

# Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era?

Flávio Luiz Yarshell<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Terminologia e natureza jurídica da convenção celebrada entre as partes; 3. Elementos de existência: forma e objeto; 4. Segue: objeto; 5. Ainda elementos de existência: agente, lugar e tempo; 6. Requisitos de validade relativos aos elementos intrínsecos do negócio; 7. Segue: licitude do objeto e natureza do direito material controvertido; 8. Segue: a observância do devido processo legal; 9. Segue: normas processuais cogentes; 10. Segue: validade de elementos particulares; 11. Segue: a forma do negócio jurídico processual; 12. Requisitos de validade extrínsecos: agente capaz; 13. Segue: capacidade de entes que têm capacidade de estar em juízo; 14. Segue: presença de advogado; 15. Formas de controle da validade do negócio processual: casos de nulidade; 16. Segue: casos de anulabilidade; 17. O estabelecimento de calendário entre partes e juiz; 18. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO.<sup>2</sup>

Dentre as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, uma delas, em particular, é potencialmente geradora de relevantes repercussões. Trata-se da possibilidade de que, mediante certas condições, regras processuais sejam estabelecidas pelas partes (artigos 190/191).

A possibilidade de convenção das partes em matéria processual não é algo propriamente novo no sistema. No direito positivo, para ilustrar, a disciplina legal da *arbitragem* ganhou fôlego inegável com a Lei 9307/96; mas, a rigor, já vigorava antes disso. Além disso, no Código de Processo Civil de 1973, desde sempre se facultou convenção sobre competência (eleição de foro) e distribuição do ônus da prova, dentre outros. Também na legislação extravagante havia tal possibilidade, como no inciso IV do art. 58 da Lei 8245/91. Tampouco o tema era desconhecido da doutrina nacional, bastando lembrar – por todos – o trabalho de José Carlos Barbosa Moreira, escrito há mais de trinta anos, com algo de

---

1. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo e em Brasília  
2. O texto introdutório reedita, em boa parte (e por vezes literalmente), outro escrito destinado a compor a Revista da Associação dos Advogados, dedicado ao tema do CPC 2015, ainda no prelo quando da redação deste trabalho.

visionário, ao menos para nós (BARBOSA MOREIRA, 1984). Aliás, este muito modesto artigo é dedicado a esse brilhante processualista, Mestre de todos nós.

Mas, parece ser incontestável que, até aqui, essa autonomia foi pouco exercitada pelas partes. Agora, com a vigência do novo diploma, esse quadro pode mudar. Para tanto, é preciso considerar que o processo continua a ser instrumento a serviço do Estado, isto é, para atingir objetivos que, embora também sejam das partes, são públicos: atuação do direito objetivo, pacificação social (pela eliminação da controvérsia) e afirmação do poder estatal. Isso quer dizer que o juiz estatal possa ser singelamente colocado em idêntico patamar do árbitro. Uma arbitragem é instituída para um caso específico e os árbitros são juízes dessa particular situação; já o órgão estatal tem a seu cargo uma plêiade de processos e a instituição de diferentes regras processuais - embora não possa justificar a pura e simples recusa da convenção das partes pelo juiz - deve levar em conta as características e peculiaridades do órgão estatal e da atividade por ele desenvolvida. Pode soar óbvio, mas convém lembrar que a possibilidade de criação de regras pelas partes deve se prestar a racionalizar o processo; e não a torná-lo menos eficiente.

## **2. TERMINOLOGIA E NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO CELEBRADA ENTRE AS PARTES**

A lei ampliou consideravelmente a possibilidade de disposição das partes em matéria processual perante a jurisdição estatal, ao permitir “mudanças no procedimento” para ajustá-lo às “especificidades da causa” e ao abrir campo para convenção sobre “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Tal amplitude já vigorava no âmbito do processo arbitral e a abertura agora incorporada ao CPC 2015 sugere um meio-termo entre as duas citadas modalidades de jurisdição - ainda que se considere não ser possível colocar em pé de estrita igualdade, para esse fim específico, o juiz estatal e o árbitro.

Ao tratar do tema anteriormente à vigência do novo Diploma, a doutrina já destacara as incertezas terminológicas em torno da matéria, a refletir a falta de consenso sobre a natureza jurídica das convenções firmadas entre as partes; já então possíveis, mas de forma consideravelmente mais limitada.

Ponderáveis opiniões repudiaram taxativamente a existência de negócios jurídicos processuais, em síntese, sob o argumento de que não haveria prevalência da vontade para determinar o conteúdo do processo, determinado antes de tudo pela lei. Mas, quando se assevera que o processo não é um contrato, toma-se como premissa a circunstância de que a jurisdição gera estado de sujeição das partes, de tal sorte que ela se impõe de forma inevitável às

pessoas, independentemente de sua vontade. Isso quer dizer apenas que a jurisdição é forma de *poder*, que envolve a capacidade de decidir e de impor decisões. Isso não parece impedir que os sujeitos parciais declarem vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos por eles queridos. Então, na premissa de que o negócio exista, seja válido e eficaz, o que existe é a sujeição do órgão jurisdicional – estatal ou arbitral. Conceitualmente, portanto, é possível admitir negócios jurídicos processuais. Problema diverso consiste em saber se e quando eles existem, são válidos e eficazes.

Trata-se, sem dúvida, de negócio jurídico bilateral – ressalva feita ao estabelecimento de um calendário, tratado em dispositivo legal próprio. Tal negócio é uno e não se confunde – conforme já alertara a doutrina precedente – com a concordância de um dos litigantes que é exigida para que o juiz defira determinada providência requerida pelo adversário daquela.

