

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor de Direito Processual Civil
na Faculdade de Direito da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL

(Terceira Série)

1984

 editora
SARAIVA

CONVENÇÕES DAS PARTES SOBRE MATÉRIA PROCESSUAL*

1. Apresentação do tema. 2. A questão terminológica. 3. Distinção entre convenções processuais e declarações concordantes das partes. 4. O problema da admissibilidade de convenções fora dos casos previstos em lei. 5. Regime jurídico das convenções processuais. 6. Requisitos de validade. Condição e termo. 7. Nulidade e anulabilidade. 8. Efeitos das convenções processuais.

1. Entre os assuntos que no Brasil aguardam o interesse dos estudiosos figura sem dúvida o das convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual. Ao contrário do que ocorre noutros países — sobretudo na Alemanha¹ —, não só inexistem aqui trabalhos monográficos a tal respeito, mas também se mostra escassa a atenção que lhe dedicam os expositores do nosso ordenamento e os comentadores do Código de Processo Civil.

Não são tão raras, entretanto, as disposições legais que aludem a atos dessa natureza; e pelo menos a algumas delas é impossível deixar de reconhecer importância prática. Vejam-se, por exemplo, o art. 111, que trata da eleição convencional de foro; os arts. 265, n.º II, e 792, referentes a convenções de suspensão do processo; o art. 333, parágrafo único, relativo à convenção sobre distribuição do ônus da prova; o art. 453, n.º I, que prevê o adiamento da audiência por convenção das partes; o art. 606, n.º I, *fine*, atinente à escolha convencional do arbitramento como forma

* Trabalho publicado no volume de *Estudos jurídicos em homenagem a CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA*, e também na *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 40.

1. Bem conhecidas, entre outras, as monografias de SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, 1935, e de HANS-JÜRGEN HELLWIG, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Bonn, 1968. Substanciosa contribuição ao estudo do tema encontra-se também em BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin-Frankfurt am Main, 1957, p. 184 e s. As exposições sistemáticas do direito processual civil costumam versar a matéria com certa extensão: assim, por exemplo, ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13.ª ed., Munique, 1981, p. 379 e s. Na literatura italiana, vide, entre outros, CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de J. Guimarães Mengale, 2.ª ed., São Paulo, 1965, v. 1, p. 75 e s.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Pádua, 1938, v. II, p. 113 e s.; DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milão, 1959.

de liquidação da sentença. Mas há outros casos: sem pretensão de exaustividade, lembraremos os dos arts. 181 (convenção para reduzir ou prorrogar prazo dilatatório), 454, § 1.º, *fine* (convenção sobre divisão do prazo entre litisconsortes para falar na audiência), 677, § 2.º (convenção sobre a administração de estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, semoventes, plantações ou edifício em construção penhorados), 824, n.º I (convenção sobre indicação de depositário de bens seqüestrados), 1.031 (adoção convencional da forma do arrolamento para realizar partilha amigável), 1.113, § 3.º (convenção sobre alienação de bens em depósito judicial). À lista deve acrescentar-se o compromisso, pelo qual as partes acordam submeter o litígio a juízo arbitral (arts. 1.072 e s.).

A lei geralmente não se preocupa em fixar para semelhantes atos disciplina completa. Contenta-se em regular — quando o faz! — pontos específicos: assim, v.g., o art. 111 e seu § 1.º estabelecem certos requisitos para a convenção de eleição de foro, e o § 2.º esclarece um aspecto de sua eficácia (extensão aos herdeiros e outros sucessores das partes); o art. 333, parágrafo único, restringe a validade da convenção sobre distribuição do ônus da prova, excluindo-a quando “recair sobre direito indisponível” (n.º I) ou “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” (n.º II). Em regra, todavia, nem sequer essas breves e lacunosas indicações se encontram no texto. Faz-se necessário suprir a omissão legal com referência a diversas questões relevantes.

Como bem se compreende, o tratamento exaustivo da problemática demandaria estudo de proporções incompatíveis com a natureza do presente trabalho. Aqui só nos é possível alinhar sintéticos apontamentos sobre os principais tópicos. Antes, porém, seja-nos permitido registrar algumas observações de caráter terminológico.

