

**UM PROCESSO PRA CHAMAR DE SEU:  
NOTA SOBRE OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS**

***Eduardo Talamini***

*Livre-docente pela USP*

*Doutor e Mestre pela USP*

*Professor de direito processual civil,*

*processo constitucional e arbitragem da UFPR*

*Advogado da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

**1. Introdução**

O negócio jurídico consiste em modalidade de ato jurídico (em sentido amplo) cujo conteúdo e específicos efeitos são delineados pela manifestação de vontade do sujeito que o celebra. A voluntariedade é relevante não apenas na prática do ato em si, mas na obtenção e definição das suas consequências. Ou seja, o conteúdo e consequentemente os efeitos do ato não são todos preestabelecidos em lei, mas delineados, quando menos em substancial parcela, pela vontade do(s) sujeito(s) que pratica(m) o ato.

Por muito tempo controverteu-se acerca da própria existência de negócios jurídicos *processuais*. Para a corrente contrária à existência dessa categoria, haveria apenas negócios jurídicos materiais com consequências processuais: a vontade do sujeito seria relevante para a definição de conteúdo e efeitos materiais; o efeito processual seria prefixado em lei. Seria o que ocorreria, por exemplo, na transação. O mesmo aconteceria na convenção arbitral (negócio pelo qual as partes optam pela arbitragem, em vez do Judiciário, para resolver um conflito seu): a definição de um juiz e um processo privados seria alheia ao direito processual; o efeito jurídico processual (impossibilidade de julgamento do mérito pelo juiz estatal) não seria delineado pelas partes na convenção, mas decorreria de mero ato processual (*stricto sensu*), a arguição da existência da convenção como defesa no processo judicial. Em suma, existiriam apenas atos jurídicos processuais em sentido estrito: condutas voluntárias e preordenadas a um fim, mas que não teriam como interferir sobre seu conteúdo, delinea-lo, no exercício da autonomia da vontade.

Essa concepção, que já foi a dominante, foi progressivamente superada pelo entendimento oposto, que admite negócios processuais. Trata-se de manifestações de vontade que têm por escopo a produção de específicos efeitos processuais, delineados por tais manifestações. O negócio jurídico, em si, pode ser feito dentro ou fora do processo. Importa é que ele produza efeitos processuais. Ele é fruto da vontade do(s) sujeito(s) que o celebra(m), e é por tal vontade modulado, quanto a conteúdo e efeitos.

A rigor, os negócios jurídicos processuais podem ser atos bilaterais ou unilaterais. O negócio processual unilateral é expressão de vontade de um único sujeito (ou polo de sujeitos), que unilateralmente dispõe de alguma posição jurídica processual de que era titular. O negócio processual bilateral é fruto do ajuste de vontade de dois ou mais sujeitos (ou polos de sujeitos), que coordenadamente dispõem sobre suas respectivas posições processuais. Os negócios jurídicos bilaterais são também chamados de *convenções processuais*. Essa é a hipótese mais relevante em termos práticos – e é dela que se tratará fundamentalmente nos tópicos seguintes. Na linguagem corrente, aliás, muitos autores têm aludido genericamente a negócios processuais tendo em vista, precisamente, os negócios bilaterais (convenções) processuais.

## **2. A possibilidade de negócios processuais atípicos**

Se alguma dúvida ainda havia quanto à existência de negócios jurídicos processuais, ela foi de todo sepultada pelo art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, que autoriza a celebração de convenções entre as partes a respeito do procedimento judicial ou das próprias posições jurídicas processuais (direitos, ônus, deveres processuais...). O art. 190 está inserido no livro do Código dedicado aos “atos processuais” – e nele se prevê que a convenção de natureza processual pode celebrar-se “antes ou durante o processo”. Assim, há clara tomada de posição do CPC no sentido de afirmar a natureza processual dessas convenções, independentemente de serem celebradas dentro do processo.

Sempre existiram negócios processuais em nosso ordenamento. Mas antes eles eram típicos. Constituíam *numerus clausus*: hipóteses taxativas, sempre a depender de uma específica previsão legal.