Em termos pragmáticos, parece possível passar ao largo de tais polêmicas (conquanto relevantes), bastando que o exame das convenções das partes em matéria processual civil seja feito sob a metodologia empregada para a análise do negócio jurídico, tomando-se os planos da existência, validade e eficácia. Daí porque a referência doravante será a *negócio processual*.

### 3. ELEMENTOS DE EXISTÊNCIA: FORMA E OBJETO

No negócio processual a declaração de vontade que lhe confere existência deve necessariamente ter a forma *escrita*. Ainda que ela seja eventualmente manifestada oralmente em audiência – ou em alguma outra oportunidade em que isso seja possível – ela deve ser reduzida a termo; ou, quando menos, ela deve registrada em suporte que permita sua oportuna reprodução, sempre que isso for necessário. A manifestação de vontade deve sempre ser expressa e não pode resultar apenas do silêncio. O que pode ocorrer é que as partes estabeleçam determinado ônus de manifestação no processo, de sorte a qualificar juridicamente eventual silêncio. Mas, isso já está no campo do conteúdo do negócio e não se confunde com a respectiva forma que, repita-se, deve ser escrita.

Assim ocorre porque a documentação – aqui entendida como inserção de dados num determinado suporte (ainda que eletrônico) é indissociável da realidade do processo. O brocardo “o que não está nos autos não está no mundo” não se limita a garantir o contraditório e a publicidade, mas a permitir que tudo quanto produzido no processo seja concretamente acessível a todos que se habilitam para tanto; durante e, eventualmente, até mesmo depois de encerrado o processo.

#### 4. SEGUE: OBJETO

O objeto do negócio processual é dado por seus elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis. Sob esse ângulo, o negócio como *processual* regula condutas humanas voluntárias, a serem realizadas em processo jurisdicional - estatal ou arbitral - e destinadas a produzir efeitos sobre ele - ainda que pensado de forma potencial.

Quando se fala na regulação de condutas, isso é abrangente das posições jurídicas que emergem da relação processual - tal como mencionado pela lei, ao falar em ônus, poderes, faculdades e deveres - e dos atos que resultam do exercício de tais posições. Por outras palavras, é essencial ao negócio processual a regulação, ainda que parcial, da *relação jurídica processual* ou ao menos do *procedimento*; respectivamente, os componentes substancial e formal do conceito de processo.

Além disso, quando se fala na regulação de atos do processo, está-se a pensar nas condutas voluntárias realizadas nesse âmbito, por um de seus sujeitos e aptas a ali gerar efeitos. Apenas é preciso considerar que o objeto do negócio processual não se limita a regular o processo jurisdicional (estatal ou arbitral) e pode se prestar a instituir e a regular processo extrajudicial, notadamente para realização de atividade de instrução preliminar, à semelhança do que se passa nos sistemas de *common law*. Aliás, a lei foi expressa ao estabelecer que a convenção possa abranger posições das partes "antes ou durante o processo".

Não são elementos essenciais do negócio processual as disposições que, de alguma forma, possam atuar como *atos jurídicos processuais*, isto é, acontecimentos que - embora sem regradar posições da relação processual ou atos do procedimento - possam eventualmente produzir efeitos sobre o processo. Mas, a alusão a tais fatos pode surgir como elemento categorial natural ou derogável do negócio processual, se e quando se dispuser a regulá-lo.

O negócio processual também pode apresentar elementos *particulares*, sempre voluntários, de conteúdo indeterminado (a tornar praticamente impossível seu exame de forma exaustiva). Dentre os mais comuns estão eventuais *termos*, *condições* e até mesmo eventual *encargo*, se for possível que se estabeleça - e, portanto, que se restrinja - eventual liberalidade. Novamente, coisa diversa é saber se tais elementos são válidos e se são eficazes.

Por fim, o negócio processual não deve ser (quando menos não convém que seja) qualificado como *ato processual*, se adotada a premissa de que o aspecto diferencial desse último reside em ser praticado no contexto de um processo, para nele produzir efeitos; exceto se fosse possível estender o conceito de processo para o contexto dos contratos privados. Então, o conceito de

ato processual apenas indiretamente interfere com o de *negócio processual*, na medida em que esse tenha por objeto a regulação daquele.

## 5. AINDA ELEMENTOS DE EXISTÊNCIA: AGENTE, LUGAR E TEMPO

Além da forma e do objeto, o *negócio processual* – como qualquer outro *negócio jurídico* – apresenta elementos de existência que podem ser considerados extrínsecos (até porque existem antes do *negócio* ser feito) e que, quando menos, prestam-se à adequada identificação do ato.

Primeiro, ele pressupõe a existência de *sujeitos* ou de *agentes* – cuja “capacidade” é exigida para que o *negócio* seja válido (infra n. 12). Como regra, *sujeitos* são os protagonistas da relação material, atual ou potencialmente controvertida. Dessa forma, afóra a hipótese particular de fixação de calendário (art. 191), o juiz (ou o órgão judicial) não é agente do *negócio*. Ainda que o respectivo conteúdo possa até ser discutido na presença do magistrado (o que pode eventualmente se afigurar conveniente pelo caráter profilático que isso possa ter), isso não faz do juiz um *sujeito* do *negócio*: dele não emana declaração de vontade constitutiva do *negócio* e, a rigor, nem é caso de o juiz “homologar” o ato das partes. Não há previsão legal para isso; o que é rigorosamente correto porque não há o *quê* homologar, mas simplesmente observar e efetivar. Aliás, quando se trata de *negócio processual* celebrado para regravar atos e posições jurídicas anteriores ao processo (supra n. 4), isso fica ainda mais claro porque ainda não se cuida de intervenção judicial.