2. Na moderna doutrina alemã generalizou-se, para os atos de que estamos tratando, a denominação *Prozessverträge*², que se traduz literalmente por “contratos processuais”. Se se deve ou não considerar apropriado o *nomen iuris* é questão que depende da maior ou menor extensão conceptual atribuída à palavra “contrato” — ponto em que notoriamente variam as atitudes doutrinárias.

Não sofre dúvida que se está diante de atos constituídos por duas declarações de vontade. Têm elas aqui, todavia, conteúdo *igual*; não caberá, pois, falar em contrato, caso se parta da premissa de que é essencial a esta figura serem *diversas* (embora correspondentes) as declarações de vontade³.

2. No século passado falava KOHLER de *prozessrechtliche* (ou *prozessualische*) *Verträge*: vide o ensaio *Über prozessrechtliche Verträge und Kreationen*, datado de 1887, agora in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Aalen, 1969, reimpressão, p. 127 e s.

3. Assim, v.g., LEHMANN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 7.º ed., Berlim, 1952, p. 137, 212.

Outros escrúpulos terminológicos podem buscar fundamento na idéia de que se deve reservar o termo "contrato" para atos de conteúdo patrimonial. A semelhante entendimento aderiu o *Codice civile* italiano de 1942, cujo art. 1.321 contém esta definição: "*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*". Mas também no Brasil há quem se incline para essa posição ⁴.

A expressão "contrato processual" não é contraditória na literatura pátria ⁵. Tem-se antes falado de "avenças" ou "acordos processuais" ⁶. A essas maneiras de dizer parece-nos preferível a locução "convenções processuais", de cunho mais técnico e, sobretudo, mais aderente à linguagem do Código, que usa "convenção" nos arts. 111, 181, 265, n.º II, 333, parágrafo único, e 453, n.º I, bem como palavras cognatas dessa noutros dispositivos (arts. 454, § 1.º, 606, n.º I, 656, 792, 1.028, 1.031, n.º I, 1.113, § 3.º).

3. Constituída embora por duas declarações de vontade, a convenção processual é ato *uno*: emitidas que sejam, as declarações fundem-se para formar entidade nova, capaz de produzir efeitos específicos. Desse fenômeno importa distinguir aquele que se verifica quando a lei subordina à concordância de um dos litigantes a possibilidade de deferir o juiz requerimento formulado pelo outro ⁷. Exemplos típicos são o da modificação do pedido ou da causa de pedir, que, após a citação, depende do consentimento do réu (art. 264, *caput*), e o da desistência da ação, subordinado a esse mesmo consentimento desde o término do prazo para a resposta (art. 267, § 4.º). Mas o Código de Processo Civil contempla uma série de situações análogas, v.g. nos arts. 42, § 1.º, 392, parágrafo único, 719, parágrafo único, 722, 783 etc.

A diferença essencial entre os dois grupos de figuras consiste em que, nas do segundo, as declarações sucessivas não são dirigidas por uma parte

4. Por exemplo, ORLANDO GOMES, *Contratos*, 8.ª ed., Rio de Janeiro, 1981, p. 10, 11.

5. AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 1.º v., 9.ª ed., São Paulo, 1981, p. 288, refere-se em todo caso a atos "contratuais", para designar as "declarações bilaterais expressas de vontade", exemplificando com a eleição de foro, a conciliação e a transação — figuras, aliás, heterogêneas, na medida em que a primeira concerne *ao processo*, e as outras duas *à lide*.

6. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, 8.ª ed., São Paulo, 1981, p. 318 (onde também se emprega o termo "convênios"); HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Processo de conhecimento*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1981, t. I, p. 281.

7. A distinção é corriqueira na literatura alemã: para não multiplicarmos sem necessidade as citações, vide SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, p. 27-8, e ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, p. 381. Mas também na Itália, e de longa data, vem ela sendo registrada: já a expunha com toda a clareza CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Nápoles, 1965, reimpressão, p. 105, 739; cf., mais recentemente, DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, p. 126-7; SEGNI, *Procedimento civile*, verbete in *Nuovo Digesto Italiano*, v. X, agora in *Scritti giuridici*, Turim, s.d., v. I, p. 84 e nota 2.

