

Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC

Coordenador geral: FREDIE DIDIER JR.

1

NEGÓCIOS PROCESSUAIS

COORDENADORES

Antonio do Passo Cabral
Pedro Henrique Nogueira

AUTORES

Antonio do Passo Cabral
Bárbara Seccato Ruis Chagas
Beclaute Oliveira Silva
Bruno Garcia Redondo
Bruno Lopes Megna
Christoph A. Kern
Daniela Santos Bomfim
Diogo Assumpção Rezende de Almeida
Eduardo José da Fonseca Costa
Federico Causse
Flávio Luiz Yarshell
Fredie Didier Jr.
Germán Hiralde Vega
Helen Hershkoff
Júlia Lipiani
Kevin E. Davis

Leonardo Carneiro da Cunha
Loïc Cadiet
Marcela Kohlbach de Faria
Maria Valeria di Bernardo
Marília Siqueira
Mirna Cianci
Paula Costa e Silva
Paulo Mendes de Oliveira
Pedro Henrique Nogueira
Peter Schlosser
Rafael Sirangelo de Abreu
Robson Renault Godinho
Rodrigo Mazzei
Tatiana Simões dos Santos
Trícia Navarro Xavier Cabral

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

 COLETÂNEA
INTERNACIONAL



N 384 Negócios processuais / coordenadores: Antonio do Passo Cabral,
Pedro Henrique Nogueira. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.
v.1. :il. - (Grandes temas do novo CPC; coord. geral Fredie Didier Jr.).

Conforme o novo CPC 2015
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-442-0395-8

1. Direito processual. 2. Processo civil - Brasil. 3. Processo civil
França. 4. Processo Civil - Alemanha. 5. Processo civil - Argentina.
6. Ação civil pública. 7. Brasil. Ministério Público. I. Cabral, Antonio
do Passo. II. Nogueira, Pedro Henrique.

CDD: 347.05

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Sumário

Nota dos Coordenadores 15

FUNDAMENTOS DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Capítulo 1 ► **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil**..... 19
Fredie Didier Jr.

1. Nota do autor..... 19
2. Notas sobre a relação entre a liberdade e o processo..... 19
3. O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil..... 22

Capítulo 2 ► **Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro ...** 27
Leonardo Carneiro da Cunha

1. Apresentação..... 27
2. Fatos jurídicos, atos jurídicos, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos 28
 - 2.1. Distinção entre atos jurídicos e negócios jurídicos 29
3. Fatos jurídicos processuais, atos jurídicos processuais e atos-fatos jurídicos processuais 32
4. Negócios jurídicos processuais 34
 - 4.1. Opiniões contrárias..... 34
 - 4.1.1. O publicismo no processo e o protagonismo do juiz 36
 - 4.1.2. O dogma da irrelevância da vontade 37
 - 4.2. Opiniões favoráveis 38
 - 4.3. Negócios jurídicos processuais típicos 42
 - 4.4. Negócios jurídicos processuais atípicos 44
 - 4.5. A ideia do modelo cooperativo de processo e os estudos mais recentes sobre negócios processuais 45
5. O novo Código de Processo Civil brasileiro 49
 - 5.1. Generalidades..... 49
 - 5.2. Ampliação dos negócios processuais típicos 50
 - 5.3. A cláusula geral de negociação processual 56

6. Limites aos negócios jurídicos processuais	58
7. Bibliografia	59

Capítulo 3 ► Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?..... 63

Flávio Luiz Yarshell

1. Introdução.	63
2. Terminologia e natureza jurídica da convenção celebrada entre as partes.	64
3. Elementos de existência: forma e objeto.	65
4. Segue: objeto.	65
5. Ainda elementos de existência: agente, lugar e tempo.	67
6. Requisitos de validade relativos aos elementos intrínsecos do negócio.	68
7. Segue: licitude do objeto e natureza do direito material controvertido.	69
8. Segue: a observância do devido processo legal.	70
9. Segue: normas processuais cogentes.	71
10. Segue: validade de elementos particulares.	72
11. Segue: a forma do negócio jurídico processual.	73
12. Requisitos de validade extrínsecos: agente capaz.	73
13. Segue: capacidade de entes que têm capacidade de estar em juízo.	74
14. Segue: presença de advogado.	76
15. Formas de controle da validade do negócio processual: casos de nulidade.	76
16. Segue: casos de anulabilidade.	77
17. O estabelecimento de calendário entre partes e juiz.	78
18. Conclusão.	79

Capítulo 4 ► Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro 81

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

1. Nota introdutória	81
2. Breve resenha doutrinária sobre os negócios processuais.....	81
3. Conceito de negócio jurídico processual.....	84
4. O novo CPC e algumas figuras negociais.....	85
5. Os acordos de procedimento no CPC de 1973.....	87
6. Acordos de procedimento no Código de Processo Civil de 2015.....	90
7. Espécies de acordos de procedimento	92

capítulo 5 ► La qualification juridique des accords processuels..... 93

Loïc Cadet

I. - Accords processuels et droit du procès.....	96
II. - Accords processuels et droit du contrat	99

Capítulo 6 ► Einverständliches Parteihandeln im deutschen Zivilprozess. 105

Prof. Dr. Peter F. Schlosser, München, Deutschland

I. Einleitung	105
I. Erster Hauptteil: Unmittelbarer einverständlicher Einfluss der Parteien auf den Gang des Verfahrens	108
1. Verpflichtungen zur Vornahme oder Unterlassung von Dispositionsakten über den Streitgegenstand	108
2. Andere Parteivereinbarungen, insbesondere solchen zur Beweiserhebung	110
3. Wirkungsweise anerkannter Verfahrensvereinbarungen.....	113
III. Zweiter Hauptteil: Indirekte Anerkennung von Prozessvereinbarungen	114
1. Nach der Rechtsprechung „heilbare“ Mängel	115
2. Nach der Rechtsprechung nicht „heilbare“ Mängel.....	118
IV. Schlussfolgerungen	119

Capítulo 7 ► Contracting for procedure131

KEVIN E. DAVIS & HELEN HERSHKOFF

Abstract.....	131
Introduction	132
I. An overview of contract procedure	138
A. Contract Procedure and Commercial Practice.....	138
B. Contract Procedure and Judicial Review	140
II. Contract procedure as a private concern	145
A. Efficiency	146
B. Substantive Fairness	149
C. Litigant Autonomy.....	149
D. Fair Process.....	151
III. The public dimension of contract procedure.....	152
A. Contract Procedure and Outsourcing.....	152
1. Dispute Resolution as an Inherently Governmental Function.....	153
2. Outsourcing Can Be a Planned or De Facto Regulatory Practice.....	154
3. Contract Procedure as De Facto Outsourcing.....	157

B.	Contract Procedure and Negative System Effects	158
1.	Information About the Dispute	159
2.	Information About the Adjudicative Process.....	163
C.	Contract Procedure and Democratic Decision Making.....	164
D.	Summary	169
IV.	Challenges in defining the limits of contract procedure.....	170
A.	Securing Transparency Through Information Disclosure	171
B.	Encouraging Procedural Accountability Through Rulemaking Oversight.....	173
C.	Promoting Legitimacy Through Choice-of-Law Inspired Judicial Review	175
	Conclusion: a constitutional transformation too far?.....	177

Capítulo 8 ► Procedural contracts in Germany 179

Christoph A. Kern

I.	Introduction	179
II.	Types of Procedural Contracts.....	181
1.	Procedural Contracts in the Strict Sense	181
2.	Contracts Creating an Obligation with Respect to Proceedings	184
III.	The Law Governing Procedural Contracts.....	186
1.	Principle	186
2.	Irrelevance of the Substantive Rights in Dispute	188
3.	Additional Requirements for the Conclusion of the Contract	189
IV.	Triangular Procedural Contracts?.....	189
V.	Conclusion.....	191

Capítulo 9 ► A igualdade e os negócios processuais 193

Rafael Sirangelo de Abreu

1.	Considerações Introdutórias	193
2.	As múltiplas manifestações da igualdade nas suas relações com o processo civil	195
2.1.	Igualdade ao processo	200
2.2.	Igualdade no processo	200
2.3.	Igualdade pelo processo	201
3.	Os reflexos da igualdade no tratamento dos negócios processuais	202
3.1.	Incidência em negócios pré-processuais que dificultem o acesso equilibrado ao processo	206
3.2.	Incidência em negócios processuais que afetem o equilíbrio do processo... ..	209
3.3.	Precedentes e negócios processuais	211

4.	Considerações finais.....	213
----	---------------------------	-----

Capítulo 10 ► Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais215

Trícia Navarro Xavier Cabral

1.	Introdução	215
2.	Novidades legislativas	217
3.	Direito estrangeiro.....	221
4.	Convenções das partes em matéria processual	225
5.	O calendário processual.....	231
6.	Análise prospectiva dos reflexos das novidades legislativa sobre os atos judiciais.....	235
7.	Referências	241

Capítulo 11 ► As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC 245

Diogo Assumpção Rezende de Almeida

1.	Introdução	245
2.	O contrat de procédure do direito francês.....	246
3.	As convenções processuais.....	254
4.	As convenções processuais no novo CPC.....	264
5.	Conclusão.....	266

Capítulo 12 ► Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015 269

Bruno Garcia Redondo

1.	“Publicismo” do Direito Processual Civil e o Código brasileiro de 1973.....	269
2.	Autorregramento da vontade das partes no Código de 1973.....	270
3.	Autorregramento da vontade das partes no Código de 2015.....	272
4.	Código de 2015: cláusula geral de atipicidade de convenções processuais e princípio da do respeito ao autorregramento da vontade	273
5.	Rompimento radical com o anterior sistema: necessidade de mudança de paradigma para a adequada interpretação da inovação.....	274
6.	Bibliografia.....	277

NEGÓCIOS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE

Capítulo 13 ► **Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado** 281

Marcela Kohlbach de Faria

1. Negócios jurídicos processuais 281
2. Os negócios processuais unilaterais 284
3. O direito do devedor ao parcelamento como negócio jurídico processual unilateral..... 285
 - 3.1. Sistemática do CPC de 1973..... 285
 - 3.2. Sistemática do novo CPC.....
Do Substitutivo da Câmara dos Deputados (nº 8.046, de 2010) à Lei.
13.105 de 16 de março 2015. 289
4. Conclusão..... 292
5. Bibliografia..... 293

Capítulo 14 ► **Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material ..** 297