Tudo isso evidentemente não significa que o juiz – no momento oportuno – esteja privado do controle da licitude do *negócio*. Exceto nas hipóteses de anulabilidade do *negócio* (infra n. 16), é poder e dever do magistrado controlar a presença dos requisitos de existência e de validade do *negócio*, recusando-lhe eficácia, se for esse o caso, em decisão fundamentada e sujeita a impugnação. Essa última poderá vir sob a forma de recurso ou de eventual ação de impugnação autônoma, dada a (infeliz) opção do Código de tornar taxativas as hipóteses de agravo de instrumento.

Segundo, o *negócio* tem um determinado tempo, entendido como a data em que o *negócio* é celebrado. Esse dado é relevante porque o momento em que ele seja celebrado pode ditar o respectivo conteúdo ou objeto (supra n. 4). O *negócio* pode ser anterior ao processo, para regular atividade processual extrajudicial (por exemplo, para tratar de providências de instrução preliminares) ou para reger futuro e eventual processo judicial. Além disso, o *negócio* pode ser firmado durante o processo. Isso significa que, em tese, pode ser celebrado em qualquer fase processual, desde que haja o *quê*, em dado momento, convencionar. Até mesmo em fase recursal isso é possível, embora seja

forçoso reconhecer que, nesse âmbito, a margem para exercício da autonomia da vontade tende a decrescer.

O tempo do negócio também é relevante para determinar a legislação aplicável; o que pode apresentar alguma dificuldade, se aceita a premissa de que o regime de validade é misto (infra n. 6). Como não se trata de ato processual, não há sentido em se falar na incidência da regra de isolamento, a impor a imediata aplicação de lei nova ao negócio processual. O que prevalece é o que as partes tenham estabelecido e a modificação superveniente da lei processual pode até levá-las a rever o negócio; mas isso só poderá ocorrer mediante nova convenção. Do que se poderia cogitar seria a superveniência de norma processual cogente e de ordem pública (infra n. 9), a tornar inviável a execução da regra processual que as partes anteriormente haviam fixado. Mas, eventual restrição dessa ordem deve ser vista com grande reserva porque o negócio processual, como qualquer outro, está protegido pela regra constitucional que preserva o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Terceiro, o negócio processual tem um *lugar*. Aqui, não se deve confundir o local da celebração do negócio, de um lado, com a base territorial na qual deve se produzir a respectiva eficácia, de outro.

## 6. REQUISITOS DE VALIDADE RELATIVOS AOS ELEMENTOS INTRÍNSECOS DO NEGÓCIO

Sobre a validade do negócio, a primeira indagação diz com o regime jurídico aplicável, dado que o CPC de 2015 não trouxe exaustiva regulamentação e que nem sempre são coincidentes as disciplinas legais dos atos processuais e dos atos privados. A solução doutrinária formulada antes do CPC de 2015 se afigura aplicável sob a égide do novo diploma: o regime do negócio processual há que ser *misto*: por um lado, o negócio jurídico processual não corresponde exatamente a um ato processual; mas, por outro, sua função é a de produzir efeitos no processo.

Assim sendo, partindo-se inicialmente dos elementos gerais intrínsecos do negócio, exige-se que ele resulte de processo volitivo caracterizado por adequada consciência da realidade, em ambiente de liberdade de escolha e de boa-fé. Do contrário, o negócio poderá ser anulado por vício resultante de erro, dolo ou coação.

Quanto à igualdade real das partes (tema que, a rigor, não se confunde com a questão de sua capacidade) e a correspondente paridade de armas, elas são relevantes para a validade de qualquer disposição convencional no âmbito processual, como forma de assegurar que existe livre manifestação dos sujeitos

envolvidos. Não se pode admitir que uma das partes – por sua proeminência econômica ou de outra natureza – imponha regras processuais que lhe sejam mais vantajosas, consideradas as peculiaridades de cada caso.

Sem embargo, convém considerar que a igualdade entre as partes – que se traduz na já mencionada “paridade de armas” – deve ser controlada não apenas no momento que precede a declaração de vontade, constitutiva do negócio processual. Mais do que isso, é a preservação da igualdade processual que verdadeiramente interessa (infra n. 8). A desigualdade entre pessoas no plano substancial é um dado corriqueiro da vida. O problema não está exata ou exclusivamente aí, mas no modo pelo qual as regras processuais lidam com essa desigualdade. Quando se diz, portanto, que a igualdade substancial é decisiva para a validade do negócio processual, está-se na premissa de que eventual preponderância de um dos sujeitos não deve resultar em regras a ele favoráveis e desfavoráveis ao adversário. Mas, se apesar da desigualdade no plano substancial, o negócio processual contiver regras que asseguram não apenas o contraditório, mas a igualdade real, então a validade do ato estará preservada. Em suma: pode haver negócio processual válido entre pessoas desiguais, desde que o processo assegure a igualdade real.

## 7. SEGUE: LICITUDE DO OBJETO E NATUREZA DO DIREITO MATERIAL CONTROVERTIDO

Conforme dicção do art. 166, II do Código Civil, o objeto do negócio jurídico deve ser lícito, possível e determinado (ou determinável).