à outra, nem se fundem num ato uno: há sempre dois atos distintos e unilaterais, dirigidos ao órgão judicial. Impossível, assim, identificar af num acordo de vontades a fonte dos efeitos a cuja produção se visa: deferido o requerimento pelo juiz, é à *decisão* deste que se liga a eficácia. Nem apaga a distinção a circunstância de que, em certos casos, pode a convenção das partes necessitar também de um ato do juiz que atue praticamente o avençado: assim, por exemplo, na hipótese do art. 453, n.º I, em que compete ao órgão judicial, como é óbvio, designar novo dia e hora para a realização da audiência. E pouco importa que a lei use o mesmo verbo (homologar) a propósito de verdadeiras convenções, como a do art. 677, § 2.º, e da desistência da ação (art. 158, parágrafo único), quiçá dependente da concordância do réu. Descabe aqui perquirir se “homologar” é palavra de sentido unívoco ao longo do texto legal: as dessemelhanças que possam existir entre um e outro ato *homologatório* interessam-nos menos, agora, do que as que existem entre um e outro ato *homologado*. Ainda que “homologação” tenha sempre igual significado, será sempre verdade que uma coisa é homologação de convenção, outra é homologação de ato unilateral.

O cuidado de distinguir as duas classes de fenômenos não se inspira em preocupação de índole puramente conceptual. A diferenciação pode ter conseqüências práticas. Basta pensar no problema da revogação dos atos de parte, para o qual tão raramente se tem voltado entre nós o olhar dos estudiosos. Reconhecida a um ato a natureza de convenção, exclui-se *ipso facto*, desde a formação do consenso, a possibilidade de qualquer das partes revogá-lo por declaração unilateral, salvo autorização contida em lei ou na própria convenção. Se se trata, porém, da mera sucessão de dois atos unilaterais, não existirá óbice idêntico a reputar-se admissível, em linha de princípio, a revogação, enquanto não sobrevenha o pronunciamento judicial, que faz ingressar o processo numa “situação irreversível”⁸. Nessa linha de idéias, já se sustentou com grande autoridade que o acordo de vontades, quando não configura verdadeira convenção, mas funciona como simples pressuposto da decisão do juiz, só assume relevância no momento em que este decide⁹ — o que implica admitir a revogação até aí. Não parece absolutamente certo, ressalve-se, que à indagação sobre a revogabilidade se possa responder, de maneira categórica e para

8. O conceito de “situação irreversível (*unverrückbare Situation*)” foi utilizado por SIEGERT, em sua clássica monografia *Die Prozesshandlungen — ihr Widerruf und ihre Nachholung*, Berlim, 1929, na elaboração dogmática do problema a que se refere o texto.

9. “Perciò questo concorso di consensi ha importanza solo nel momento in cui deve emanarsi il provvedimento. Esso può formarsi in quel momento, anche sotto forma di semplice adesione d'una parte all'istanza dell'altra. Se poi l'accordo si è formato prima del provvedimento, esso deve esser mantenuto fino al momento in cui deve prendersi il provvedimento, altrimenti questo non può esser preso” (CIIIOVENDA, *Principii*, p. 739-40; destaques do original). Cf. SEGNI, ob. e lug. cit. em a nota 7, *supra*.

qualquer caso, à luz exclusiva de semelhante critério; mas, ainda que outros se tenham de levar em conta, a diferença acima exposta será sempre um dado merecedor de consideração.

4. Fez-se menção, de início, ao fato de que vários dispositivos legais contemplam de modo expresso a possibilidade de convenções entre as partes. Desde logo se põe a questão de saber se é facultado a estas celebrá-las fora dos casos previstos.

Acerca do ponto muito se debateu em doutrina, sobretudo na Alemanha, onde prestigiosa corrente se opôs à franquia, com maior ou menor rigor¹⁰. Não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre no terreno privá-tístico; no processo, ramo do direito público, deveria considerar-se proibido tudo quanto não fosse permitido. Com algum exagero, receava-se a entronização do "processo convencional". Em nossos dias predomina a tese da admissibilidade de convenções não autorizadas *expressis verbis* na lei¹¹, conquanto se esforcem os escritores em estabelecer limites, sem que se haja até agora logrado unanimidade na fixação dos critérios restritivos.

O mais difundido desses critérios é o que se baseia na distinção entre normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas¹². Admitir-se-ia no âmbito destas e repelir-se-ia no daquelas a liberdade de convenção entre as partes. Não é certo, porém, que esse caminho leve a solução satisfatória em qualquer hipótese, antes de mais nada pela dificuldade que às vezes se encontra em traçar linha divisória nítida entre as duas espécies de normas.