Paula Costa e Silva

1. A história do presente texto 297
2. O tema do presente texto: pactum de non petendo 298
3. Origem e evolução da figura do pactum de non petendo 302
4. O objecto do pacto de non petendo..... 305
5. A admissibilidade do pacto de non petendo enquanto convenção excludente da exigibilidade 315
6. Os efeitos do pacto de non petendo 327
7. Conclusão..... 334

Capítulo 15 ► **A legitimidade extraordinária de origem negocial** 335

Daniela Santos Bomfim

1. A teoria do fato jurídico como uma teoria parcial do direito. 335
2. O conceito de negócio jurídico..... 337
3. O negócio jurídico processual e a cláusula geral prevista no CPC de 2015. 342
4. A legitimidade extraordinária no contexto do CPC de 2015: a sua contextualização com a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais..... 344
5. Peculiaridades sobre a legitimação extraordinária de origem negocial..... 349
6. Conclusões..... 352

Capítulo 16 ► **Calendarização Processual.....** 353

Eduardo José da Fonseca Costa

1. Introdução 353
2. Calendarização (primeira parte) 354
3. Calendarização (segunda parte)..... 356
4. Calendarização processual como técnica de governança judicial 358
5. Acordo de calendarização e acordo de procedimento 360
6. Calendarização por imposição judicial..... 362
7. Recusa da parte ou do advogado à calendarização..... 363
8. Modelos de termo de calendarização..... 364
9. Calendarização em execução..... 367
10. Conclusão..... 368

Capítulo 17 ► **La celeridad procesal a cargo de las partes (invitación del propio juez de la causa).....** 371

Germán Hiralde Vega e Federico Causse

- i. Clases y diferencias de procesos en el sistema argentino.
- ii. Contingencias que la clase de proceso produce en la extensión del debate y etapas.
- iii. Invitación a las partes: 1) Posibilidad de hacerlo.
2) Posibilidad de que las partes de común acuerdo lo pidan.....
- iv. Análisis de la afectación del derecho de defensa.
- v. Casos aplicables.
- vi. Final..... 371
- i. Clases y diferencias de procesos en el sistema argentino 373
- ii. Contingencias que la clase de proceso produce en la extensión del debate y etapas..... 375
- iii. Invitación a las partes 376
 - 1) Posibilidad de hacerlo 376
 - 2) Posibilidad de que las partes de común acuerdo lo pidan..... 378
- v. Casos aplicables 380
- vi. Final..... 380

Capítulo 18 ► **Verdade como objeto do negócio jurídico processual** 383

Beclaute Oliveira Silva

- Introdução 383
1. Michele Taruffo e a tese da impossibilidade da verdade negociada 384
 2. Crítica à posição de Michele Taruffo..... 388

3. Os fatos e sua repercussão no direito.....	391
4. Concepção declaratória da prova	393
4.1. Prova como situação no mundo fenomênico.....	393
4.2. Prova como argumento	393
5. Concepção constitutiva da prova.....	394
6. Análise crítica das duas correntes	397
6.1 (In)subsistência da concepção declaratória	398
6.2. (In)subsistência da concepção constitutiva	399
6.3. Prova como enunciado.....	400
7. Negócio jurídico sobre a prova.....	401
8. Notas conclusivas.....	403
9. Referências	404

Capítulo 19 ► A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória..... 407
Robson Renault Godinho

Capítulo 20 ► Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição..... 417
Paulo Mendes de Oliveira

1. Introdução	417
2. Negócios processuais. Considerações iniciais.	422
3. Reflexões sobre a natureza pública do direito processual civil	427
4. Direitos fundamentais processuais	430
5. O princípio do duplo grau de jurisdição.....	433
6. O direito ao recurso no contexto dos direitos fundamentais processuais.....	435
7. Supressão do duplo grau de jurisdição por negócio processual	437
8. Conclusão	439
9. Referências bibliográficas.....	440

Capítulo 21 ► Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal..... 445
Júlia Lipiani e Marília Siqueira

1. Introdução	445
2. Negócio jurídico processual	446
2.1. O negócio jurídico	446
2.2. O conceito de negócio processual.....	447
2.3. A cláusula geral de negócio processual no Código de Processo Civil	450
3. As (im)possibilidades de negócios sobre a fase recursal.....	455

3.1. Negócio jurídico processual sobre novas modalidades recursais	455
3.2. Negócios sobre requisitos de admissibilidade	457
3.3. Negócio jurídico processual sobre a renúncia de instância	465
3.4. Formação, apresentação e execução dos negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal.....	473
4. Conclusão.....	474
Referências bibliográficas	477

Capítulo 22 ► Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo 481
Mirna Cianci e Bruno Lopes Megna

1. Introdução: a encruzilhada entre o público e o privado.....	481
2. Os negócios jurídicos e o processo.....	484
2.1. Fundamentos dos negócios jurídicos processuais.....	484
2.2. Pressupostos e limites dos negócios jurídicos processuais	486
3. Negócios jurídicos processuais e a Fazenda Pública.....	490
3.1. Cabe autocomposição sobre direitos materiais da Fazenda Pública?	491
3.2. Cabe autocomposição sobre direitos processuais da Fazenda Pública?	494
3.3. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais típicos.....	497
3.4. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais atípicos.....	499
4. Conclusão: do cabimento de negócios processuais com a Fazenda Pública – pontos de partida para o debate.....	501
5. Referências bibliográficas.....	504

Capítulo 23 ► Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública..... 507
Tatiana Simões dos Santos

I. Introdução	507
II. CPC e Fazenda Pública versus ordem pública e interesse indisponível.....	510
III. Sugestões para a aplicação prática das convenções processuais em ações envolvendo a Fazenda Pública.....	513
IV. Conclusão.....	517
V. Bibliografia	518

Capítulo 24 ► Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem..... 521
Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas

1. Introdução	521
2. Os negócios jurídicos processuais.....	523
2.1. Breve histórico e conceituação	523

NOTA DOS COORDENADORES

Quando começamos a idealizar a presente obra, pensávamos apenas em organizar um livro que fosse simples e didático; um livro que, ainda que em linhas superficiais, pudesse apresentar ao grande público de língua portuguesa um tema até certo ponto obscuro, mas que nos últimos anos tem se desenvolvido rapidamente.

De fato, os negócios processuais vêm sendo cada vez mais utilizados como forma de flexibilizar o processo judicial, buscando emprestar-lhe maior eficiência e imprimir adaptabilidade dos mecanismos processuais de tutela dos direitos às necessidades dos jurisdicionados.

Todavia, à medida em que os convites aos autores foram sendo aceitos, nossa empolgação não parou de crescer, até o momento em que, para nossa alegria, vimos a bela coletânea que apresentamos à comunidade jurídica brasileira e mundial.

Ao mesmo tempo em que informa, é também aprofundada; ao lado de noticiar a nova fronteira que se anuncia no Código de Processo Civil de 2015, colocam-se perspectivas do direito estrangeiro. Mas as qualidades que o trabalho oferece ao leitor não param aí. A obra traz diversos artigos que contribuem para o desenvolvimento de uma teoria geral dos negócios processuais, e outros que enfrentam temas específicos por abordar negócios jurídicos processuais setoriais.

Com efeito, na primeira parte, intitulada “Fundamentos dos negócios jurídicos processuais”, agrupamos os ensaios brasileiros e estrangeiros que tocam os aspectos introdutórios e principiológicos dos negócios processuais, textos que procuram lançar as bases para sua correta compreensão, conceituação, qualificação, e que desenvolvem questões polêmicas e relevantes no que tange aos seus limites e efeitos.

Na segunda parte, denominada “Negócios processuais em espécie”, foram reunidos artigos que examinam tipos específicos de negócios unilaterais ou bilaterais referentes ao exercício da ação e do recurso, à tramitação temporal do processo (calendário, suspensão do processo, dilação de prazos), à produção da prova, à arbitragem e outros meios extrajudiciais de solução de controvérsias, ou ainda que discutem as possibilidades de utilização dos negócios processuais pela Fazenda Pública e pelo Ministério Público.

Além disso, ao final, divulgam-se em anexo a Resolução n.118 do CNMP – atualmente (e até a entrada em vigor do novo CPC) a única norma nacional que

2.2. Requisitos de validade	528
2.3. Classificação	530
3. A arbitragem e os pactos processuais	530
3.1. A opção pela via arbitral. A convenção de arbitragem.....	531
3.2. A opção pela lei aplicável.	533
3.3. Sentença arbitral. Prazos, esclarecimentos e fundamentos.....	535
4. Conclusão.....	536
5. Referências	538
Capítulo 25 ► A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais.....	541
<i>Antonio do Passo Cabral</i>	
1. Introdução.	
Convencionalidade no direito público	541
2. A tendência de convencionalidade no direito penal e sancionador.....	545
3. A possibilidade de negociação em improbidade administrativa.....	546
4. Ações coletivas e termo de ajustamento de conduta	547
5. O novo CPC e os mecanismos de autocomposição dos litígios.....	549
6. A diferença entre negócios processuais e negócios de direito material. A indisponibilidade do direito não impede a negociação sobre o processo	550
7. A resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público	551
8. Conclusão.....	553
9. Bibliografia	554
Capítulo 26 ► Medios alternativos de resolucion de conflictos en Argentina	559
<i>Maria Valeria Di Bernardo.</i>	
I. Introducción.....	559
II. Concepto.....	561
III. Características.	561
IV. Aspectos Beneficiosos de los Medios Alternativos a la luz de las 100 Reglas de Brasilia.....	564
V. Conclusiones	573
ANEXO I.....	575
ANEXO II.....	581

Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: JusPodivm, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PICOZZA, Elisa. "Il calendario del processo". *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 2009, LXIV, n. 6.

RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile: legge 18 giugno 2009, n. 69*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

SANTOS, Marina França. "Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberto pelo novo Código de Processo Civil". Texto inédito, gentilmente cedido pela autora.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: processo de conhecimento*. 25ª ed. Atual. Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1977, v. 9, t. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Negócio jurídico processual*. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54.

VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002.

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

Flávio Luiz Yarshell¹

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.

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

1. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo e em Brasília.

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 juizes 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 fatos jurídicos processuais, isto é, acontecimentos que – embora sem reger 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, afora 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 reger 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 que, 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 *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 expresse, 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.

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 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.

Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira¹

Sumário • 1. Nota introdutória; 2. Breve resenha doutrinária sobre os negócios processuais; 3. Conceito de negócio jurídico processual; 4. O novo CPC e algumas figuras negociais; 5. Os acordos de procedimento no CPC de 1973; 6. Acordos de procedimento no Código de Processo Civil de 2015; 7. Espécies de acordos de procedimento.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O presente ensaio busca identificar a presença de negócios processuais sob a modalidade “acordos de procedimento”, a partir do advento do Código de Processo Civil, sem perder de vista algumas figuras negociais da espécie existentes no direito brasileiro, mesmo em período mais remoto e sob a égide do CPC/1973.

