sentença, ou caso a situação seja grave e urgente, de modo que não possa aguardar futura apelação, deve-se a parte interessada se valer do mandado de segurança, disposto no artigo 5º, inciso LXX da Constituição Federal.

Em suma, pode-se concluir que o juiz pode negar a validade ou a eficácia do negócio jurídico processual por meio de sentença, não restando dúvidas de que a parte que se sinta prejudicada pela decisão (*lato sensu*) poderá se valer do recurso de apelação.

No entanto, quando o juiz negar a validade ou a eficácia da convenção por meio de decisão interlocutória, entende-se que a parte interessada poderá rediscutir a questão em preliminar ou contrarrazões de eventual apelação interposta em face da sentença (art.1009, §1 do CPC), tendo em vista que o artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 restringiu as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Contudo, caso se trate de uma situação grave e urgente, que não possa aguardar a solução do processo, deverá ajuizar o mandado de segurança.

Por fim, se a convenção processual preencher os requisitos específicos do art.190 do Código de Processo Civil, bem como os requisitos gerais do artigo 104 do Código Civil, esta deve ser observada tanto pelas partes, bem como pelo Estado.

Como incentivo ao descumprimento do acordado, por uma das partes, é possível incentivar o descumprimento da cláusula ajustada através da criação de eventuais sanções na própria convenção processual, como por exemplo, aplicação de multa (GAJARDONI, 2015). Neste sentido o enunciado de nº 17 do FPPC.

Por conseguinte, ainda que com a sanção imposta, uma das partes deixe de observar o que fora convencionado, o juiz não pode reconhecer de ofício o descumprimento, devendo ser alegada na primeira oportunidade pela parte interessada. Nesse sentido, DIDIER (p. 391, 2015).

Reforçando o posicionamento adotado por Didier, o Enunciado nº 252 do Fórum Permanente de Processualistas Civis adverte que o descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento.

Levando em consideração a impossibilidade de reconhecer de ofício o descumprimento do negócio processual, os doutrinadores adotam como exemplo a convenção que verse sobre o não cabimento de recurso e sendo ele interposto, caberá à parte contrária nas contrarrazões alegar o não cabimento em razão da convenção, caso nada seja alegado, processa-se regularmente o recurso.

Conclui-se que caso a convenção processual celebrada pelas partes por meio do autorregramento de vontade seja inobservada por uma delas, o juiz somente poderá reconhecer de ofício, desde que haja esta possibilidade no acordo ou por determinação legal, caso contrário, caberá à parte interessada alegar na primeira oportunidade, sob pena de presumir-se renúncia ao negócio processual.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O negócio jurídico processual, como tratado pelo Código de Processo Civil de 2015 é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pela abertura concedida às partes, na flexibilização procedimental.

Sem dúvida gera um impacto no publicismo processual, pois a vontade das partes substituem a lei e passam a ter poder e autonomia para definir o modo de ser do processo.

Trata-se de instituto que mitiga o rigor do publicismo processual, segundo a doutrina, inaugurando uma fase de neoliberalismo processual, que abala inúmeros institutos processuais, a partir da entrada em vigor do novo estatuto processual, através do autorregramento das partes.

Pela natureza deste trabalho, impossível esgotamento do tema, porém, buscou-se algumas breves ponderações, quanto à sua inserção no ordenamento jurídico de forma mais ampla, permitindo a autonomia da vontade modificar o procedimento, bem como os limites dessa liberdade e o papel do juiz.

Cabe ressaltar que o tema trazido por meio de cláusula geral, não obstante desperte extremo interesse acadêmico, sua repercussão na prática é duvidosa e tal suspeita tem se confirmado, pois na lida diária, como Magistrada na Comarca de Bauru-SP, como titular da 1ª Vara Cível, desde a entrada em vigor do novo código processual, nenhuma situação concreta foi apresentada, quer para homologação, quer de forma incidental em alguma lide.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*. São Paulo, v.244, p.393-423, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria Geral do Processo Comentários ao CPC de 2015 Parte Geral*. São Paulo: Forense, 2015.

_____. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Disponível em: <www.revistaproces-sual.com>, 2007, v.1, p.7.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

REALE, Miguel. *Noções preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.