Um setor da doutrina alemã¹³ preocupa-se com a conveniência de evitar que as partes se vejam convencionalmente privadas, *por antecipação*, de direitos e faculdades que a lei lhes confere, num momento em que ainda não lhes é possível saber de maneira exata a extensão, *in concreto*, das conseqüências desfavoráveis do ato — como aconteceria, por exemplo, na renúncia ao direito de recorrer consumada, mediante convenção, *antes*

10. V.g., K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Aalen, 1968, reimpressão, v. I, p. 450. Outras referências em BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, p. 187, nota 21.

11. Vide, por exemplo, ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, p. 380; ARENS, *Zivilprozessrecht*, Munique, 1978, p. 135; BAUR, *Zivilprozessrecht*, 3.º ed., Frankfurt am Main, 1979, p. 86; extensamente, H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, p. 81 e s.

12. Parecia adotá-lo, entre nós, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. II, 2.º ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 5.

13. V.g., NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, 2.º ed., Tübingen, p. 219-20; BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, p. 189-90.

do pronunciamento judicial¹⁴. Em casos tais, deveria preservar-se a “liberdade de decisão (*Entschlussfreiheit*)” da parte, até o instante em que os efeitos da disposição sejam claramente previsíveis. E isso em atenção não apenas ao interesse do próprio litigante, mas ao do Estado, cujo aparelho judicial tem por missão proporcionar tutela justa¹⁵.

Restrições desse tipo não eliminam, como é óbvio, a possibilidade, limitada embora, de convenções processuais fora das hipóteses previstas *expressis verbis* em lei. Nada impede, *v.g.*, em nossa opinião, que autor e réu se comprometam validamente a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligência.

5. Oportunamente se assinalou que a lei não contém a regulamentação exaustiva sequer das convenções sobre matéria processual expressamente contempladas. Essa não é, aliás, uma peculiaridade do Código brasileiro: igual observação poderia fazer-se a propósito de qualquer outro ordenamento. Surge então a necessidade de suprir as lacunas legais para fixar o regime a que se subordinam tais atos.

Conforme se sabe, a disciplina estabelecida pelo direito processual civil para os atos das partes nem sempre coincide com a prevista no direito civil para os atos jurídicos privados. Diferença importante é a que concerne ao requisito subjetivo de validade; ela resulta da circunstância de admitir-se que litiguem em juízo entes desprovidos de personalidade — e, portanto, de capacidade — no plano civil. Assim, por exemplo, a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, o condomínio, para o direito civil não são pessoas, nem podem, por isso mesmo, praticar validamente atos jurídicos privados¹⁶; permite-se-lhes, entretanto, figurar como partes de um processo¹⁷ e, pois, realizar atos processuais de cuja validade, por esse ângulo, não há duvidar.

14. NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, p. 219. Para o exame específico da questão, permitimo-nos remeter o leitor aos nossos *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1981, p. 386-8, com amplas referências bibliográficas em notas.

15. Assim, por exemplo, BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, p. 189-91.

16. A afirmação tem de ser temperada no que respeita ao condomínio especial regido pela Lei n.º 4.591, de 16-12-1964, cujo art. 63, § 3.º, lhe permite *expressis verbis* adjudicar (com preferência sobre terceiros, em igualdade de condições) unidade levada a leilão público em virtude de inadimplemento do adquirente quanto ao preço da construção; *vide*, a esse respeito, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Condomínio especial em edifício coletivo, *in Revista Forense*, v. 245, p. 46 e s.

17. Em doutrina às vezes se lhes chama “pessoas formais”; assim AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas*, 1.ª v., p. 357. O Código de Processo Civil português, arts. 5.º e s., fala de “personalidade judiciária”, reconhecida tanto às pessoas, assim comumente designadas, quanto a outros entes “destituídos de personalidade jurídica”, como “a herança cujo titular ainda não esteja determinado e os patrimônios autônomos semelhantes” (art. 6.º).