2. BREVE RESENHA DOUTRINÁRIA SOBRE OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

O estudo dos negócios jurídicos, historicamente, esteve vinculado ao Direito Privado. Na Ciência Processual, a temática é relativamente recente. Coube à doutrina alemã elaborar e desenvolver o conceito de negócio jurídico processual², a partir do final do século XIX³⁻⁴.

1. Doutor (UFBA) e Mestre (UFAL) em Direito. Professor de Direito Processual Civil (graduação e mestrado) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor e coordenador do curso de Direito da SEUNE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro fundador da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Advogado.
2. DENTI, Vittorio. *Negozi processuale*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978, v. XXVIII, p. 138.
3. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 28-29, notas 8 e 9 *et passim*.
4. Para uma resenha das diferentes concepções germânicas, no período, sobre a teoria do negócio processual, conferir: FERRARA, Luigi. *Studi e Questioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1908, p. 44 e segs.; PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938, p. 66 e segs.

SCHÖNKE⁵, já no século passado, admitia as convenções privadas sobre determinadas situações processuais (v.g. pacto de não executar), mas esses acordos não surtiriam efeitos imediatos de caráter processual, embora obrigassem os interessados a proceder segundo eles. LENT⁶ procurou identificar negócios processuais no âmbito dos atos processuais praticados pelas partes; seriam verificados quando os efeitos processuais se produziram quando queridos pela parte. Mais recentemente, também LEIBLE⁷ e JAUERNIG⁸ admitem, embora excepcionalmente, a existência de contratos processuais (v.g. compromisso arbitral), segundo a ZPO.

Na Itália, CHIOVENDA⁹ admitiu claramente a figura dos negócios processuais, visto que em certos atos relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes. Assim se daria com os atos unilaterais praticados com o fim de criar, modificar ou extinguir direitos processuais (v.g. renúncia, aceitação da herança etc.)¹⁰⁻¹¹⁻¹². FAZZALARI, mais recentemente, também admitiu a existência dos negócios processuais, que, segundo ele, melhor seriam denominados "atos processuais negociais"¹³ (v.g. renúncia a alguma faculdade processual).

5. SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Revisão Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 148.
6. LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Tedesco*. Tradução Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1959, p. 122.
7. LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike, 1999, p. 306.
8. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 174.
9. Antes de CHIOVENDA, FERRARA (FERRARA, Luigi. *Studi e Questioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1908, p. 43 e segs.) aceitava a noção de negócio jurídico processual por influência dos autores alemães que o criaram, desenvolveram e discutiram (WACH, TRUTTER, BULOW, KHOLER). Sobre a difusão do conceito de negócio jurídico processual na doutrina do processo penal, conferir: PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni degli Atti Processuali Penali*. Napoli: Jovene, 1933, p. 96 e segs.
10. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1913, p. 775-776. Lição posteriormente repetida em: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 25-26.
11. Nesse sentido, atribuindo caráter de negócio processual à composição judicial amigável, mas negando-lhe à desistência e ao compromisso: MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJEA, 1970, v. I, p. 292. Aceitando também a figura dos negócios processuais, mas com poucas variações doutrinárias: DONDINA, Mario. *Atti Processuali Civili (civili e penali)*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, I. Torino: UTET, 1957, p. 1.520; ROCCO, Ugo. *Diritto Processuale Civile - Parte Generale*. Napoli: Jovene, 1936, p. 318; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1964, p. 419; PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938, p. 75; INVREA, Francesco. La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. IX, parte I. Padova: CEDAM, 1932, p. 44; BETTI, Emilio. *Negoziio Giuridico*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, XI. Torino: UTET, 1957, p. 220, dentre outros.
12. Concepção bem particular foi a desenvolvida por CARNELUTTI. Parte o autor italiano da premissa de que as noções de direito subjetivo e negócio jurídico seriam correlatas. A partir daí, enumera as características do negócio processual: (a) ser um ato de exercício de um poder cuja finalidade prática consista em determinar a conduta alheia por meio de seu efeito jurídico, (b) sendo o poder jurídico exercitado um direito subjetivo. Uma ampla relação de atos concretos poderiam ser reconduzidos ao conceito de negócio processual (compromisso, requerimentos das partes, revogações etc.) (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, III. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 124-125).
13. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 416.

A doutrina brasileira, quando não recusou valor à figura¹⁴, simplesmente silenciou sobre o problema, salvo algumas exceções¹⁵.

Na doutrina estrangeira, algumas críticas foram lançadas, em especial a de ROSENBERG¹⁶, seguido na Itália por RICCA-BARBERIS¹⁷⁻¹⁸. O argumento básico é o de ser infrutífero o intento de selecionar uma quantidade de atos como declarações de vontade, para diferenciá-los, como negócios jurídicos processuais, dos demais atos processuais das partes. Enquanto no direito civil (BGB) haveria uma série de normas aplicáveis àquelas declarações de vontade (v.g., regras sobre capacidade de obrar, representação, condições, termos, vícios de vontade etc.), no direito processual seria diferente, já que todos os atos processuais da parte teriam sempre a mesma regulação.

DENTI¹⁹, por sua vez, negava o caráter processual aos atos de autonomia privada, que manteriam com o processo uma relação de mera ocasionalidade, a exemplo da conciliação judicial, que não teria nenhum conteúdo processual autônomo, e os atos praticados fora do processo (v.g. compromisso, acordo para modificação da competência, pactos sobre provas etc.). Ambos não teriam propriamente efeitos processuais, mas apenas relevância para o processo.

Também LIEBMAN²⁰ procurava distinguir os atos processuais dos negócios jurídicos, porquanto nos primeiros, embora caracterizados como fatos voluntários,

14. Recusam a figura do negócio processual, no Brasil: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484; KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 141; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 16; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 248; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 6. Os argumentos apresentados são similares: no processo não haveria espaço para o autorregramento da vontade, uma vez que os efeitos de possível ocorrência dos atos dos sujeitos do processo já estariam previamente disciplinados pela lei.
15. CALMON DE PASSOS adota posição intermediária. Assume que, em tese, em face da redação do art. 158 do CPC-1973, a figura do negócio processual poderia ser admitida em nosso direito. Nada obstante, as declarações negociais das partes, para produzirem efeitos no processo, necessitariam da intermediação judicial. Vale dizer, a desistência do recurso, ou acordo para suspensão do processo, v.g., seriam negócios jurídicos apenas por razão da relevância que, em tais circunstâncias, seria dada à vontade das partes em produzir o resultado. Disso não decorreria, porém, que a eficácia no processo seja produzida pelas próprias declarações. Sem o pronunciamento judicial integrativo, esses as consequências de natureza processual seriam inexplicáveis (PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-70).
16. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007, p. 407.
17. RICCA-BARBERIS, Mario. Due Concetti infecondi: «negoziio» e «rapporto processuale». In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. VII, parte I. Padova: CEDAM, 1930, p. 193.
18. Seguindo essa crítica, com argumentos similares: REDENTI, Enrico. *Atti processuali civili*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1959, v. IV, p. 115; MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile*, I. Torino: Giappichelli, 2002, p. 397-398.
19. DENTI, Vittorio. *Negoziio processuale*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978, v. XXVIII, p. 140.
20. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 291.

a vontade se dirige à prática do ato, enquanto nos segundos a vontade se dirige à obtenção de um dado efeito. Os efeitos no tocante aos atos processuais já viriam preestabelecidos em lei²¹.

3. CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Após essa brevíssima resenha doutrinária, pode-se, aqui, definir o negócio processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais²². No negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação²³.

Seguramente que o autorregramento da vontade, na sua relação com as normas processuais cogentes, encontrará limites significativamente maiores do que no espaço que lhe é deixado no âmbito do direito privado²⁴. Apesar disso, parece inquestionável a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais, para que possam influir e participar na construção da atividade procedimental²⁵, sem que isso represente o reflexo ou a consagração de uma postura “neoprivatista”²⁶, pois não se está defender os limites, em maior ou menor extensão, desse campo de autonomia, mas sim e somente a sua própria existência.

21. Em outro ensaio, LIEBMAN parece flexibilizar essa distinção, ao tratar da figura do “componimento processuale”, ao vislumbrar a ligação entre a extinção da relação processual e ato de vontade das partes, quando salientou: “Non si può dunque, tanto nella volontà delle parti quanto nell’efficacia dell’atto, dissociare l’estinzione del rapporto processuale dal regolamento dato consensualmente all rapporto controverso: l’una cosa è voluta com l’altra; l’una per l’altra.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. La Risoluzione convenzionale del processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1932, v. IX, parte I, p. 266).

22. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2001, p. 109 et passim.

23. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.

24. CHIOVENDA já dizia: “designando um ato processual o caráter de negócio jurídico, nem por isso se afirmou que o direito reconheça à vontade da parte a mesma importância que lhe pode reconhecer no direito privado.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 26). No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual*. In: *Temas de Direito Processual*, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 91; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1, p. 263.

25. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 291.

26. BARBOSA MOREIRA utilizou-se da expressão “neoprivatismo” para designar o conjunto de concepções doutrinárias contrárias à exacerbação do elemento publicístico no processo civil, com a concentração de poderes do juiz, sobretudo em matéria probatória (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87 e segs.).

A proposta de descaracterizar o negócio processual a partir do argumento segundo o qual os efeitos, no campo processual, seriam sempre *ex lege*, também não satisfaz. Os efeitos jurídicos, a rigor, decorrem do fato jurídico (independente de ser a espécie negocial ou não). Somente a previsão em abstrato dos efeitos se encontra nas normas jurídicas. Logo, não há propriamente, efeitos *ex voluntate*. Conforme bem sintetizou PAULA SARNO BRAGA, “Serão negócios processuais quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (com limites variados)”²⁷.

Também não nos parece convincente a ideia de que os negócios processuais estariam sempre a depender da intervenção ou intermediação judicial para produzir os seus efeitos. É preciso não confundir os efeitos processuais do ato do processo e os efeitos da cadeia procedimental como unidade. A desistência do recurso já produz o efeito de transitar em julgado de imediato a decisão recorrida²⁸, sem que se necessite da intermediação judicial para sua propagação. Ora, se à parte é dada a possibilidade de manifestar vontade abdicando do direito de recorrer e o ordenamento jurídico valora e recebe esse querer, dando-lhe inclusive primazia sobre os provimentos jurisdicionais posteriores que o contrariem²⁹, é porque está reconhecido o poder de autorregramento da vontade no processo.