São exemplos de negócios processuais típicos: a cláusula de eleição de foro (CPC/15, art. 63), a cláusula de inversão do ônus da prova (CPC/15, art. 373, § 3º), a desistência da ação (CPC/15, art. 485, § 4º: antes da contestação, é um negócio unilateral; após, é bilateral), a retirada dos autos de documento objeto de arguição de falsidade (CPC/15, art. 432, par. ún.), a convenção arbitral (Lei 9.307/96, art. 3º e ss.).

Mas o art. 190 veicula uma cláusula geral autorizadora dos negócios processuais. Permitem-se negócios processuais *atípicos*. O ajuste de vontade das partes poderá modular o procedimento ou posições jurídicas processuais em outras hipóteses, que não apenas aquelas taxativamente previstas em lei. Assim, atribui-se ampla liberdade às partes para, em comum acordo, modularem o processo judicial, ajustando-o às suas necessidades e expectativas concretas.

A arbitragem foi a fonte de inspiração – ou fator de incentivo – para o legislador instituir essa possibilidade de ampla formatação voluntária do processo judicial. O raciocínio subjacente à cláusula geral de negócios jurídicos processuais estabelecida no art. 190 é o seguinte: se as partes podem até mesmo retirar do Judiciário a solução de um

conflito, atribuindo-a a um juiz privado em um processo delineado pela vontade delas, não há porque impedi-las de optar por manter a solução do conflito perante o juiz estatal, mas em um procedimento e (ou) processo também por elas redesenhado.

### **3. Pressupostos dos negócios processuais**

O exercício dessa liberdade negocial subordina-se a determinados requisitos. Há pressupostos subjetivos e objetivos (ou seja, parâmetros de *negociabilidade* processual subjetiva e objetiva). E entre esses últimos, há um parâmetro geral e outros mais específicos.

#### **3.1. Pressupostos subjetivos**

Para a celebração de negócios jurídicos em geral, é preciso que o sujeito tenha personalidade jurídica e capacidade para o exercício de direitos (C. Civil, arts. 1º, 3º, 4º, 166, I, e 171, I).

Para os negócios processuais, põem-se como pressupostos subjetivos esses mesmos parâmetros, em sua projeção processual: é preciso que o sujeito detenha capacidade de ser parte e de estar em juízo (CPC/15, art. 70). Por exemplo, um condomínio poderá celebrar negócio jurídico, desde que representado por seu administrador ou síndico (CPC/15, art. 75, XI); o incapaz, por seus pais, tutor ou curador (CPC/15, art. 71)...

Em regra, haverá correspondência com a capacidade para exercício de direitos no plano material. Mas, para negócios processuais, o que importa é a capacidade de estar em juízo. Essa normalmente reflete aquela. Contudo existem hipóteses específicas em que entes orgânicos (internos a outras estruturas coletivas), aos quais não se confere autonomia no plano jurídico-material, são admitidos como parte no processo judicial.

Por exemplo, é o que acontece no polo ativo do mandado de segurança. Admite-se que entidade ou órgão público não revestido de personalidade jurídica própria impetire essa ação constitucional, para atacar ato de poder exercido por outro órgão ou ente público, ao qual esteja submetido. O mandado de segurança funciona, então, como instrumento de proteção da competência de um órgão público, lesada ou ameaçada pelos excessos praticados por outro órgão. Nessa hipótese, muitas vezes o mandado de segurança é empregado para atacar ato praticado por outro órgão que integra até a mesma pessoa jurídica que o órgão impetrante (há casos de impetração do *writ* por assembleia legislativa ou por sua mesa diretora, para atacar ato do governador; por câmara municipal ou sua mesa diretora, para atacar ato do prefeito; por tribunal de contas estadual, para atacar ato do governador ou da assembleia legislativa; por setores, faculdades ou departamentos da universidade, para atacar ato de seu reitor etc.). Portanto, tais órgãos públicos despersonalizados detêm capacidade de ser parte, ao

menos especialmente em relação ao mandado de segurança (como concluí em “Partes e terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016/09)”, em *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 80, 2009, n. 2.6). Em consequência, detêm, nesse âmbito, capacidade jurídica para celebrar negócios jurídicos processuais (cabendo, por óbvio, aferir também a presença dos pressupostos objetivos para tanto).