Cabe indagar a que regulamentação se submetem as convenções de que estamos tratando, nos pontos que a lei deixou de disciplinar. Em certa perspectiva parecerá que, para responder a tal pergunta, é indispensável um prévio enquadramento conceptual: antes de tudo cumprirá assentar se as referidas convenções constituem ou não atos processuais, para depois deduzir de semelhante premissa a determinação do respectivo regime jurídico. Aqui, porém, surge uma dificuldade: poucas questões são mais controvertidas em doutrina que a da identificação da diferença específica pela qual os atos processuais se destacam da massa dos atos jurídicos em geral. Não podendo, por óbvias razões, enfrentá-la aqui, vamos limitar-nos a observar que, se para a caracterização se exigir a inserção do ato na cadeia procedimental, a circunstância de realizar-se *no processo* — conforme têm sustentado vozes de prestígio¹⁸ —, inevitavelmente se terão de excluir da espécie muitas das convenções de que cuida este trabalho.

A leitura do Título V do Livro I do vigente Código dá a impressão de que o legislador propendia para o entendimento exposto: vários dos dispositivos aí localizados pressupõem claramente um conceito de “ato processual” a que não é estranha a nota da pertinência ao procedimento¹⁹. Há, contudo, quem proponha distinguir “atos processuais em sentido lato” — assim entendidos todos os que exercem influência no processo — e “atos processuais em sentido estrito” — como tais designados aqueles “que compõem o processo”, ou “cujo encadeamento forma o processo”; só da segunda espécie, acrescenta-se, trata o Título V do Livro I, e só eles são exclusivamente regidos pela lei processual²⁰. Aceito o alvitre, pode-se concluir que as convenções processuais, como atos processuais apenas *lato sensu*, ao menos em grande maioria, se submetem a um regime jurídico *misto*, em que se entrelaçam normas de direito processual e normas de direito material²¹. Restaria verificar quando incidem estas e quando incidem aquelas — feita abstracção, naturalmente, dos pontos regulados *expressis verbis* no Código de Processo Civil, em relação aos quais nenhuma dúvida é cabível.

Bem ponderadas as coisas, o problema não se afigura tão complexo quanto à primeira vista poderia parecer. É que não são muito numerosas,

18. Nesse sentido, sob o diploma processual de 1939, CALMON DE PASSOS, *A nulidade no processo civil*, Salvador, 1959, p. 24 e s. Contra, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1962, p. 301-2.

19. Vejam-se, entre outros, os arts. 155, *caput*, 1.ª parte, 172, 173, 176, 177.

20. HÉLIO TORRAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, 2.ª ed., São Paulo, 1978, p. 24.

21. Também no direito alemão se tem reconhecido que, para a disciplina dos *Prozessverträge*, é ponderável a relevância das regras de direito civil: *vide* ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, p. 381.

no direito brasileiro, as diferenças entre a disciplina processual dos atos de parte (*aliter*, para os atos do *órgão judicial!*) e a disciplina dos atos jurídicos civis. Passemos ao exame de alguns tópicos salientes.

6. Quanto aos requisitos de validade, avulta a questão, a que já se aludiu, da capacidade do agente. Para a celebração válida de convenção sobre matéria processual será necessária a capacidade civil ou bastará a capacidade para ser parte? Ao nosso ver, em princípio deve optar-se pelo segundo termo da alternativa, salvo restrição que decorra de alguma regra jurídica especial. Não parece haver razão, por exemplo, para que se negue ao espólio, ou ao condomínio, que seja parte num processo, a possibilidade de convencionar com o litigante adverso a suspensão do feito, ou o adiamento da audiência de instrução e julgamento. Doutrina autorizada sugere uma ressalva para as convenções que se celebram em contemplação de processo futuro, geralmente embutidas em negócio jurídico de direito material: essas se subordinariam aos mesmos requisitos atinentes ao negócio a que aderem²². É indubitável que, para as convenções celebradas extrajudicialmente, não se exige a capacidade postulacional, de modo que as partes podem agir por si mesmas, sem mediação de advogado.

No que respeita à forma, o princípio geral é o mesmo, quer à luz do direito processual, quer do direito civil: a forma é livre, a menos que a lei a predetermine (Código de Processo Civil, art. 154; Código Civil, art. 129). Dúvidas unicamente podem surgir acerca das conseqüências da postergação de requisitos formais, já que o direito processual é, no particular, menos rigoroso que o civil: no segundo, “não vale o ato que deixar de revestir a forma especial determinada em lei (...), salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida” (Código Civil, art. 130; cf. art. 145, n.º III); no primeiro, há as atenuações previstas no Código de Processo Civil, Capítulo V do Título V do Livro I. O problema, entretanto, só rarissimamente se porá na prática: são excepcionais as regras cogentes de forma relativas a convenções entre os litigantes.