4. O NOVO CPC E ALGUMAS FIGURAS NEGOCIAIS

O universo de negócios processuais é significativamente amplo³⁰. Uma considerável parte dos atos procedimentais praticados pelas partes pode ser enquadrada como autênticos negócios jurídicos processuais.

Percorrendo o texto do novo Código de Processo Civil, é possível identificar vários exemplos de negócios jurídicos processuais. Assim sucede com a renúncia ao prazo (art. 225), a convenção processual de dilação de prazo, o acordo de substituição de bem penhorado, a eleição negocial do foro³¹, o acordo para

27. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, junho, 2007, n. 148, p. 312.

28. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 335.

29. Cf. STJ. AgRg no RESP n. 902711/SP. Relator Ministro Luiz Fux. DJe 18.11.2010.

30. É possível identificar, como o faz VITIRITTO (VITIRITTO, Benedito Mário. *Reflexões sobre o Negócio Jurídico Processual*. In: *O Julgamento Antecipado da Lide e Outros Estudos*. Belo Horizonte: Lemi, s/a, p. 114 e segs.), negócios processuais que interferem no início (petição inicial), no desenvolvimento (acordo para suspensão do processo) e no término (desistência) da relação processual, ou do procedimento, diríamos.

31. Vislumbra-os, com exemplos, SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 172 ss. PAULA SARNO BRAGA admite, ainda, a existência de negócios processuais plurilaterais – com vontades distintas, advindas de mais de dois lados, que convergem para um fim comum –, como uma suspensão convencional firmada entre opositos e oponente ou uma cláusula compromissória aposta em contrato social que deu fim a processo instaurado por um dos sócios (BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual, cit., p. 314).

a suspensão do processo, o adiamento negociado da audiência, a desistência do recurso, a arrematação no processo de execução³² etc.

Na própria petição inicial, como bem percebido por FREDIE DIDIER JR.³³, há pelo menos o negócio jurídico processual³⁴ de escolha do procedimento a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos: mandado de segurança ou procedimento ordinário, Juizados Especiais ou procedimento sumário etc.

Os atos judiciais também podem ser enquadrados na categoria dos negócios jurídicos; é possível falar então de *negócio jurídico processual judicial*³⁵, porque o sistema admite para certos atos uma margem de liberdade de escolha para o juiz (v.g. poder geral de efetivação, art. 536, § 1º do novo CPC).

Os negócios jurídicos bilaterais costumam ser divididos em contratos, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e acordos ou convenções, quando as vontades se unem para um interesse comum³⁶. Não se nega a possibilidade teórica de um contrato processual³⁷, mas é certo que são mais abundantes os exemplos de acordos ou convenções processuais³⁸.

A autonomia privada pode ser restringida em maior ou menor escala, mas isso não descaracteriza o ato como negócio³⁹. Todo efeito jurídico é, obviamente, consequência de um fato jurídico; ora a norma confere à autonomia privada mais liberdade para a produção de eficácia jurídica, ora essa liberdade é limitada⁴⁰. O relevante para caracterizar um ato como *negócio jurídico* é a

32. Sobre a arrematação como ato negocial: DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 5, p. 640-641; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, X. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 353 e segs.; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 702.

33. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 262.

34. Vai ainda mais além PAULA COSTA E SILVA, com argumentos muito bons, que aproxima o *acto postulativo* do ato negocial. Defende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte "quer" do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 318 ss.). Entendendo a petição inicial como negócio processual: CUNHA, Paulo. *Apontamentos de Processo Civil e Comercial*. Lisboa: s/e, 1938, v. 2, p. 34.

35. Sobre o assunto, conferir: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2001, p. 109 e segs.

36. Por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Fernando de Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 198.

37. Admitindo, por exemplo, *contratos processuais*, ECHANDIA, Devis. *Teoria General del Proceso*. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, p. 380-381.

38. BARBOSA MOREIRA já havia sugerido a designação "convenção processual" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual - terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89.).

39. "Não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre o terreno privatístico" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*, cit., p. 93).

40. Em sentido próximo: BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual*, cit., p. 312 ss.

circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico, com poder de autorregramento; no negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, ou, dentre de amplitude variada, das situações jurídicas que advirão⁴¹.

O conceito de negócio jurídico não preconiza a ligação direta e unívoca de todos os efeitos decorrentes do ato à vontade manifestada pela parte, como se para ter configurado o negócio o figurante precisasse estipular livremente o conteúdo de todos os efeitos. Oportuna, a propósito, a ponderação lançada por PAULA COSTA E SILVA a respeito das tentativas doutrinárias de recusar o caráter negocial de certos atos do processo quando não houvesse ligação direta entre a vontade e os efeitos respectivos:

[...] a expressão negócio processual pode induzir em erro se através dela se pretende, uma vez mais, afirmar que todos os efeitos induzidos por um acto processual devem ser abrangidos pela vontade do respectivo autor. Há efeitos do acto processual negocial que continuam a estar tabelados. Os efeitos que os actos, independentemente do respectivo conteúdo e zona de ataque, têm no processo estão estabelecidos por lei.⁴²

Essa necessidade de correspondência unívoca entre a vontade e os efeitos resultantes do ato – como se todos os efeitos do ato estivessem ligados ao querer do agente?, nem mesmo no plano do direito material sempre se verificaria⁴³, daí porque a rejeição ao negócio jurídico processual, por tal argumento, não nos parece decisiva.

Esses negócios jurídicos têm como objeto situações jurídicas⁴⁴ tipicamente processuais. Conforme assinala TEIXEIRA DE SOUSA, "é a disponibilidade sobre os efeitos processuais que afere a admissibilidade dos negócios processuais"⁴⁵.

5. OS ACORDOS DE PROCEDIMENTO NO CPC DE 1973

No Brasil, a discussão sobre a possibilidade de celebrarem as partes ou interessados acordos sobre o procedimento não é nova.

41. DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 58.

42. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo - o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 270.

43. Quando alguém saca uma nota promissória (negócio jurídico unilateral de direito cambiário), não exige a lei que o emitente configure todos os efeitos decorrentes do seu ato. Além disso, há vários efeitos que operam mesmo que o emitente não os queira. Assim, v.g., ao emitir uma nota promissória agrega-se-lhe inapelavelmente o caráter de título executivo (CPC/2015, art. 784, I). São, como se vê, efeitos previstos na lei, contra os quais a vontade do estipulante nada pode, mas, nem por isso, se cogita de afastar o caráter negocial daquele ato.

44. Sobre o conceito de situação jurídica processual, conferir: DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 117 e segs.

45. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 193.

A escolha do procedimento é um negócio jurídico unilateral feito pelo autor ao ajuizar a demanda. Não raro estará o demandante autorizado pelo sistema a optar por um dentre dois ou mais procedimentos admissíveis para tutela do direito subjetivo material afirmado⁴⁶ (para se pleitear o reconhecimento de um crédito fiscal pode-se ajuizar uma “ação” ordinária, mas se revela admissível também o ajuizamento de mandado de segurança, v.g.). Esse ato de escolha configura um negócio jurídico processual unilateral.

A própria utilização do procedimento sumário, previsto no art. 275 do CPC-1973⁴⁷ (não derogado em definitivo em razão da previsão do art. 1.063 do CPC/2015), em lugar do tradicional rito ordinário revela também uma escolha de feição tipicamente negocial. PONTES DE MIRANDA falava no princípio da “preferibilidade do rito ordinário”⁴⁸ para indicar que o demandante estava autorizado pelo sistema a renunciar a faculdade de se valer da via sumaríssima, mais expedita, para se utilizar das vias ordinárias. Em outras palavras, o uso do procedimento ordinário no lugar do sumário não seria causa de nulidade⁴⁹.

DINAMARCO ainda propôs diferenciar a escolha do procedimento – esta proibida pelo ordenamento processual –, da escolha do processo. Assim, quando a lei previsse uma tutela diferenciada em prol do demandante, este poderia renunciar à benesse e fazer a opção pelas vias ordinárias. Escolher a tutela jurisdicional seria projeção da liberdade de demandar, segundo a conveniência de cada um⁵⁰.

Já CALMON DE PASSOS se apresentava refratário a qualquer possibilidade de acordo entre os litigantes sobre a adoção do rito sumário e vice-versa (o ordinário no lugar do sumário), pois no Direito Processual Civil predominariam regras cogentes, subtraindo o poder dispositivo das partes; além disso, não haveria no Código preceito autorizador dessa convenção⁵¹.

46. Como lembram KLIPPEL e ADONIAS, havendo cumulação de pedidos (CPC-1973, art. 292), o uso do procedimento comum ordinário pode ser “opção” do demandante (KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 365).

47. Na redação originária do art. 275 do CPC-1973, utilizava-se, no dispositivo, a denominação “procedimento sumaríssimo”, posteriormente modificada para “procedimento sumário”, com o advento da Lei n. 9.245/95.

48. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 544.

49. Em sentido contrário, entendendo que o uso do procedimento sumário previsto no art. 275 do CPC-1973 seria obrigatório, não havendo aí opção ao demandante: PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 2. ed. São Paulo: RT, 1979, p. 60; PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 261. Outros admitem uma autêntica “escolha” do procedimento nos casos de cumulação de pedidos, em que havendo previsão de procedimento diverso para cada um dos pedidos cumulados, admite-se a cumulação com a adoção do rito ordinário (CPC-1973, art. 292, § 2º). Nesse sentido: LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*, I. São Paulo: Atlas, 2005, p. 134.

50. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 476.

51. PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 104.

O ponto de partida para a aceitação do acordo de procedimento está na ideia de que ao autor é lícito, em certas situações, escolher o rito da demanda a ser ajuizada⁵². Trata-se aí de poder de autorregramento da vontade, que não pode ser desprezado.

Para as hipóteses em que é dado ao demandante optar por um ou outro procedimento⁵³ não haveria justificativa para recusar que essa opção fosse estabelecida consensualmente, entre autor e réu.

De fato, como o autor pode decidir, unilateralmente, se vai ajuizar uma demanda sob o rito ordinário ao invés do rito sumário; ou uma ação ordinária no lugar de uma ação monitória, não há razão para recusar validade a um negócio jurídico cujo objeto seja justamente essa escolha.