Desde logo, o CPC 2015 se encarregou de limitar o campo da convenção entre as partes às controvérsias sobre direitos que comportem autocomposição – isto é, transação, renúncia ou submissão. Ao assim fazer, o CPC 2015 seguiu na linha do que já fizera a Lei 10444/2002 ao alterar a redação do art. 331 do CPC 1973, numa presumida tentativa de distinguir os conceitos de indisponibilidade, de um lado, e de possibilidade de transação, de outro. Vale dizer: mesmo no âmbito de direitos indisponíveis haveria eventual margem para autocomposição.

Contudo, teria sido preferível que o CPC 2015 tivesse empregado a terminologia adotada pela lei 9307/96, mais objetiva e precisa ao falar em litígios relativos a “direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º). Insistindo na suposta distinção entre *disponível* e *transacionável*, o CPC 2015 pode ensejar dúvida quanto à possibilidade e aos limites do negócio processual. Para ilustrar, costuma-se dizer que o direito discutido em processo de investigação de paternidade – que pode perfeitamente envolver pessoas “plenamente capazes” – é indisponível. Contudo, ninguém há de negar que o réu, sendo maior e capaz, possa

reconhecer a procedência da demanda e assumir a paternidade. Fenômeno análogo pode ocorrer em outros processos relativos a direitos usualmente tidos por indisponíveis.

A interpretação que se afigura mais correta parece ser a seguinte: pelo novo texto legal, a possibilidade de negócio processual não fica restrita a litígios envolvendo direitos patrimoniais. Assim, mesmo em processos que envolvem questões relativas ao estado e à capacidade de pessoas, desde que capazes as partes, afigura-se admissível o negócio processual.

Ai se incluem a Fazenda Pública e pessoas integrantes da Administração pública direta e indireta: embora elas tenham margem muito restrita para auto-composição, em tese essa possibilidade existe. Sendo assim, não parece haver óbice legal para que ela celebre eventual convenção em matéria processual, ressalvadas disposições substanciais ou processuais que se entendam cogentes (infra n. 9).

## **8. SEGUE: A OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Outro limite ao objeto do negócio processual está na sua adequação ao devido processo legal. Conquanto o CPC 2015 não tenha feito essa ressalva de forma expressa, ela decorre do que está inscrito nos incisos LIV e LV da CF. Aliás, poderia a nova lei, nesse particular, ter empregado dicção igual ou semelhante àquela constante do art. 21, § 2º da Lei 9307/96; que condicionou a autonomia da vontade em matéria processual na arbitragem à observância dos princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento.

Mas, na premissa de que todos os requisitos de validade do negócio jurídico estejam presentes (aí incluídos a igualdade real das partes, sua adequada consciência da realidade, a liberdade de escolha e a boa-fé), a restrição acima mencionada deve ser vista com ponderação. Limitações bilaterais e isonômicas ao contraditório não devem necessariamente ser vistas como inconstitucionais. Para ilustrar, há décadas se admitia em doutrina que as partes dispensassem a intervenção de assistentes técnicos, fiando-se de antemão e exclusivamente no laudo do perito oficial.

Além disso, não há exatamente consenso sobre quais postulados efetivamente integram o conceito de devido processo legal. Para ilustrar, a publicidade é usualmente incluída nesse contexto. Contudo, ela não consta da lei de arbitragem acima referida; pelo contrário, o sigilo é usualmente indicado como uma das vantagens do processo arbitral.

Naturalmente, seria inconcebível negócio que pretendesse interferir na imparcialidade do juiz; não apenas porque isso ofenderia o devido processo legal, mas porque extravazaria o âmbito negociável, que se limita a posições

jurídicas das partes e não do juiz (exceto indiretamente). De forma análoga, seria inviável limitar o contraditório apenas para um dos litigantes. Mas, fora dos casos em que efetivamente haja ofensa ao devido processo legal, prevalece o que as partes tiverem convencionado. Não se afigura jurídico ou ético que uma das partes viesse depois – já em função de resultado desfavorável – queixar-se de suposto vício para o qual não atentou no momento próprio.

## 9. SEGUE: NORMAS PROCESSUAIS COGENTES

A observância do devido processo legal leva a outro difícil problema: no plano legislativo ordinário, o que realmente se pode considerar como cogente no âmbito do processo civil? Como ocorre em outros ramos do Direito, nem sempre o ordenamento é suficientemente claro e objetivo ao estabelecer que determinada norma seja imperativa.

O art. 166, inciso VI do Código Civil fala em nulidade quando o negócio “tiver por objetivo fraudar lei imperativa”. Contudo, remanesce a dúvida sobre o quê, na seara processual, pode ser qualificado dessa forma. Ali também se fala na nulidade nas hipóteses em que a lei “taxativamente” reconhecer o ato como tal ou proibir sua prática, “sem cominar sanção” (inciso VII).

No âmbito processual da arbitragem, afora a ressalva constante no já mencionado § 2º do art. 21, prevalece a autonomia da vontade: ali, o processo é aquele ditado pelas partes. Mas, a abertura ora dada pelo CPC 2015 é suficiente, nesse particular, para colocar no mesmo patamar o juiz estatal e o árbitro?

Desde logo, não é suficiente estabelecer sinonímia entre as locuções *norma cogente* e *devido processo legal*: por certo, haverá regras que merecem aquela qualificação (é pensar nos pressupostos processuais), mas que não dizem respeito – não ao menos diretamente – aos postulados que integram o conceito de devido processo legal.