A exigência da licitude e da possibilidade do objeto, expressa no Código Civil (arts. 82 e 145, n.º II), deve reputar-se implícita no ordenamento processual. Absurdo supor que este prescindisse de semelhante requisito nos atos das partes, unilaterais ou bilaterais que sejam. Aqui, por conseguinte, afigura-se desnecessário recorrer à distinção acima lembrada: seja como for, ninguém hesitará em repelir a admissibilidade de uma convenção pela qual as partes, exemplificativamente, ajustassem dispensar o juiz da observância do direito positivo e autorizá-lo a decidir por equidade, em caso não previsto em lei (cf. Código de Processo Civil, art. 127), ou acordassem em usar nos atos do processo língua estrangeira (cf. Código de Processo Civil, art. 156), ou ainda combinassem fazer recair a penhora em coisa situada em lugar inacessível.

22. NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, p. 221.

Não podem os atos processuais, em regra, ser praticados sob condição ou a termo: isso atentaria contra a exigência de certeza e segurança no desenvolvimento do processo²³. Afirma a doutrina que as convenções das partes escapam a semelhante restrição²⁴. Ao nosso ver, a lição tem de ser recebida com o clássico grão de sal: ao menos com referência a certas convenções que influem diretamente na marcha do feito, os inconvenientes poderiam ser tão graves quanto se reconhece que são nos outros atos das partes.

7. Os conceitos de nulidade e de anulabilidade, pertencentes à teoria geral do direito, não podem deixar de ser unívocos nos vários ramos da ciência jurídica, por mais que diversifique, de um para outro, o tratamento específico das hipóteses, mediante a atribuição de consectários diferentes a vícios substancialmente iguais, para reputar-se aqui causa de nulidade e que ali se reputa causa de mera anulabilidade, e vice-versa²⁵. A distinção entre as duas figuras, como ninguém ignora, reside na circunstância de que o ato anulável vale e subsiste até que, por provocação do interessado, decisão judicial o desconstitua, enquanto o ato nulo é simplesmente declarável tal: o pronunciamento da nulidade limita-se a reconhecer e certificar algo que lhe preexiste²⁶.

23. Convém precisar que as condições verdadeiramente incompatíveis com os atos processuais são as referentes a acontecimentos *externos* ao próprio processo: essas é que não se harmonizam com a necessidade indicada no texto. Nesse sentido, na literatura alemã, entre outros, BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, p. 128; KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozess*, Berlim, 1971, p. 45. Para a discussão de um problema específico — o da admissibilidade do "recurso adesivo condicionado" —, vide BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 370 e s.

24. NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, p. 221; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, p. 381; SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, p. 153-4; H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, p. 94.

25. Escusado advertir que não se resumem nisso as peculiaridades da disciplina adotada pelas leis processuais, no Brasil e alhures, quanto aos defeitos dos atos e respectivos corolários. Uma coisa, porém, é a disciplina, outra são os conceitos. Não deixou de assinalá-lo GALENO LACERDA, ao empreender, à luz do Código de 1939, a sua interessante tentativa de sistematização da matéria: aludindo à "diversidade de soluções do direito processual civil, em relação ao direito privado, no que concerne aos vícios do ato jurídico", acrescentava incontinenti: "embora permaneçam as mesmas as categorias fundamentais da teoria geral" (*Despacho saneador*, Porto Alegre, 1953, p. 73). Seria, aliás, manifestamente anticientífica a suposição de que "nulidade" e "anulabilidade" pudessem ter, no processo, significações essencialmente aberrantes daquelas que possuem no resto do universo jurídico. Importa evitar a todo custo a confusão, cm que não raro se incorre, entre esta questão: "que é ato nulo (ou anulável)?" e estoura: "quando é nulo (ou anulável) o ato?"; para a segunda, não para a primeira, é que a resposta pode (e costuma) variar de modo sensível, conforme o ramo do direito de que se trate — e, às vezes, até dentro do mesmo ramo.