A liberdade de pactuação sobre o rito, em outros tempos, durante a vigência do Regulamento 737 de 1850, já chegou a ter contornos amplos, porquanto expressamente autorizada a convenção negocial das partes sobre a eleição do procedimento sumário para qualquer causa⁵⁴.

Admissível também se revela a convenção das partes sobre o procedimento para as causas de juizados especiais, nas hipóteses em que não se esteja a tratar de competência absoluta. Tratando-se de opção procedimental⁵⁵, nada obsta a que essa eleição se faça por convenção. Assim, num determinado contrato é lícito aos contratantes estipular que eventuais demandas decorrentes da avença devam seguir o rito dos juizados especiais⁵⁶, ou, em sentido oposto, o rito comum, com exclusão do rito especial⁵⁷.

52. O STJ já decidiu: “O emprego do procedimento ordinário, em vez do procedimento sumário ou mesmo especial, não é causa de nulidade do processo, pois prejuízo algum traz para o recorrente, uma vez que no rito ordinário a possibilidade de dilação probatória é mais ampla, em atendimento à garantia constitucional de ampla defesa.” (STJ. RESP 844357-SP. Rel. Ministro Francisco Falcão. DJ 09.11.2006)

53. Outro exemplo de negócio jurídico processual de escolha de procedimento está no acordo entre os litigantes sobre a conversão do processo de inventário para arrolamento sumário (CPC/2015, art. 659).

54. “Art. 245. Esta forma de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente.”

55. Irretocável a observação de JOEL DIAS FIGUEIRA JR.: “fica ao talante do autor a escolha do procedimento que lhe pareça mais apto a fim de melhor adequar a ação de direito material à ação de direito processual” (FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: RT, 2006, p. 53).

56. Obviamente que a validade dessa convenção se condicionaria à adequação do valor da causa e da complexidade da pretensão a ser deduzida. Assim, v.g., tratando-se de pretensão a receber crédito, de menor complexidade e de valor inferior a quarenta salários mínimos, não haveria óbice e nem razão para recusar valor a um acordo no qual se pactuasse a escolha do procedimento previsto na Lei n. 9.099/95, com renúncia à opção pela demanda sob o rito ordinário, sumário ou até mesmo monitório, em tese também admitidos.

57. Tratando-se de pacto de procedimento oriundo de relações jurídicas de consumo, a estipulação negocial deverá se adequar às regras de facilitação da defesa do consumidor em juízo (CDC, art. 6º, VIII). Por isso, seria de duvidosa validade a exclusão do rito especial dos juizados especiais formulada em contrato de adesão pré-disposto unilateralmente por fornecedor de produtos ou serviços.

6. ACORDOS DE PROCEDIMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

No CPC/2015, art. 190, *caput*, é possível vislumbrar (a) negócios jurídicos processuais que recaem sobre ônus, faculdades e deveres das partes e (b) negócios processuais que dizem respeito ao procedimento, denominados “acordos de procedimento”.

Os acordos de procedimento vão ao encontro da ideia de favorecer e prestigiar, sempre quando possível, as soluções de controvérsias obtidas diretamente pelos próprios litigantes.

Se a solução consensual do litígio é benéfica, porque representa, além do encerramento do processo judicial, a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir que os litigantes possam, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinar a forma do exercício das suas faculdades processuais conforme suas conveniências, ou até mesmo delas dispor, conforme o caso⁵⁸.

O art. 190 do CPC/2015 prevê:

“Art. 190. 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.”

O *caput* do art. 190 do CPC/2015 admite a celebração entre as partes de negócios jurídicos bilaterais (acordos) sobre o procedimento. Trata-se de manifestação do que alguns denominam de flexibilização procedimental voluntária⁵⁹. É preciso considerar que as especificidades da causa mencionadas no enunciado normativo constituem as circunstâncias que as próprias partes convencionam como relevantes para conferir um tratamento diferenciado ao procedimento. São as partes ou figurantes do negócio jurídico que elegem as especificidades e a partir delas acordam os ajustes procedimentais.

O juiz se vincula aos acordos sobre o procedimento celebrados pelas partes, devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado. Não há, outrossim, necessidade de homologação judicial para que a convenção produza seus efeitos, já que, segundo o art. 200 do CPC/2015, as declarações bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, dispensando-se qualquer ato homologatório do juiz para a sua eficácia seja produzida.

58. Como ressalta Loïc Cadiet, as convenções das partes não são apenas instrumentos para solução da controvérsia, mas também técnica complementar de gestão do processo civil (CADIET, Loïc. *Les conventions relatives au procès en droit français*. In: *Accordi di Parti e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 19-20).

59. GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização Procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 215.

Há, em princípio, várias formas de se celebrar acordos de procedimento. Assim sucede, v.g., com o pacto de não recorrer⁶⁰, o pacto sobre a prova⁶¹, o pacto sobre o procedimento probatório⁶², o calendário processual⁶³ etc.

O novo CPC, ao tempo em que abre espaço à participação das partes na construção do procedimento, democratizando-o, também se preocupa em evitar que esses acordos, na prática, funcionem como instrumento de abuso de direito. Por isso, o pacto somente será admitido (a) quando se tratar de direitos passíveis de autocomposição; (b) quando as partes sejam capazes e (c) quando estejam em situação de equilíbrio, não se permitindo o acordo de procedimento em contratos de adesão ou em contratos em que figurem partes em situação de vulnerabilidade.

Em alguns sistemas jurídicos, adota-se o modelo de gestão processual, por meio da qual ao juiz é dado interferir no desenrolar do procedimento a fim de adequá-lo às especificidades do caso concreto⁶⁴. O art. 190, *caput*, do CPC/2015 admite a adaptação procedimental, mas que não se estabelece como resultado de um ato unilateral do juiz e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador.

Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as partes, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio

60. O pacto de não recorrer significa a estipulação, no curso do processo, inclusive, para que a demanda tramite apenas em uma determinada instância. Trata-se de um acordo de exclusão do procedimento em grau de recurso. Estipular que o processo findará perante o juízo de primeiro grau significa, em outras palavras, renunciar mutuamente ao recurso. As partes, que obviamente têm a liberdade para escolher se recorrem ou não em face de determinada decisão, decidem manifestar, desde logo, reciprocamente, a vontade de não interpor recurso. No direito francês, o pacto de renúncia conjunta a recurso, depois de ajuizada a ação, é admitido no art. 41 do *Code de Procédure Civile*. Sobre o assunto: CADIET, Loïc. *Les conventions relatives au procès en droit français*. In: *Accordi di Parti e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 27. O CPC português, no art. 681º, n. 1, autoriza expressamente o pacto de prévia renúncia ao recurso.

61. Assim se verificaria, v.g., com a escolha bilateral do perito para o processo, permitindo que a prova pericial a ser produzida pudesse ser resultado da eleição negociada de profissional de confiança dos próprios litigantes.

62. Assim sucederia, v.g., com a estipulação prévia entre as partes da ordem de oitiva das testemunhas arroladas etc.

63. A previsão do *calendário processual*, semelhantemente ao que já se encontra em outros ordenamentos, a exemplo do francês (cf. art. 764 do CPC francês) e, mais recentemente, do italiano (cf. art. 81-*bis* do *Codice*, introduzido pela Legge 18 giugno 2009, n. 69), estabelece mecanismo importante de adaptação procedimental, a permitir que os prazos, sobretudo na instrução, sejam fixados de maneira adequada e possam ser cumpridos mais facilmente, sem a necessidade de sucessivas intimações dirigidas às partes, ou de sucessivos pedidos de prorrogação de prazos dilatórios.

64. Para uma exposição criteriosa do modelo de *case management* no direito inglês, conferir: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *O case management inglês: um sistema maduro?* In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, n. 21. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia Editora, 2010, p. 83 e segs. Para uma exposição sobre a expansão da gestão processual na Europa, especialmente na Itália e na França, conferir: ANDRADE, Érico. *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo*. In: *Revista de Processo*, n. 193. São Paulo: RT, março/2011, p. 168 e segs.

sistema, a condição de adaptar o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio; trata-se de instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático.

7. ESPÉCIES DE ACORDOS DE PROCEDIMENTO

É possível propor uma tipologia dos acordos de procedimento a partir de variados critérios. Nessa perspectiva, é possível cogitar de (a) acordos estáticos e dinâmicos, conforme a convenção preveja ou não um regramento diferenciado para o rito, e (b) acordos antecedentes ou subsequentes, adotando-se aqui como critério o momento da sua respectiva celebração.

Os negócios jurídicos bilaterais que recaem sobre o rito, aqui denominados de acordos de procedimento, podem se restringir a uma simples escolha das partes quanto a um procedimento previamente estabelecido na lei; são acordos estáticos.

Para os acordos estáticos, os litigantes optam por determinados procedimentos quando a ordem jurídica assim o permite, mas sem haver uma livre disciplina, de natureza convencional, sobre como a causa deve ser processada (v.g., as partes convencionam o procedimento comum com pré-exclusão do procedimento monitorio, previsto no art. 700 do CPC/2015).

Ao mesmo tempo, a partes podem, exercitando as faculdades que decorrem da incidência do art. 190 do CPC/2015, ajustarem o procedimento de acordo com seus interesses, seja criando um novo rito, seja restringindo fases, seja limitando prazos, meios de prova, ou a própria forma dos atos do processo. Aqui temos os acordos dinâmicos.

Conforme o momento de sua celebração, os acordos podem ser antecedentes, quando estipulados antes do processo, inclusive, mas não apenas, em contratos, contendo o pacto de escolha do rito previsto em lei, ou de adaptação do procedimento conforme as suas especificidades.

Há, ainda, os acordos subsequentes, assim considerados aqueles celebrados na pendência da demanda. A previsão da audiência de conciliação no procedimento comum (CPC/2015, art. 334) pode favorecer à celebração desse tipo de convenção. As partes aqui ajustam como será o desenrolar do processo já em curso. O juiz, os conciliadores, inclusive em audiência, podem dialogar com as partes e sugerir a celebração de acordos de procedimento com vistas a obter um melhor rendimento do processo ou até acelerar sua tramitação.

La qualification juridique des accords processuels

Loïc Cadet¹

Table des Matières - I. - Accords processuels et droit du procès; II. - Accords processuels et droit du contrat.