Além disso, há casos em que o sistema processual afirma o caráter cogente, ao descartar que as partes possam modificar determinada regra – analogamente ao que consta da parte final do inciso VII do art. 166 do Código Civil. Há outras situações nas quais o caráter imperativo fica sugerido a partir do reconhecimento de que dada matéria é reputada de “ordem pública”, sujeita ao exame de ofício pelo juiz e fora do alcance da preclusão. Embora não se reconheça indefectível correspondência entre os conceitos de norma de ordem pública, de um lado, e norma cogente, de outro, a indicação legal não deixa de ser um parâmetro objetivo.

Sob o ângulo da ordem pública (processual), no novo regramento estabelecido pelo CPC 2015, também soa insuficiente dizer que ela seria abrangente das regras que asseguram a *regularidade do processo*. É que as “irregularidades do

processo” devem ser vistas à luz do caráter instrumental do processo e, portanto, de seus escopos. Isso evidentemente não quer dizer que os fins justificam os meios, porque o processo é garantia das partes na perspectiva de que é instrumento de exercício de poder. Ainda assim é preciso considerar que o meio não pode se sobrepor aos escopos a que serve. Ademais, aquilo que tradicionalmente se entendia como eventual irregularidade processual pode, eventualmente, ser superado por convenção das partes. Para ilustrar, em matéria de pressupostos processuais, não se pode descartar que as partes simplifiquem a forma de comprovação da representação processual (por exemplo, porque previamente definida no próprio negócio processual). Portanto, não é possível singelamente equiparar os conceitos de requisitos para julgamento do mérito (condições da ação e pressupostos processuais) a regras de ordem pública ou cogentes.

Nesse contexto de poucas definições, sem prejuízo do que já foi ponderado, um critério a considerar é a adequação da regra processual aos escopos da jurisdição – seja ela estatal, seja arbitral. O processo existe para superar conflitos (e, portanto, restabelecer a paz social com racionalidade e presteza possível) mediante a atuação do direito objetivo (suposto que não seja possível solução consensual).

Não se descarta que, eventualmente, seja preciso recorrer à técnica da ponderação de valores, como forma de conter eventual excesso na intervenção estatal sobre a atividade das partes. Será caso, então, de avaliar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito de determinado óbice que o juiz oponha à autonomia da vontade das partes.

Sem resolver o problema e sem qualquer pretensão de esgotamento ou de imutabilidade (pela considerável dificuldade de se tratar o tópico de forma geral e, mais do que isso, desvinculada de determinada situação específica), parece lícito identificar limites à convenção das partes em relação ao seguinte: a) excluir ou restringir a intervenção do Ministério Público, quando ditada pela Constituição ou pela lei; b) alterar regras cuja falta de observância leva à incompetência absoluta; c) dispor sobre organização judiciária; d) dispensar as partes (mesmo que de forma bilateral) dos deveres inerentes à litigância proba e leal; e) ampliar o rol das condutas caracterizadoras de litigância de má-fé; f) criar sanções processuais para repressão de litigância de má-fé ou de atos atentatórios à dignidade da Justiça; g) criar recursos não previstos em lei; h) criar hipóteses de ação rescisória ou de outras medidas tendentes a desconstituir a coisa julgada; i) dispensar o requisito do interesse processual.

## **10. SEGUE: VALIDADE DE ELEMENTOS PARTICULARES**

Dentre os elementos particulares do negócio processual, algumas cogitações podem ser feitas a respeito da respectiva validade.

Primeiro, é lícita a convenção de termos pelas partes. Aliás, a lei permite o estabelecimento de um calendário e, por ora sem cogitar da participação do órgão judicial, é lícito às partes convencionarem sobre o tempo dos atos processuais; em particular sobre prazos – na premissa de que, de forma razoável e proporcional, isso se afigure compatível com os escopos da jurisdição. Para exame da fixação de prazo com a participação do magistrado, vide *infra* n. 17.

Não se deve descartar a inserção de condições no negócio processual; o que não deve ser confundido conceitualmente com o ato processual. Com efeito, embora seja tradicional o entendimento de que atos processuais não podem ser condicionais (o que é bem ilustrado pela sentença), o conteúdo e a forma de exercício das posições jurídicas processuais podem estar sujeitos a evento futuro e incerto. Isso se dá na premissa de que a disposição não infirme o devido processo legal e de que não ofenda normas cogentes ou de ordem pública (vide *supra* n. 9).

Respeitados tais limites, também se afigura lícita a inserção de cláusula penal, a incidir no caso de descumprimento de alguma das regras (processuais) previstas pelos interessados – não apenas para a situação de litigância de má fé. A prestação dali decorrente não será exatamente imposta pelo juiz, mas pelas partes. O que cabe ao órgão judicial é, eventualmente, resolver questão formada sobre a ocorrência, ou não, da violação que faz incidir a multa. Não se descarta que, sendo possível, tal decisão seja proferida no próprio processo e ali mesmo cobrada a multa. Se, por qualquer razão, isso não ocorrer, a multa poderá ser cobrada em sede autônoma, por demanda própria.

## 11. SEGUE: A FORMA DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Já foi dito que, para existir, o negócio processual deve obrigatoriamente ter forma escrita, ainda que eventualmente apresentado de forma oral (*supra* n. 3).

Sob esse ângulo, para ser válido, o negócio processual não está sujeito a forma especial (CC, art. 166, IV). Não há exigência de que seja celebrado por instrumento público, nem mesmo quando esse último for requisito de validade de atos objeto da controvérsia judicial. Quando não fosse por outras razões, bastaria lembrar que, ainda que celebrado por instrumento particular, ele deverá ser juntado aos autos e, nessa medida, já ganhará a forma pública; que será originária se e quando o negócio for celebrado na presença do juiz, em audiência.