### **3.2. Pressuposto objetivo geral**

O pressuposto objetivo genérico para celebração de convenções processuais é a aptidão de o “direito” submeter-se a “autocomposição” (CPC/15, art. 190, *caput*).

Mas o termo aqui deve ser corretamente compreendido. Causa que comporta autocomposição não é apenas e exclusivamente aquela que envolva direito material disponível. Certamente, causas que envolvem direitos materiais disponíveis comportam autocomposição. Mas não somente elas.

Nem sempre a autocomposição é atingida por meio de um ato de renúncia a pretensões e direitos (o que pressupõe disponibilidade do direito material). Por vezes, a autocomposição é reflexo da constatação, pelo sujeito envolvido no litígio, de que ele não tem razão, total ou parcialmente, naquilo em que vinha pretendendo. Toda vez que alguém constata que sua posição é insubsistente no conflito, em princípio, é possível (e desejável pelo ordenamento) que chegue a uma composição com o adversário. Apenas muito excepcionalmente o ordenamento veda que alguém que constata não ter razão componha-se com a parte contrária. Nesses casos excepcionais, há indisponibilidade não do direito material, mas da pretensão de tutela judicial: é obrigatório submeter a causa ao Judiciário (exemplos: defesa em face da acusação penal, falência, suspensão de direitos por improbidade administrativa...). Já expus mais detalhadamente essa concepção em mais de uma oportunidade (v., esp., “A (in)disponibilidade do interesse público: decorrências processuais”, em *Revista de Processo*, v. 128, 2005).

Em suma, autocomposição abrange *qualquer modalidade de solução extrajudicial do litígio*.

Assim, causas objeto de ações coletivas, em muitos casos, comportam autocomposição (mediante termo de ajuste de conduta). Causas que envolvem a Administração Pública também a admitem (mediante regular processo administrativo), inclusive as fiscais (processo administrativo fiscal). Em todos esses exemplos, cumpre-se o requisito geral objetivo para a celebração de negócios jurídicos processuais.

Como se verá adiante, o requisito do cabimento de autocomposição, por vezes, será insuficiente e, outras vezes, impertinente, para a definição da admissibilidade do negócio processual (v. n. 6, adiante).

### **3.3. Pressupostos objetivos específicos**

Além do pressuposto objetivo genericamente estabelecido no art. 190, outros podem pôr-se para a celebração de específicos negócios processuais.

Por exemplo, nas causas que admitam autocomposição, em regra as partes podem celebrar negócio jurídico prevendo julgamento em um único grau de jurisdição – suprimindo, portanto, o cabimento de apelação. Mas essa modalidade de negócio processual submete-se a um requisito específico: ela não será admissível em causas que se submetem ao duplo grau obrigatório (remessa ou reexame necessário – CPC/15, art. 496).

Já a convenção de modificação de competência tem por pressuposto objetivo a relatividade dessa (art. 63) – não se submetendo, por outro lado, ao requisito geral da admissibilidade de autocomposição (v. adiante).

Assim, caberá, diante de cada possível negócio processual, considerar não só o preenchimento de seus pressupostos gerais, como também investigar se não há adicionais pressupostos específicos.

## **4. Vedação ao abuso**

Além de subordinar-se a pressupostos, o negócio processual encontra um limite de eficácia na vedação ao abuso.