1. Dans toute une série de travaux antérieurs, j'ai abordé la question de la contractualisation de la justice et du procès², dont il faut commencer par dire qu'elle soulève d'emblée d'importantes difficultés sémantiques. La terminologie est en effet d'une assez grande variété où se côtoient les expressions de contractualisation de la justice, contractualisation du procès, contractualisation du litige, contractualisation de la procédure, contractualisation de l'instance ou, encore, contractualisation des modes de règlement des litiges. Il faudrait sans doute distinguer ces différentes notions, qui sont souvent utilisées comme équivalentes, par commodité. La contractualisation des modes de règlement des litiges est l'expression la plus large. Elle concerne aussi bien les modes de règlement judiciaire que les modes de règlement extra judiciaire des litiges. La contractualisation des modes de règlement judiciaire correspond à la contractualisation du procès et, plus spécifiquement, à la contractualisation de la procédure ou de l'instance, si l'on envisage le procès une fois le juge saisi. La contractualisation des modes de règlement extrajudiciaire renvoie plutôt, quant à elle, à la contractualisation du litige, ces modes de règlement extrajudiciaire pouvant être juridictionnels, comme l'arbitrage, ou non juridictionnels, comme la transaction conclue à la suite d'une négociation, d'une conciliation ou d'une médiation. Mais ces distinctions ne sont pas étanches car les modes de règlement non juridictionnels se développent aussi devant le juge lui-même ainsi que

1. Professeur à l'École de droit de la Sorbonne - Université Paris 1. Président de l'Association internationale de droit processuel
2. Depuis « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, pp. 193 à 223, jusqu'à « Liens d'obligation, liens du procès : une introduction », in *Procès civil et rapport d'obligation - Mélanges en l'honneur de Jean Beauchard*, Paris, Lextenso Editions, 2013, pp. 19-41, en passant notamment par « Le spectre de la société contentieuse », in *Mélanges offerts à Gérard Cornu*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 29-50 ; « Les jeux du contrat et du procès - Esquisse », in *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 23-52 ; « Les accords sur la juridiction dans le procès », in P. Ancel et M.-C. Rivier (sous la direction de), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, pp. 34-55 ;

l'illustrent la conciliation judiciaire et la médiation judiciaire. Reste enfin la contractualisation de la justice qui, à proprement parler, ne devrait désigner que la contractualisation à l'œuvre au sein même de l'institution judiciaire, conçue comme administration de la justice, au sens organique ou organisationnel du terme. Mais il arrive en pratique qu'on l'emploie pour désigner aussi la contractualisation du procès parce que le procès est la manière ordinaire d'administrer la justice, cette fois-ci au sens substantiel ou matériel du terme³.

C'est la contractualisation de la procédure que je vais parler ici.

2. La contractualisation du procès ne se réduit pas, en effet, à la seule contractualisation du litige, qu'il s'agisse d'en anticiper la survenance au moyen de clauses contractuelles relatives aux différends, ou d'en élaborer la solution grâce aux différentes formes de négociation et de conciliation, judiciaire ou conventionnelle; elle doit également s'entendre de la contractualisation de la procédure elle-même⁴. Cette contractualisation de la procédure évoque d'emblée l'arbitrage et il est vrai que l'arbitrage trouvant sa source dans la convention des parties peut apparaître comme une procédure de type contractuel. Mais l'observation, pour être moins évidente, plus inédite, vaut aussi -elle vaut en vérité surtout- pour la procédure devant les juridictions étatiques. Ici, le contrat se diffuse très sensiblement au sein du procès; au moyen d'accords processuels (on peut aussi parler d'actes processuels conventionnels), il devient, en quelque sorte, à l'instar sinon à l'égal de la loi et de la décision unilatérale du juge, une technique complémentaire de gestion de la procédure, du moins en matière civile. À la lecture des index des ouvrages de droit judiciaire privé, la chose ne va pourtant pas de soi car, le plus souvent, n'y figurent ni le mot accord, ni le mot contrat, ni le mot convention, et l'expression « accord processuel » ou « accord sur la juridiction » encore moins. De quoi s'agit-il? Seuls nous intéressent ici les accords conclus par les parties au cours d'un procès qui les oppose, à l'exclusion des accords conclus par les parties en l'absence de litige car le juge n'est pas requis, alors, de vider une querelle, de régler un différend. Il peut certes y avoir des accords soumis à la juridiction gracieuse; l'exercice de la juridiction gracieuse peut parfois même être soumis au consentement du requérant⁵, mais la juridiction gracieuse ne peut pas faire l'objet d'un accord entre les parties, il ne peut y avoir d'accord sur la juridiction gracieuse. Les

3. Pour une vue générale, voir P. Ancel, V° « Contractualisation », in L. Cadïet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

4. Voir L. Cadïet, « Les conventions relatives au procès en droit français - Sur la contractualisation du règlement des litiges », *Revista di processo*, 2008, n° 160, pp. 101 sq.

5. Voir par exemple article 1173 du Code de procédure civile, en matière d'adoption : « Le tribunal peut, avec l'accord du requérant, prononcer l'adoption simple, même s'il est saisi d'une requête aux fins d'adoption plénière ».

accords sur la juridiction dans le procès peuvent donc être définis comme les accords sur la solution contentieuse du litige, c'est-à-dire sur la manière dont un juge étatique va trancher le litige qui lui est soumis, conformément aux règles de droit applicables, à l'issue d'une procédure dont le cours et les formes sont également déterminés par la loi.

3. Le fait d'analyser le lien juridique d'instance comme un rapport juridique de nature légale et non pas contractuelle, une institution et non pas une convention, ainsi qu'on le faisait pourtant naguère, n'interdit pas qu'il puisse faire l'objet d'accords. Dès lors que le procès civil est conçu comme la chose des parties tout autant que celle du juge, il est permis de considérer que les règles processuelles peuvent être conventionnellement aménagées dans la limite « des lois qui intéressent l'ordre public » selon la disposition de l'article 6 du Code civil français⁶. La frontière qui sépare l'ordre public de la liberté contractuelle dépend alors de la règle à laquelle il est dérogé. Ce tracé est variable selon les règles. Une ligne directrice pourrait être que la liberté contractuelle s'exerce avec une efficacité décroissant à la mesure des atteintes portées aux prérogatives procédurales du juge. Il existerait, en quelque sorte, une gradation dans la neutralisation de la liberté contractuelle. Plus le traitement judiciaire de l'affaire met en cause les prérogatives processuelles du juge, moins les parties peuvent aménager librement la solution juridictionnelle de leur litige. À partir de cette directive générale, il convient, de manière quasiment clinique, d'identifier les accords processuels à travers la législation, la jurisprudence ou la doctrine qui leur donnent chair car, pour la pratique, elle n'est facilement mesurable. Cette recherche n'est pas dépourvue d'arbitraire. Il se peut qu'elle passe sous silence des hypothèses pouvant être considérées comme des accords processuels et, à l'inverse, qu'elle retienne des accords qui n'en sont pas vraiment. Sous cette réserve, deux séries d'accords semblent pouvoir être distingués : d'un côté, les accords relatifs à l'instance, de l'autre, les accords relatifs au juge. J'ai présenté ces différents accords dans des travaux antérieurs ; je n'y reviendrai donc pas⁷. En revanche, au-delà de la typologie, la question de leur qualification juridique a rarement été abordée. C'est elle que je voudrais évoquer dans ces lignes.

4. Parce que ces accords sont des accords, leur qualification doit être envisagée au regard des catégories du droit des contrats; mais parce que ces accords portent sur la juridiction et sont conclus au cours du procès, leur qualification doit également être recherchée au regard des catégories du droit du procès. À dire vrai, le travail de qualification processuelle (I) a été plus

6. « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

7. Voir L. Cadïet, « Los acuerdos procesales en derecho francés - Situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia », *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, aug.-dec. 2012, pp. 3-35.

facilement et plus spontanément conduit que la recherche d'une qualification contractuelle (I).

I. - ACCORDS PROCESSUELS ET DROIT DU PROCÈS

5. Le recensement que nous avons effectué des accords sur la juridiction a permis d'observer que ces accords, conclus entre les seules parties, n'avaient pas tous pour effet de lier le juge. La raison en est que leur efficacité est bornée par les prérogatives que la loi reconnaît au juge dans le déroulement de la procédure et la solution du litige. Cette distinction, implicite en droit français, paraît être une distinction courante de certains droits étrangers comme, par exemple, le droit allemand et, dans une moindre mesure, le droit italien qui distinguent ainsi les actes processuels produisant leurs effets directement sur le procès, *bewirkungshandlungen* ou *atti causativi*, de ceux qui ne peuvent produire leurs effets qu'après une décision du juge, *erwirkungshandlungen* ou *atti induttivi*⁸. Cette distinction rend bien compte des solutions du droit français. Les actes processuels conventionnels sont en effet de deux sortes selon que leur efficacité est soumise ou non à une décision du juge. Le critère de distinction tient à l'objet de l'accord.

Lorsque l'accord a pour objet l'office du juge (hypothèses des articles 12, alinéas 3 et 4⁹, ainsi que de l'article 41, alinéa 2 du Code de procédure civile¹⁰), c'est-à-dire en définitive le droit d'action¹¹, l'accord s'impose au juge car les parties sont libres de disposer de leur droit d'agir, à la condition, bien sûr, que le droit litigieux soit lui-même disponible. D'où la condition posée, dans ces cas-là, que les parties aient la libre disposition des droits litigieux et que l'accord soit exprès. On pourrait voir, dans cette première sorte d'actes processuels

8. Y. Muller, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse Paris I, 1996, n° 347.

9. Après avoir posé, dans l'alinéa premier et dans l'alinéa 2, le principe selon lequel « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » et « Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée », les alinéas 3 et 4 limitent ce principe en disposant que « Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat » et que « Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

10. Aux termes de l'article 41, alinéa 2, une fois le litige né, les parties « peuvent, (...) pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir en vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort ».

11. L'office du juge répond en effet au droit d'action, le pouvoir de juger au pouvoir d'agir, dès lors que l'action est définie comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondé » et le droit, pour l'adversaire, « de discuter le bien-fondé de cette prétention » : art. 30 du Code de procédure civile.

conventionnels, des actes processuels conventionnels de disposition ou, pour faire plus court, des conventions de disposition processuelle. C'est à ces conventions, auxquelles se rattache également la transaction judiciaire, que certains auteurs ont proposé de réserver la qualification de contrat judiciaire¹².

En revanche, lorsque l'accord des parties a simplement pour objet d'aménager le traitement procédural du litige, c'est-à-dire la manière de procéder à travers l'instance, l'accord ne s'impose pas d'emblée au juge ; il ne produit effet que si le juge y consent à son tour. C'est en effet l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice qui sont alors en cause et qui justifient la mission confiée au juge de veiller « au bon déroulement de l'instance »¹³. On peut voir, dans cette deuxième variété d'actes processuels conventionnels, des actes processuels conventionnels d'administration ou, de manière plus concise, des conventions d'administration processuelle.