## 12. REQUISITOS DE VALIDADE EXTRÍNSECOS: AGENTE CAPAZ

O negócio processual exige sujeitos “plenamente capazes” (art. 190, *caput*). Isso exclui a possibilidade de que seja celebrado por absolutamente incapazes

- ainda que na pessoa de seus representantes legais - e por relativamente incapazes - mesmo que regularmente assistidos. Mas, há relevância na distinção entre essas duas situações porque o vício de incapacidade relativa gera anulabilidade do ato (CC, art. 171, I), enquanto a absoluta gera a nulidade (CC, art. 166, II), com diferentes regimes, conforme regras dos artigos 168 e 177 do Código Civil - especialmente quanto ao meio de reconhecimento do vício.

Poder-se-ia argumentar que, diante do caráter taxativo da lei processual (que falou em "partes plenamente capazes"), a consequência seria sempre a da nulidade de pleno direito, qualquer que fosse o grau de incapacidade civil. Contudo, não se vislumbra razão jurídica para que não incida a regra do inciso I do art. 171 do Código Civil. Portanto, sendo caso de anulabilidade, só por demanda própria ela poderá ser reconhecida, sendo vedado o reconhecimento de ofício. Aliás, a norma do art. 177 do Código Civil, nesse particular, está em harmonia com aquela contida no § único do art. 191 do CPC 2015, que falou do controle judicial de ofício nos casos de "nulidade".

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

A impossibilidade de reconhecimento de ofício pelo juiz da anulabilidade acima tratada significa que ele não pode recusar validade ao negócio apenas por esse fundamento. Contudo, o juiz certamente não está impedido de alertar as partes acerca do vício, a gerar potencial ameaça à validade do processo. Além disso, a conduta das partes diante da constatação do vício pode e deve ser oportunamente valorada sob a ótica de seu dever de litigar com ética e probidade.

De todo modo, se a incapacidade for superada no curso do processo, os atos processuais praticados com base no negócio processual antes viciado podem ser ratificados, atentando-se para o disposto nos artigos 172/175 do Código Civil.

### 13. SEGUE: CAPACIDADE DE ENTES QUE TÊM CAPACIDADE DE ESTAR EM JUÍZO

O negócio processual pode ser celebrado não apenas pelos que ostentam personalidade civil, mas igualmente pelas entidades que, embora despidas daquela condição, tem aptidão de estar em juízo e, portanto, de ser parte.

Toda pessoa é dotada de *personalidade*, isto é, de aptidão para ser titular de posições jurídicas ativas e passivas (CC, art. 1º). O processo se insere nesse âmbito: toda pessoa é apta a ser titular de posições na relação jurídica processual. Daí se dizer que toda e qualquer pessoa tem capacidade de ser parte. Portanto, ao menos como regra, não há uma personalidade processual distinta da personalidade civil. Mas, de forma excepcional, pode existir um divórcio entre o que a lei material considera como sujeitos de direito, de um lado, e o que a lei processual admite como tal, de outro. É o caso do *espólio*, que congrega os direitos e obrigações transmitidos em razão da morte de pessoa natural (e que tende a ter existência transitória, cessando quando consumada a partilha ou adjudicação aos herdeiros e sucessores); da *massa falida*, que abarca os direitos e deveres do falido; e do *condomínio*, que aglutina direitos dos condôminos, no caso de condomínio horizontal.

Em todos esses casos fala-se que tais entes, ainda que desprovidos de personalidade jurídica, teriam personalidade “judiciária” porque poderiam ser titulares de posições na relação processual, embora assim não ocorra no plano substancial. Mas, em termos lógicos, não pode haver uma posição processual que dispense precedente personalidade, tal como definida pelo art. 1º do CC. Por outro lado, pelo caráter instrumental do processo, não faria sentido que alguém – ou alguma entidade – fosse apenas titular de “direitos e deveres” na órbita processual, sem qualquer outra vinculação, quando menos indireta, com (afirmadas) posições jurídicas vigentes no plano substancial do ordenamento. Então, como já preconizara parte da doutrina civilista, melhor seria reconhecer que personalidade, sob a ótica jurídica, consiste na possibilidade de agir, que a ordem jurídica atribui a certos entes: pessoa é o ente que pode praticar atos jurídicos e não exatamente o sujeito de direitos (Junqueira, Negócio jurídico, p. 43).

De qualquer modo, os entes acima referidos representam – ou ao menos congregam – interesses de outrem; o que, forçoso convir, é algo diferente do conceito de personalidade. Além disso, o direito processual civil considera o conceito de *capacidade civil*, segundo os respectivos graus: capacidade plena, incapacidade absoluta e incapacidade relativa (CC, arts. 3º/4º). Não se trata mais da titularidade do direito (ou de outra posição jurídica), mas do respectivo exercício. Há, nesse particular, correspondência entre lei material e processual, de tal sorte que a aptidão de exercício de direitos leva ao que se qualifica

como *capacidade de estar em juízo* (CPC, art. 70). Assim, incapazes serão representados ou assistidos, conforme o caso (CPC, art. 71).

Não haveria sentido em se permitir que tais entes pudessem estar sujeitos a regras processuais ditadas pela lei, mas que, paradoxalmente, não pudessem participar de negócio tendente a estabelecer regras de igual natureza, apenas porque resultantes da autonomia da vontade.