O juiz não aplicará o negócio processual se ele estiver inserido abusivamente em um contrato de adesão (CPC/15, art. 190, par. ún.). Contrato de adesão é aquele que uma parte impõe em bloco à outra, cabendo a essa apenas aceitá-lo ou recusá-lo como um todo, sem margem para a discussão individualizada de suas cláusulas. Mas isso não significa que não possa jamais estabelecer-se um negócio processual no bojo de um contrato de adesão. Ele será válido e eficaz, desde que não configure uma situação abusiva, de enfraquecimento processual da parte que adere ao contrato. Por exemplo, uma instituição financeira pode inserir em contrato de adesão que celebra com seus clientes a previsão de que as citações dela deverão fazer-se por via eletrônica – um a vez que o banco já estará necessariamente cadastrado no sistema eletrônico (CPC/15, art. 246, § 1º). Tal avença confere segurança à instituição financeira sem implicar nenhum sacrifício para o cliente, pois a citação eletrônica é simples, rápida e sem custos.

Mesmo quando não se tratar de contrato de adesão, o juiz deverá aferir se uma das partes não se prevaleceu de “manifesta situação de vulnerabilidade” da outra, para assim inserir disposições processuais abusivas (art. 190, par. ún. – v. também arts. 63, § 3º e 373, § 3º, II, do CPC/15, acerca de negócios típicos). Embora formulado mediante conceitos indeterminados, trata-se de um parâmetro restrito para a negativa de eficácia ao negócio processual – expresso na exigência de que a situação de vulnerabilidade seja “manifesta”.

## 5. O controle pelo juiz

Em regra, a eficácia do negócio jurídico processual independe de prévia homologação ou chancela judicial. Ele produz seus efeitos desde logo (art. 200, CPC/15).

Há exceções. O parágrafo único do próprio art. 200 estabelece uma: a desistência da ação. Em outros casos, o ajuste almejado pelas partes interferirá em termos práticos de modo muito direto sobre a esfera de atuação do juiz – sendo, então, imprescindível que ele intervenha na própria celebração do ato, confirmando sua viabilidade prática. Ou seja, são casos que envolvem uma programação de condutas para o próprio juiz – e que só terão como vinculá-lo se ele for previamente consultado e aferir a factibilidade daquilo que se pretende. É o que se passa na convenção sobre calendário processual (CPC/15, art. 191 – v. adiante). Nesse caso, não há exagero em se afirmar que o órgão judicial é partícipe da avença, ficando a ela vinculado. Isso não é de todo uma novidade: a alienação executiva (em hasta pública ou alienação por iniciativa privada) certamente não tem natureza jurídica de simples compra e venda. Constitui ato público, de natureza executiva. Mas é também um negócio jurídico (com efeitos materiais e processuais) – de que participa não o executado (até então titular do bem expropriado), mas o Estado-Jurisdição.

De qualquer modo, a regra geral é a dispensa de intervenção ou homologação prévia pelo juiz.

### 5.1. Objeto do controle

No entanto, no curso do processo, cabe ao juiz controlar, de ofício ou ao requerimento do interessado, a validade e eficácia dos negócios processuais (art. 190, par. ún.).

Nesse caso, cumpre-lhe verificar a presença dos pressupostos gerais objetivos e subjetivos, acima destacados. Incumbe-lhe também aferir se o negócio processual foi inserido abusivamente em um contrato de adesão ou se uma das partes prevaleceu-se de “manifesta situação de vulnerabilidade” da outra, inserindo disposições processuais abusivas (art. 190, par. ún.).

Aplicam-se, de resto, as normas relativas aos defeitos dos negócios jurídicos em geral (C. Civ., art. 138 e ss.).

Os vícios de vontade (dolo, erro, coação, estado de perigo e lesão) também podem ser considerados pelo juiz, para negar efeitos ao negócio processual. Mas, para tanto, é necessária provocação da parte interessada (C. Civil, arts. 172 e 177). A anulabilidade pode ser conhecida incidentalmente pelo juiz, que, nessa hipótese, não invalidará propriamente o negócio processual (notadamente se o alcance dele for além do processo em curso), mas lhe negará efeitos naquele caso.

O mesmo se aplica à fraude contra credores (C. Civ., arts. 158, 171 e 177).