6. Telle quelle, cette distinction conduit alors deux observations complémentaires.

La première est que l'application de cette distinction à la radiation conventionnelle de l'affaire, que le code de procédure civile appelle le retrait du rôle, fait difficulté. En effet, aux termes de l'article 382 du Code de procédure civile, « Le retrait du rôle est ordonné lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée ». Cet accord des parties s'impose donc au juge, ce qui est un effet des conventions de disposition processuelle. Pourtant, cet accord ne requiert nullement que les parties aient la libre disposition de leurs droits, comme c'est le cas pour les conventions d'administration processuelle : c'est du reste à l'occasion d'une procédure de divorce que la Cour de cassation de cassation avait été amenée à statuer en ce sens dans un arrêt de principe rendu en Assemblée plénière le 24 novembre 1989¹⁴. À dire vrai, cette distorsion

12. V. spéc. Y. Muller, *op. cit.*, n° 347, qui y voit un « acte processuel dispositif », à distinguer des « actes processuels directifs », qui prennent normalement la forme d'un acte de procédure.

13. Article 3 du Code de procédure civile : « Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ».

14. Cass. ass. plén. 24 novembre 1989, *Bulletin des arrêts civils*, Ass. plén., n° 3 ; JCP 1990, II, 21407, note Cadiey ; *Revue trimestrielle de droit civil* 1990, pp. 145 sq, obs. Perrot : « Si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable ; que la faculté d'accepter ou de refuser le renvoi, à une audience ultérieure, d'une affaire fixée pour être plaidée, relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral ; que si les parties conviennent de ne pas déposer leur dossier, le juge peut procéder à la radiation de l'affaire », mais « après avoir énoncé qu'au cas où les parties considèrent de leur intérêt d'éviter ou de différer une solution judiciaire, elles ont la possibilité de suspendre le cours de l'instance en formant une demande conjointe de radiation, laquelle s'impose alors au juge, l'arrêt retient à bon droit, répondant aux conclusions, que la délibération du conseil de l'ordre est contraire aux dispositions réglementaires en vigueur en ce qu'elle tend à faire admettre que les juridictions se trouveraient liées par les demandes de renvoi présentées par les représentants des parties ».

ne contredit pas la distinction des deux sortes de conventions. La radiation conventionnelle est sans doute une convention de disposition processuelle, d'où sa force obligatoire à l'égard du juge. Seulement, par cette convention, les parties ne disposent que de l'instance sans disposer de leur action. Peu importe, par conséquent, que le droit litigieux soit disponible ou non. La même différence s'observe, dans l'ordre des actes processuels unilatéraux, à propos du désistement d'action et du désistement d'instance, le premier nécessitant la libre disposition des droits litigieux, à la différence du second¹⁵.

La deuxième observation est que le rôle du juge n'est pas le même à l'égard de ces deux sortes de conventions. Ce rôle est toujours *principal*, sinon *décisif*, s'agissant des conventions d'administration processuelle car l'accord du juge ou, pour dire l'autre côté, son absence d'opposition, est nécessaire à leur efficacité : la requête conjointe n'échappe pas à cette nécessité puisque le juge a le pouvoir de la déclarer d'office irrecevable si elle ne répond pas aux prescriptions de la loi¹⁶. En revanche, le rôle du juge n'est jamais décisif s'agissant des conventions de disposition processuelle, ce qui ne signifie pas qu'il soit inexistant dans ce cas. Il est seulement *accessoire* : accessoire et, en quelque sorte *réceptice*, lorsqu'il consiste à constater l'accord des parties sur la solution de leur litige en vertu, par exemple, d'une transaction ; accessoire également et *dérivé*, lorsqu'il tire les conséquences, sur l'instance, d'un accord intervenu entre les parties. Qu'il prenne la forme d'un jugement de donné-acte, d'un procès-verbal de conciliation ou d'une décision constatant l'extinction de l'instance, l'acte du juge peut alors être classé dans la catégorie des actes processuels non juridictionnels, à côté des mesures d'administration judiciaire : il n'en va différemment que lorsque la loi soumet l'accord à l'homologation du juge car l'accord est alors *juridictionnalisé*, l'homologation relevant parfois de la matière gracieuse¹⁷. Cette différence dans l'intensité de l'intervention

15. Voir L. Cadieu et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, 8^{ème} éd. 2013, n° 410-409 et 688-682.

16. Article 57 du Code de procédure civile : « La requête conjointe est l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs. Elle contient, en outre, à peine d'irrecevabilité : 1° a) Pour les personnes physiques, les nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des requérants ; b) Pour les personnes morales, leur forme, leur dénomination, leur siège social et l'organe qui les représente légalement ; 2° L'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ; 3° Le cas échéant, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier. »

17. Voir par exemple article 131, alinéa 2 du Code de procédure civile, relatif à la conciliation préalable des parties devant le tribunal d'instance lorsque cette mission est confiée par le tribunal au conciliateur de justice (« Les parties peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice. L'homologation relève de la matière gracieuse ») et article 131-12 du Code de procédure civile, à propos de la médiation judiciaire (« Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent. L'homologation relève de la matière gracieuse »). La solution n'est cependant pas générale. Voir par exemple, en ce qui concerne les conciliations réalisées devant le juge de la mise en état du tribunal de grande instance, article 768 du Code de procédure civile : « Le juge de la mise en état peut

du juge explique aussi que les conventions d'administration processuelle ont un caractère procédural plus marqué que les conventions de disposition processuelle qui sont donc plus proches du droit commun des actes juridiques conventionnels. Cet aspect-là de la qualification ne doit pas être oublié : les accords sur la juridiction dans le procès doivent également être envisagés du point de vue des catégories contractuelles.

II. - ACCORDS PROCESSUELS ET DROIT DU CONTRAT

7. Ces accords, présentés comme des conventions, voire des contrats au regard du droit processuel, le sont-ils vraiment au sens du droit des contrats ? Lorsque la doctrine processualiste parle du *contrat judiciaire*, l'expression doit-elle être prise au pied de la lettre contractuelle ou n'est-elle qu'une image commode comme le langage juridique en véhicule bien d'autres ? La chose ne fait aucun doute s'agissant des conventions d'arbitrage et de la transaction qui figurent au nombre des contrats dits *nommés*, ou *spéciaux*, organisés par le Code civil¹⁸. Ces conventions ont du reste acquis droit de cité dans les manuels de contrats spéciaux, encore que ce soit depuis peu de temps¹⁹, et que ce traitement ne soit pas général. Mais *quid* des autres conventions, *innommées*, qui n'ont pas pour objet de se substituer au jugement et qui constituent la matière première des accords processuels ? Il semble qu'il soit également permis d'y voir des conventions, quand bien même le régime juridique qui leur est applicable porte, à des degrés divers, l'empreinte de leur objet processuel.

8. Ce n'est pas parce que ces accords n'ont pas les honneurs de la doctrine contractualiste qu'ils ne sont pas des conventions. La particularité de leur objet ou, plus généralement, de leur environnement peut simplement expliquer le désintérêt manifesté à leur égard par les spécialistes du droit des contrats. Certains, du reste, n'en font pas mystère, à l'instar de François Collart-Dutilleul et Philippe Delebecque qui, s'attachant à préciser le domaine des contrats civils et commerciaux étudiés par eux, soulignent que « les contrats relatifs aux actions en justice (...) présentent une réelle spécificité, et méritent d'être étudiés davantage

constater la conciliation, même partielle, des parties. Il homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent ».

Rapprocher, pour les accords extrajudiciaires, article 1565 du Code de procédure civile : « L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée ».

18. Articles 2044-2058 pour la transaction. - Article 2059-2061 pour le compromis. A quoi il faut ajouter, depuis 2011, la convention de procédure participative, aux articles 2062-2068.

19. V. notamment Ph. Malaurie, L. Aynès et P.Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, Paris, Defrénois, 6^e éd. 2012, pp. 593-654 : « Contrats relatifs au litige ».

au regard de la procédure civile qu'au regard du droit des contrats»²⁰. Mais le sort de ces contrats, de ce point de vue, n'est pas différent de celui qui est réservé aux contrats de mariage et de donation, aux contrats de société et de travail, au contrat d'assurance ou aux contrats ayant pour objet les droits de la personnalité. Les particularités du régime de ces différents contrats n'entament pas leur commune nature contractuelle. Pourquoi en irait-il différemment des accords sur la juridiction? Les uns comme les autres trouvent du reste un ancrage dans la disposition de l'article 1107 du Code civil aux termes de laquelle « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre » (le titre III du livre III du code civil, art. 1101 à 1369), le 2ème alinéa de ce texte précisant que « les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ». Le code civil est le droit commun; le code de procédure civile est au nombre de ces corps de « règles particulières » au même titre que le code du travail ou le code de commerce²¹. Le code civil, au demeurant, s'il indique, maladroitement, les conditions nécessaires à la validité des conventions (articles 1108 sq), n'en donne pas de définition générale. Cette définition, façonnée par la doctrine, est fort large puisqu'elle désigne « tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque »²².

Entre les conventions individuelles du code civil et les conventions internationales conclues par les États, il y a place pour les conventions processuelles au moins autant que pour les conventions collectives en droit du travail ou les protocoles de procédure qui sont comme des conventions collectives de procédure civile²³. Les accords processuels sont bien des accords de volonté et ces accords sont bien destinés à produire un effet sur l'ordonnement juridique du procès, effet de droit, assurément²⁴. Le fait que les accords processuels soient parfois subordonnés à l'intervention du juge n'est pas davantage de nature à les priver de leur nature conventionnelle. En droit des contrats, par exemple, les contrats purement consensuels n'absorbent pas, à eux seuls, le droit commun des contrats qui connaît aussi bien d'autres

20. F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 9^e éd. 2011, n° 15.

21. En ce sens également, voir J. Héron, « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », *Droits*, n° 7, 1988, pp. 85 sq, spéc. p. 85.

22. Voir par exemple G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 7^{ème} éd. 2005, V° « Convention », I, 1.

23. Voir L. Cadet, *Leçons sud-américaines sur quelques évolutions contemporaines du système français de justice*, spécialement Cinquième leçon : « Últimas evoluciones de la contractualización de la justicia y del proceso: los protocolos de procedimiento », Marcial Pons, 2015.