Por tudo isso, a conclusão é de que, respeitados os demais requisitos legais, negócios processuais podem ser celebrados pelos referidos entes acima referidos.

#### **14. SEGUE: PRESENÇA DE ADVOGADO.**

A validade do negócio processual não está condicionada à presença de advogado – embora evidentemente ela seja desejável por se tratar de matéria técnica, que presumivelmente escapa ao conhecimento do leigo.

Assim ocorre porque, como não se trata da prática de ato processual, não vigora a exigência de capacidade postulatória. Essa mais restritamente diz respeito à aptidão de apresentar manifestações e pleitos em juízo. O fato de o negócio ter por objeto atos que integram o procedimento e posições jurídicas que compõem a relação processual não é suficiente para tornar obrigatória a presença do advogado no ato de celebração do negócio. Para que isso ocorresse seria indispensável previsão legal expressa, tal como ocorre no caso de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, conforme previsão do § 2º do art. 1º da Lei 8906/94 (Estatuto da Advocacia), que, além de expresso, comina taxativamente a sanção de invalidade.

O que se afigura inviável é que as partes simplesmente afastem, no negócio processual, o requisito da capacidade postulatória do advogado para a prática de atos processuais – exceto se isso já for autorizado pela lei (o que, de resto, é objeto de legislação extravagante e não do Código de Processo Civil). Portanto, trata-se de uma restrição de conteúdo do negócio processual e não de capacidade. A capacitação técnica do advogado é indissociável do acesso à Justiça que, dentre outros, exige adequada informação acerca dos direitos, da forma de sua postulação e, especialmente, das chances e riscos envolvidos na empreitada de demandar ou de resistir à pretensão de outrem. É por isso que a CF estabelece ser o advogado indispensável à administração da justiça; o que, de resto, está repetido pela legislação acima lembrada (art. 2º).

Ainda quanto ao advogado, eventuais disposições no negócio processual sobre a destinação dos honorários fixados em juízo e, portanto, cabentes aos advogados (Lei 8906/94, art. 24, § 4º), são ineficazes e inoponíveis perante os causídicos, salvo se eles expressamente tiverem comparecido ao ato e anuído.

## 15. FORMAS DE CONTROLE DA VALIDADE DO NEGÓCIO PROCESSUAL: CASOS DE NULIDADE

Já foi dito que a validade e a eficácia concreta e plena do negócio processual ficam sujeitas ao controle pelo órgão jurisdicional (supra n. 6). A forma de controle depende da natureza de eventual vício.

Na premissa de que o regime jurídico é misto (supra n. 6), são aplicáveis as regras civis que tratam das nulidades, conforme disposições gerais dos artigos 166 e seguintes do Código Civil, analisadas acima sob a específica ótica das regras de natureza processual.

Tratando-se de vício caracterizador de nulidade (como tal se deve considerar também a “inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”), o CPC 2015 reafirmou o que já consta do sistema do Código Civil (art. 168): o tema pode e deve ser conhecido de ofício pelo juiz (ou a requerimento da parte, incluindo-se aí o Ministério Público). Isso deverá ocorrer incidentalmente no processo em que o conteúdo do negócio for apresentado ao magistrado, isto é, do processo que deveria ser regido pelo ato das partes.

Dentro do processo, não há dever de o juiz examinar a integralidade do negócio, de sorte a já adiantar eventuais invalidades que pudessem dizer respeito a atos ou posições jurídicas futuras e, portanto, ainda eventuais. O controle há que ser feito em correspondência com a fase processual, justamente porque não há preclusão sobre o tema e porque, no momento de aplicar a regra, o juiz deixará de o fazer se entender que ela, por qualquer razão, é inválida. Nos tribunais, suposto haja margem para convenção que abranja essa fase, mesmo à míngua de regra expressa, parece lícito aceitar que o controle será feito pelo relator, cuja decisão ficará sujeita à revisão pelo colegiado.

Nesse particular, ao menos como regra, não haverá interesse processual para demanda cujo objeto seja exclusivamente a declaração de nulidade – total ou parcial – do negócio. Compete à parte – seja autora ou ré – alegar a nulidade de forma incidental, submetendo ao juiz da causa, que é funcionalmente competente – com a exclusão de qualquer outro – para determinar se e quais as regras processuais a reger a respectiva atividade. Não há utilidade para invalidação autônoma, inclusive sob a ótica estatal. De demanda autônoma só se poderá excepcionalmente considerar se a cognição necessária para apuração do vício – por exemplo, no caso de simulação – exigir processo cujo objeto seja exclusivamente a apuração da nulidade.

## 16. SEGUE: CASOS DE ANULABILIDADE

Os vícios geradores de anulabilidade do negócio processual são aqueles arrolados pela lei civil, cujo regime jurídico deve ser observado. Nesse caso,

o negócio deve ser desconstituído por demanda autônoma. É que a iniciativa do interessado, neste caso, é indispensável: nos termos do art. 177 do Código Civil, a anulabilidade "não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade". Ademais, a via autônoma é necessária porque o objeto do processo enseja cognição própria, que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia de direito material).

Se for eventualmente proposta demanda para anular o negócio, a competência será do juízo perante o qual pendente o processo cujas regras o negócio pretende regular; ou, se ainda não instaurado, o órgão a quem competiria desse último conhecer. Não se trata apenas de tema prejudicial, a gerar conexão e, portanto, reunião de processos (CPC, art. 55). Conforme já realçado, a competência, nesse caso, é ditada por critério *funcional*: discutindo-se quais as regras devem prevalecer em dado processo, é do respectivo juízo a competência para determinar o quê prevalecerá. Portanto, o critério funcional prevalece sobre qualquer outro, notadamente sobre o que critério (objetivo) da matéria. Para argumentar, se por alguma razão aqui não divisada, não for possível o processamento conjunto das demandas, então, em argumentação, será caso de se aplicar suspensão por prejudicialidade.