Já a simulação, que como a fraude contra credores, é também um vício social, pode, todavia, ser conhecida *ex officio* (C. Civ., arts. 167 e 168). O juiz também pode conhecer de ofício dos motivos de nulidade (C. Civ., arts. 166 e 168). Mas, como nas hipóteses de anulabilidade, o conhecimento incidental da nulidade tem por consequência apenas a negativa de aplicação da convenção processual ao processo em curso. Seria *extra petita* a decisão que pretendesse invalidar o negócio processual como um todo, se esse não é o próprio objeto do processo em curso.

## **5.2. Recorribilidade**

Em regra, não se previu recurso contra a decisão interlocutória que nega validade ou eficácia ao negócio jurídico processual. A exceção concerne à decisão que se recusa a aplicar convenção arbitral, que é passível de agravo de instrumento (art. 1.015, III). Nos demais casos, caberá à parte interessada discutir a questão como preliminar de eventual apelação contra a sentença (art. 1.009, §§ 1º e 2º). Não é viável ampliar o elenco de hipóteses de recorribilidade da interlocutória. Havendo situação grave e urgente, que não possa aguardar eventual e futura apelação, o remédio será o emprego do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX; Lei 12.016/09, art. 5º, II, *a contrario sensu*).

Se o pronunciamento negando validade ou eficácia à convenção processual constituir um capítulo da própria sentença, deverá também ser diretamente atacado mediante apelação – mesmo quando o negócio em questão for a convenção arbitral (art. 1.099, § 3º).

## **6. Modalidades de negócios processuais e seus requisitos específicos**

Na categoria geral dos negócios processuais, inserem-se diferentes modalidades, significativamente distintas entre si – ainda que tendo todas como elemento comum a produção de efeitos jurídico-processuais.

Essa diversidade de espécies implica igualmente variação quanto aos pressupostos objetivos. Diante disso, em certa medida, a fórmula geral utilizada para a definição do pressuposto objetivo dos negócios processuais, *admissibilidade de autocomposição*, ora diz menos, ora diz mais do que deveria dizer.

Procura-se a seguir apresentar uma classificação geral das hipóteses de convenção processual, a fim de identificar de modo mais preciso o pressuposto objetivo de cada uma delas.

## **6.1. Pactos meramente procedimentais**

Há um conjunto de avenças que podem ser qualificadas como de alcance meramente procedimental. São negócios jurídicos que não interferem propriamente sobre direitos, deveres, poderes ou ônus processuais. Versam sobre aspectos puramente formais, de rito.

Não há dúvidas de que é difícil o estabelecimento de uma fronteira precisa entre o que é puramente procedimental e o que assume carga processual, por interferir sobre as posições jurídicas dos sujeitos do processo. Mas a distinção existe. Foi assumida pela própria Constituição, ao diferenciar a competência legislativa (privativa da União) para legislar sobre processo (art. 22, I) da competência legislativa (concorrente entre União, Estados e DF) para legislar sobre procedimento em matéria processual (art. 24, XI).

E essa diferenciação foi também explicitada na própria regra que consagra a possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos. O art. 190 do CPC estabeleceu claramente duas modalidades negociais processuais bilaterais: (i) convenções para “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa”; ou (ii) convenções “sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. A primeira hipótese concerne aos negócios jurídicos processuais meramente procedimentais.

Tais convenções não implicam nenhum significativo afastamento do modelo processual judiciário. Por isso, são admissíveis mesmo em casos que não comportam autocomposição (no sentido amplo antes destacado).

### **6.1.1. Um primeiro exemplo: convenção de calendário processual**

Tome-se como exemplo o ajuste de calendário processual, previsto no art. 191. De comum acordo, as partes, em conjunto com o juiz, podem fixar um calendário próprio para a prática dos atos processuais. Esse calendário vinculará tanto as partes como o juiz (e não apenas a pessoa física do juiz que participou da avença, mas todo e qualquer outro agente jurisdicional que atue no processo) – só se podendo modificar os prazos ali previstos em casos excepcionais, devidamente justificados. Além disso, ficará dispensada a intimação das partes para o cumprimento de (ou participação em) qualquer dos atos fixados no calendário: como as datas e termos já estão todos predefinidos, cabe a cada parte oportunamente observá-los.