26. Com absoluta precisão, na doutrina processual brasileira, HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 224: "Ao passo que o ato

O que ficou dito aplica-se, naturalmente, às convenções processuais cividas de vícios suscetíveis de produzir uma ou outra consequência. Se, por exemplo, o juiz se defronta com determinada convenção acerca da distribuição do ônus da prova e verifica que é indisponível o direito controvertido no processo, deve declará-la nula (Código de Processo Civil, art. 333, parágrafo único, n.º I) e julgar a lide, sendo o caso, à luz das regras legais sobre a matéria. Não há necessidade de prévia decisão que invalide o ato. A nulidade é declarável *ex officio*.

As convenções meramente anuláveis obedecem a outro regime. Enquanto não impugnadas, prevalecem para todos os efeitos. A parte interessada abre-se, entretanto, a possibilidade de promover-lhes a invalidação, fazendo cessar, na hipótese de êxito, os respectivos efeitos, com ressalva de impossibilidade prática relacionada com o desenvolvimento do processo²⁷. A disciplina básica da matéria há de ser a mesma aplicável à anulação de atos "judiciais" nos termos do art. 486 do estatuto processual civil: conquanto esse dispositivo se refira precipuamente aos atos das partes praticados *em juízo*²⁸, e com frequência se realizem fora dele as convenções de que estamos cuidando, a identidade da *ratio* impõe uniformidade de tratamento. A ação anulatória, que pode fundar-se em vício da vontade, sujeita-se (salvo regra especial) ao prazo de decadência do art. 178, § 9.º, n.º V, do Código Civil; se já pendente o feito a que diz respeito a convenção, competente será, em princípio, o mesmo juízo; observar-se-á o procedimento comum (ordinário ou sumaríssimo, consoante o valor da causa: Código de Processo Civil, art. 275, n.º I). O julgamento e, às vezes, a propositura mesma da ação anulatória podem influir na marcha e no desfecho do outro processo, tornando-se eventualmente cabível a suspensão deste segundo o art. 265, n.º IV, letra a, 1.ª parte²⁹.

nulo é objeto de mera declaração, o anulável é alvo de decretação, de decisão constitutiva". Igual concepção prevalece entre os civilistas, a despeito das falhas terminológicas do Código Civil (v.g., "nulidades" no art. 152, *caput*, 1.ª parte): vide por todos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, v. I, 5.ª ed., 2.ª tiragem, Rio de Janeiro, 1978, p. 555-6.

27. "*Die Anfechtung ist aber gegenstandslos, wenn eine unverrückbare prozessuale Lage eingetreten ist* (A impugnação fica porém sem objeto, se sobrevier uma situação processual irreversível)", lê-se em ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, p. 382. Seria em princípio inútil, v.g., anular convenção das partes que suspendeu o processo, depois de vencido o prazo da suspensão.

28. E não a quaisquer atos do órgão judicial, ao contrário do que parece a alguns: vide BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 184-5, com referências bibliográficas em notas; cf., para o direito anterior, a propósito do art. 800, parágrafo único, do diploma de 1939, reproduzido quase *ipsis litteris* no atual art. 486, LIEBMAN, nota 21 às *Instituições de CHIOFFENDA*, v. III, p. 21; MACHADO GUIMARÃES, Ato processual, in *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro-São Paulo, 1969, p. 90-1, ambos com entendimento igual ao que agora adotamos.

29. Permitimo-nos ainda aqui remeter aos nossos *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 186 e s., o leitor interessado em mais amplo exame de todas essas questões.

8. A duas espécies de efeitos, conforme expõe a doutrina³⁰, é concebível que visem as convenções processuais. A vontade das partes pode ordenar-se a influir no modo de ser do processo, no conteúdo da relação processual, como acontece na eleição de foro e nas convenções sobre distribuição do ônus da prova, sobre suspensão do feito, sobre prorrogação de prazo, sobre adiamento da audiência: fala-se então, segundo a terminologia tedesca, em *Verfügungswirkungen*, expressão que traduziremos por *efeitos dispositivos*. Mas também se concebe que as partes queiram apenas criar, para uma delas ou para ambas, a obrigação de assumir determinado comportamento, de praticar ou deixar de praticar certo ato processual (não recorrer, desistir de recurso interposto, não executar a sentença, desistir da ação ou da execução etc.): os autores de língua alemã usam aqui a denominação *Verpflichtungswirkungen*, traduzível por *efeitos obrigatórios*³¹.