24. Rappr. P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil* 1999, pp. 791 sq, spéc. n° 32-34.

contrats pour la validité ou la preuve desquels certaines formalités déterminées par la loi doivent être respectées. L'intervention du juge, à cet égard, n'est pas radicalement différente de l'intervention d'un notaire. Le juge comme le notaire confèrent l'authenticité aux conventions qu'ils investissent de leur autorité. Cette conclusion rejoint l'enseignement selon lequel, dans le Code de procédure civile, l'acte de procédure a été conçu comme un acte juridique. Il suffit de renvoyer, sur ce point, aux travaux du doyen Cornu²⁵ et de Jacques Héron²⁶, récemment remis en lumière par Lucie Mayer dans sa thèse de doctorat²⁷. Dès lors qu'il est commun aux parties, cet acte de procédure est donc nécessairement un acte juridique bilatéral, c'est-à-dire une convention. Mais, qu'il soit unilatéral ou bilatéral, l'acte juridique doit être distingué de son effet car l'objet de l'acte est extérieur à la volonté de ses auteurs.

9. Il est compréhensible, dès lors, que l'objet processuel de la convention influence, à des degrés divers, le régime juridique qui lui est applicable. C'est là une autre affaire, question de degré et non pas de nature.

Les accords processuels sont destinés à produire un effet sur l'ordonnement juridique du procès, qu'il s'agisse d'adapter les formes et le cours de l'instance ou d'aménager l'office du juge. Il n'est pas possible ici d'entrer dans le détail de chaque sorte d'accord pour apprécier l'influence de leur objet processuel sur leur régime juridique. De manière générale, disons, d'une part, que les conventions d'administration processuelle sont davantage soumises à l'influence des règles du droit processuel que les conventions de disposition processuelle et, d'autre part, que la soumission des conventions d'administration processuelle au droit du procès est d'autant plus forte qu'elles empruntent la forme d'un acte de procédure comme si, en quelque sorte, la forme (*l'instrumentum*) occultait le fond (*le negotium*) et se suffisait à elle-même. À l'inverse, fort logiquement, plus l'accord processuel se dégage du formalisme procédural, plus les règles générales du droit des obligations retrouvent leur empire.

Aussi n'est-il pas étonnant que ce soit essentiellement à propos des conventions de disposition processuelle, des contrats judiciaires selon l'expression courante, que la jurisprudence ait eu et a toujours à apprécier la formation et les effets des accords sur la juridiction à l'aune du droit commun des conventions. Et parmi ces conventions de disposition processuelle, c'est bien sûr à l'égard de la convention opérant règlement du litige, c'est-à-dire la transaction, judiciaire en l'occurrence, que le rattachement au droit du contrat est le plus fort. Tout d'abord, à défaut de disposition particulière, les accords

25. G. Cornu, note sous Cass. 2^{ème} civ., 15 octobre 1975 et 2 mai 1976, *Dalloz* 1977, pp. 125 sq.

26. J. Héron, « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé » précité.

27. L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préface L. Cadet, Paris, IRJS Édition 2009.

processuels sont soumis, *mutatis mutandis*, aux conditions de formation des conventions, qu'il s'agisse du consentement et de la capacité de la partie qui s'oblige ou de l'objet et de la cause. Le consentement, surtout, est susceptible de faire problème et, des trois vices du consentement, l'erreur est le plus fréquemment invoqué²⁸. Il appartient d'ailleurs au juge, en amont, de s'assurer de la réalité de l'accord des parties, ce qui doit le conduire à tenir compte des éléments figurant dans les motifs des conclusions des parties, même s'ils ne sont pas repris dans le dispositif des écritures²⁹.

Ainsi faut-il comprendre la formule désormais classique de la Cour de cassation suivant laquelle le contrat judiciaire portant règlement du litige « n'existe qu'autant que le juge a constaté l'accord des parties sur le point qui en fait l'objet »³⁰, sans oublier le contrôle de la disponibilité des droits litigieux ou du caractère exprès auxquels l'accord des parties est parfois soumis. Illustre ce contrôle le jugement selon lequel une simple concordance entre les conclusions des parties ne constitue pas l'accord « exprès » auquel l'article 12, alinéa 3 et alinéa 4 du Code de procédure civile subordonne les pactes de droit applicable ou d'amiable composition³¹. De même, conformément au droit commun des conventions, l'accord processuel a force obligatoire entre les parties de sorte qu'il ne peut être modifié ou révoqué que de leur commun accord, conformément à l'article 1134 alinéa 2 du Code civil³². La jurisprudence, sur ce

28. Voir Y. Muller, *op. cit.*, pp. 262 sq.

29. Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2008, *Bulletin des arrêts civils*, I, n° 179, au visa de l'article 1134 du Code civil, dans une hypothèse où les juges avaient donné acte aux époux d'un accord portant sur le caractère gratuit de l'occupation du logement familial par l'épouse.

30. Cass. soc. 3 mars 1981, *Bulletin des arrêts civils*, V, n° 159. - V. aussi Cass. 2^{ème} civ., 14 décembre 1992, *Bulletin des arrêts civils*, II, n° 313 : « un contrat judiciaire ne se forme qu'autant que les deux parties s'engagent dans les mêmes termes et que leur engagement réciproque est constaté par le juge ». - Cass. 1^{ère} civ. 25 juin 2008 précité.

31. Cass. 3^{ème} civ., 10 octobre 1979, *Bulletin des arrêts civils*, III, n° 175. - Cass. 1^{ère} civ., 27 octobre 1992, *Bulletin des arrêts civils*, I, n° 261. - Cass. 2^{ème} civ., 14 septembre 2006, *Bulletin des arrêts civils*, II, n° 217 ; *Procédures* 2006, n° 229, obs. Perrot ; *D.* 2007, 1382, obs. Julien. On a pu se demander, sur le fondement d'un autre arrêt (Cass. com. 2 mai 1983, *D.* 1985, 368, note Joly ; *JCP* 1986, II, 20691, note Martin) si l'exigence n'avait pas été assouplie. Il ne le semble pas. L'arrêt de la chambre commerciale ne mettait pas en cause les dispositions de l'article 12 CPC, mais celles de l'article 4 relatif à la définition de l'objet du litige. En tout cas, cette solution est contestable. On notera à cet égard que l'accord processuel sur l'office du juge se distingue ici de l'accord sur le fond même du litige puisque, par exemple, en matière de divorce, « Les époux peuvent également, à tout moment de la procédure, lorsque le divorce aura été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage » (article 1-247 du Code civil), cette demande pouvant (et devant) « être formulée de façon expresse et concordante dans les conclusions des parties » (article 1223 du Code de procédure civile). Mais l'accord processuel sur l'office du juge se distingue aussi de l'accord processuel sur la motivation du jugement puisque, aux termes de l'article 1128 du Code de procédure civile, « La demande tendant à dispenser le juge aux affaires familiales d'énoncer dans les motifs de sa décision les torts et griefs des époux doit être formulée de façon expresse et concordante dans les conclusions de l'un et l'autre époux ». Cette solution gagnerait à être généralisée à l'ensemble des accords processuels, afin d'en faciliter la conclusion.

32. Les conventions « ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

point, est constante, depuis fort longtemps ; toutes les études consacrées au contrat judiciaire le rappellent³³. Au lendemain du nouveau Code de procédure civile, Jacques Miguet avait également mis en relief cette solution à propos de l'accord de droit applicable de l'article 12, alinéa 3³⁴ : cet accord n'a pas seulement pour effet de lier le juge quant aux qualifications et aux points de droits auxquels les parties entendent lier le débat ; les parties sont elles-mêmes liées de sorte que l'une d'elles ne pourrait, unilatéralement, sortir de cette délimitation conventionnelle des termes du débat³⁵. La solution vaut également pour la requête conjointe bien qu'il ne s'agisse pas d'une convention de disposition processuelle : le cadre du débat ayant été circonscrit d'un commun accord, les parties ne peuvent unilatéralement élargir les points de désaccord par des demandes additionnelles, ni même modifier leurs prétentions et leurs moyens respectifs ; une demande additionnelle ne serait possible qu'avec le consentement de toutes les parties ayant signé la requête³⁶. Dans toutes ces hypothèses, et hors la transaction, la convention a vocation à se diluer dans le jugement ; le jugement est l'horizon de l'accord des parties et cet horizon borne nécessairement la liberté de leur convention.

10. Mais, au bout du compte, qu'est-ce que cette limite comparée à l'étendue de la liberté laissée à la convention des parties ? Chacun sait bien que l'horizon recule au fur et à mesure que l'on avance. Le plus important n'est-il pas de constater que la juridiction peut être l'objet de conventions particulières associant ainsi les parties à la réalisation de l'œuvre de justice que le juge a mission institutionnelle d'assurer. Il faut se féliciter de cette coopération si caractéristique de la procédure civile contemporaine qui renvoie, dos à dos, conception accusatoire et conception inquisitoire du procès civil. Les accords processuels témoignent exemplairement que le procès n'est pas plus l'œuvre exclusive du juge que le contrat n'est l'œuvre exclusive des parties. À bien des égards, la procédure devant les juridictions étatiques emprunte ainsi des solutions traditionnelles de la procédure arbitrale. Ici comme là, c'est un modèle du procès coopératif qui tend à se développer³⁷.

33. Voir par exemple Y. Muller, *op. cit.*, n° 73 sq.

34. J. Miguet, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », in *Mélanges Pierre Hébraud*, préface M. Despax, Presses Universitaires de Toulouse, 1981, pp. 567 sq, spéc. I, A.

35. Comparer, en matière internationale, G. Cuniberti et M. Requejo, « La sanction des clauses d'élection de for par l'octroi de dommages et intérêts », *ERA Forum* 2010, vol. 11, n° 1, pp. 7-18.

36. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3 : *Procédure de première instance*, Paris, Sirey, 1991, n° 1018. - E. Kerckove, v° « Requête conjointe », *Répertoire de procédure civile*, Encyclopédie juridique Dalloz, n° 8.

37. Voir L. Cadieu, « Avenir des catégories, catégories de l'avenir : perspectives », in J. Walker & O. G. Chase (eds), *Common Law, The future of categories/Categories of the future, Looking ahead*, in J. Walker & O. G. Chase (eds), *Common Law, Civil Law, the Future of categories*, Toronto, LexisNexis, 2010, pp. 635-655 ; « The Emergence of a Model of Cooperative Justice in Europe: Horizontal Dimensions », Florence, *European University Institute*, 5 December 2013, *Working Paper Series*, 2014, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/32632>.