A princípio, tem-se nesse caso simples ajuste de agendas. Não há interferência sobre poderes, direitos ou ônus processuais. Bem por isso, o calendário processual pode ser avençado inclusive em causas que não comportam autocomposição, mesmo no sentido amplo acima destacado.

O limite de validade e eficácia do calendário é dado por outras regras específicas, atinentes ao tempo e ordem dos prazos processuais. Por exemplo, não poderá ser avençada a realização de uma audiência em um domingo (art. 212). Também não será possível fixar-se uma data para o proferimento da sentença que implique desobediência à ordem cronológica de conclusão dos processos (art. 12) – a não ser que, ao se pactuar o

calendário, já se convence também que a sentença será dada em audiência, hipótese que não se submete à ordem cronológica de conclusão (art. 12, § 2º, I).

#### **6.1.2. Segundo exemplo: cláusula de eleição de foro**

A cláusula de eleição de foro também é exemplo de negócio jurídico meramente procedimental. A competência territorial, em regra, não constitui sequer pressuposto processual de validade: o ajuizamento da ação no foro incompetente torna-se irrelevante, se não houver arguição oportuna de incompetência pelo réu (art. 65 – a exceção está nos §§ 1º e 2º do art. 47). Não interfere sobre o poder jurisdicional. É estabelecida no interesse das partes, que dela podem dispor.

Também nesse caso, trata-se de convenção admitida mesmo em casos que não comportam autocomposição. O pressuposto objetivo que se põe é o da relatividade da competência objeto da convenção. Além disso, a vedação à abusividade constitui limite à eficácia da eleição de foro (art. 63, § 3º).

#### **6.1.3. Negócios procedimentais atípicos**

Os dois exemplos ora dados concernem a negócios típicos, expressamente previstos em lei. Mas o art. 190 autoriza também a celebração de negócios procedimentais atípicos (p. ex., as partes podem pactuar que a ouvida de testemunhas será feita em audiência específica para tal fim, antes da produção da prova pericial).

### **6.2. Negócios jurídicos com objeto processual em sentido estrito**

Como já ficou claro, o art. 190 autoriza também a celebração de negócios atípicos propriamente processuais – isso é, que não concernem meramente ao procedimento, mas versam sobre “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

Tomem-se como exemplo de negócios atípicos propriamente processuais: (a) o que limita o processo a grau de jurisdição único (não cabimento de apelação); (b) o que retira das partes o poder de provocar a intervenção de terceiros; (c) o que institui litisconsórcio necessário convencional; (d) o que estabelece substituição processual convencional etc.

Entre os negócios típicos que têm caráter processual em sentido estrito, podem ser citadas a inversão convencional do ônus da prova (art. 373, § 3º) e a designação consensual de perito (art. 471).

É para os negócios processuais em sentido estrito, sejam eles típicos ou atípicos, que se põe, propriamente, o pressuposto da admissibilidade de autocomposição. Como há a direta interferência sobre posições jurídicas previstas no modelo processual judiciário, tal espécie de convenção apenas é admissível nos casos que poderiam ser resolvidos até mesmo sem a intervenção judiciária.

### **6.3. Convenções sobre o objeto da cognição judicial e o meio de prova**

Por fim, sob a roupagem de negócio processual, apresentam-se ainda convenções que versam sobre a própria delimitação da matéria a ser conhecida e decidida pelo juiz (definição de questões de fato e de direito) ou sobre o modo como ele irá conhecê-la (delimitação de meios de prova).

Por ocasião do saneamento do processo, o juiz deverá delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, bem como as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (art. 355, inc. II e IV). Todavia, a lei também prevê que as partes podem apresentar delimitação consensual dessas questões de fato e de direito – de modo que, se houver homologação pelo juiz, tal definição vincula-o, tanto quanto às partes (art. 355, § 2º).