Proposta que seja a demanda pelo legitimado, se houver pluralidade de partes, em atual ou potencial litisconsórcio, o reconhecimento da invalidade prevalecerá perante todos, tendo em vista o caráter indivisível da relação controvertida. Não há como conceber regras processuais válidas para uma parte e não válidas para outros litisconsortes (CC, arts. 105 e 177, parte final). Portanto, tratar-se-á de litisconsórcio unitário.

Tendo em vista que o prazo decadencial para a demanda anulatória é de quatro anos, a contar do dia em que cessar a incapacidade (CC, art. 178), pode ocorrer que ela seja aforada quando já proferida sentença de mérito transitada em julgado. Assim, se procedente a demanda, será preciso anular o processo desde o momento em que vigoraram as regras constantes do negócio processual desconstituído.

O caráter híbrido da situação - que envolve direito material e processual - fica consideravelmente evidente. De um lado, há vício em negócio jurídico sob a ótica dos requisitos exigidos pelo direito material. Contudo, invalidar o negócio significa invalidar atos processuais e, para tanto, é preciso considerar o regime do CPC: a) a invalidade de um ato não prejudica outros que eventualmente sejam independentes; b) não se reconhece invalidade quando se puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a decretação daquela;

c) aproveitam-se os atos, ainda que desconformes ao modelo legal, desde que não haja prejuízo à defesa de qualquer das partes (CPC, artigos 279 e 280). Portanto, quer para aferir o interesse de agir, quer para se julgar o mérito de eventual ação anulatória por vício de incapacidade é preciso considerar o regime de invalidades estabelecido pelas regras de processo. O mesmo vale para outras hipóteses de anulabilidade do negócio.

## 17. O ESTABELECIMENTO DE CALENDÁRIO ENTRE PARTES E JUIZ

Além de permitir que as partes convençionem sobre matéria processual, a lei abriu possibilidade de o acordo abranger também o órgão judicial. Isso pode ocorrer específica e limitadamente para o estabelecimento de um “calendário para a prática dos atos processuais” (art. 191, *caput*).

A lei determinou que o calendário “vincula as partes e o juiz”, de tal sorte que os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais e justificados (art. 191, § 1º). Isso poderia sugerir que o órgão judicial, nessa hipótese, seria também parte contratante. Mas, discussão dessa natureza, que talvez possa ter relevância acadêmica, é relativa em termos pragmáticos.

A possibilidade aberta pela lei deve ser vista como oportunidade de as partes fixarem os prazos a que estão sujeitas; tanto isso é verdade que o estabelecimento do calendário gera a dispensa da intimação delas para a prática de ato processual (§ 2º). Não se deve entender que também para o juiz seriam estabelecidos prazos, que não aqueles já fixados pela lei ou, por outra forma, compatíveis com a tempestividade da jurisdição e a observância dos deveres funcionais do magistrado. Exceção a isso é a prévia designação de data para audiência (que certamente vincula o juízo), embora isso não represente exatamente uma novidade no sistema.

Portanto, o calendário não é mais do que um capítulo particular da convenção das partes em matéria processual. A participação do juízo não vai substancialmente além do que já ocorre em relação ao controle do negócio processual; e nem poderia. Ainda que ele esteja autorizado a incentivar as partes e até sugerir a composição do calendário, rigorosamente ele não é parte do negócio; do contrário, a presença do juiz como “parte” impediria que fizesse o já mencionado controle do negócio processual. Diferentemente do árbitro, o juiz estatal tem sob sua presidência outros processos (frequentemente em número significativo) e não parece desejável ou sequer factível que o juízo estabeleça regras diferenciadas que, inclusive, poderiam comprometer o respeito à ordem cronológica que a própria lei cuidou de estabelecer (art. 12).

## 18. CONCLUSÃO<sup>3</sup>

A abertura que o CPC 2015 dá às partes, para que exerçam a autonomia da vontade em matéria processual não deve ser encarda apenas como uma oportunidade para o exercício da criatividade dos advogados. Como já foi dito, regras processuais convencionais, que alterem as opções feitas pelo Legislador, devem ser pensadas como forma de trazer resultados relevantes para a racionalização do processo. Por isso é que a lei falou em mudanças no procedimento para “ajustá-lo às especificidades da causa”. Não se trata exatamente de “simplificar” o processo, porque o conceito de simplicidade, por incrível que pareça, envolve boa margem de subjetividade e nem sempre é tão fácil de estabelecer. Trata-se de racionalizar, adequando-se o processo à relação controvertida e respectivos sujeitos.

De outro lado, é imperativo que os magistrados estejam abertos a esse novo cenário. Não deve vingar eventual cetiscismo, de que argumente com a impossibilidade de se ter processos particularizados perante órgãos já atarefados. Ao conferir espaço para a autonomia da vontade, o que almejou a lei foi reforçar a cooperação que as partes possam dar para o bom andamento dos processos e para resolução das controvérsias. Portanto, depende do esforço e da boa vontade de todos os envolvidos o sucesso ou o fracasso das novas disposições. Só então saberemos se caminhamos, de fato, para uma nova Era.

3. Nesta passagem conclusiva, fica feita a mesma ressalva constante da nota anterior.