Os efeitos obrigatórios são, basicamente, extraprocessuais e subordinam-se, em linha de princípio, à disciplina civilística. Não se equiparam aos efeitos do próprio ato processual que qualquer das partes se haja comprometido a realizar³². Assim, por exemplo, enquanto a desistência total do recurso, validamente manifestada, produz a extinção do procedimento recursal e, inexistindo outro obstáculo, faz transitar em julgado a decisão recorrida, semelhante efeito não é capaz de surti-lo, por si só, a convenção pela qual o recorrente se obrigue a desistir. Em todo caso, na Alemanha, doutrina e jurisprudência³³, com fundamentação variável, têm admitido af que o órgão *ad quem*, mediante provocação da outra parte, deva declarar inadmissível o recurso e negar-lhe conhecimento; a solução seria extensiva a casos análogos. Controvertida é a viabilidade de ação destinada a obter a condenação da parte a cumprir a obrigação convencio-

30. Sobre o ponto, *vide* principalmente H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, p. 59 e s.

31. A distinção não é peculiar às convenções de que trata o presente estudo: pertence à teoria geral dos negócios jurídicos, que conhece a classificação destes em *Verfügungsgeschäfte* e *Verpflichtungsgeschäfte*. Consultem-se ao propósito, entre outros, VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Berlim, 1957, v. II, t. 1, p. 250; LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Munique, 1967, p. 324 e s.; LANGE, *BGB — Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., Munique, 1968, p. 255-6; GUHL-MERZ-KUMMER, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 6.^a ed., Zurique, 1972, p. 104-5. Também a doutrina italiana distingue os *negozi dispositivi* e os *negozi obbligatori*: *vide*, por exemplo, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, s.d., p. 275.

32. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, p. 74 e s.; BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, p. 189, 272; H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, p. 84-5.

33. *Vide* BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Berlim-Göttingen-Heidelberg, 1963, p. 147-8; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, p. 375; BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, p. 271; ZEISS, *El dolo procesal*, trad. esp., Buenos Aires, 1979, p. 103-4.

nada de praticar ato processual³⁴. A consequência normal do descumprimento — não raro muito insatisfatória do ponto de vista prático — é o dever de ressarcir o dano causado à parte contrária.

Bem mais importantes são os efeitos dispositivos, que se produzem sempre diretamente no processo. A eficácia é, em regra, *imediate*, independente de homologação da convenção pelo juiz. Ainda a considerar-se limitado aos “atos processuais em sentido estrito” o âmbito da incidência *direta* do art. 158 do Código de Processo Civil (“Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”), o qual destarte não abrangeria as convenções celebradas em sede extrajudicial, inexistente razão para que estas se submetam, no particular, a regime diverso. Assim, diante de convenção que distribua o *onus probandi* de modo diferente do previsto no art. 333, o que cabe ao órgão judicial é, pura e simplesmente, se for o caso, e desde que o ato não seja nulo, aplicar as regras convencionais, em vez das legais, para decidir a lide. Não há necessidade de pronunciamento homologatório, salvo disposição legal em contrário: *v.g.*, art. 677, § 2.º, *fine*, do estatuto processual. O juiz conhece *ex officio* da convenção, desde que constante dos autos, independentemente de arguição da parte interessada em fazê-la valer, exceto quando a lei subordine o conhecimento à alegação, conforme se dá no que respeita ao compromisso (arts. 267, § 3.º, *a contrario sensu*, e 301, § 4.º).

Agosto de 1982.

34. Em BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, 30.ª ed., Munique, 1970, p. 1608, menciona-se a desistência da ação como exemplo de hipótese sujeita à incidência do § 894 ZPO (a que corresponde o art. 641 do nosso Código de Processo Civil). A maioria reputa não “acionável” a obrigação, assumida em convenção entre as partes, de realizar ato processual: assim WIECZOREK, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Berlim, 1958, v. IV, t. II, p. 1007; BRUNS, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Berlim-Frankfurt, 1963, p. 213; BAUMGÄRTEL, *Die Klage auf Vornahme, Widerruf oder Unterlassung einer Prozesshandlung in einem bereits anhängigen Prozess*, in *Festschrift für Hans Schima*, Viena, 1969, p. 41 e s. (com outras referências bibliográficas).