Qual a exata natureza dessa definição consensual? Ela constitui um negócio jurídico? Quais pressupostos deve observar o juiz, para poder homologá-la? Qual o grau de vinculação que dela advém, uma vez homologada, especialmente para os órgãos jurisdicionais (não apenas o juiz que a homologa, mas também os graus superiores)?

As respostas dependem da consideração de duas possíveis acepções que podem ser atribuídas à delimitação consensual em questão. Em um caso e em outro, tal ato assume caráter essencialmente diverso.

#### **6.3.1. A delimitação consensual como ato de verdade**

A definição consensual pode decorrer de uma consideração comum das partes no sentido de que, efetivamente, aquelas são as precisas questões de fato e de direito que permanecem controvertidas no processo. Cada parte examina todo o conjunto de pontos afirmados e contestados e se convence de quais são os que permanecem necessitando de instrução e definição. Na medida em que as conclusões de ambas as partes coincidam, há consenso quanto ao que ainda está controvertido. A definição consensual nessa hipótese constitui um *ato de verdade*. Ou seja, expressa a firme convicção de cada uma das partes acerca da realidade. Elas identificaram aquelas questões porque estão convictas de que são as ainda controversas – e não, simplesmente, porque *queiram* limitar o debate apenas a isso. Não há nenhum ato de disposição: ninguém negociou nem abriu mão de nada. Há um ato de convicção que é comum a ambas as partes.

Diante disso, cabe ao juiz examinar as questões identificadas consensualmente pelas partes e verificar se são mesmo as que permanecem controvertidas. Ou seja, o pressuposto para a homologação será a própria *correção*, no entender do juiz, da definição feita pelas partes. Caso ele a repute incorreta, procederá ele mesmo à delimitação das questões controvertidas. Caso ele repute *correta* a seleção feita pelas partes, ele irá endossá-la, assumi-la como sua. A homologação judicial da definição feita pelas partes, nessa hipótese, identifica-se plenamente com a decisão que ele mesmo poderia ter tomado estabelecendo as questões controvertidas.

A força vinculante advinda da homologação, nessa hipótese, não é diferente da estabilidade que recairia sobre qualquer decisão de saneamento do processo. Nos termos do § 1º do art. 355, “realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável”.

Portanto, nesse caso, a definição consensual das questões a serem ainda resolvidas não terá natureza de um ato de pura e simples disposição. O juiz homologará essa seleção não porque isso estaria na esfera de disponibilidade das partes ou coisa que o valha. Ele homologará precisamente porque considera acertada a definição de questões controvertidas apresentada pelas partes. Enfim, repita-se: será um “ato de verdade”, e não “de vontade”; não um ato de disposição, mas um ato de postulação praticado conjuntamente por ambas as partes.

#### 6.3.2. A delimitação consensual como ato de vontade

Mas é também concebível que a definição consensual constitua verdadeiro *ato de vontade* das partes: elas predefinem determinadas questões para serem ainda instruídas e resolvidas não porque reputeem que sejam as únicas que permanecem controversas, mas porque *não querem discutir as demais*: preferem deixá-las de lado, assumindo as consequências jurídicas da ausência de consideração dessas outras questões.

Por exemplo, em processo em que se cobra o cumprimento de uma obrigação contratual, o réu na contestação (i) negou que a obrigação já fosse exigível e (ii) por eventualidade, afirmou a existência de força maior, que o exoneraria das consequências do hipotético inadimplemento. O autor impugnou essa alegação e ainda não há provas relativamente a tal fato. A rigor, é questão que permanece controvertida – e as partes sabem disso. Todavia, elas ajustam que não levarão adiante a investigação relativa à ocorrência de força maior. Optam por excluir tal questão da delimitação consensual que apresentam ao juiz, definindo como questão fática controvertida apenas a (in)exigibilidade da obrigação. Um ato de *vontade*, enfim.

Nessa hipótese, o juiz poderia homologar a delimitação consensual das partes? Caso possa, ele estará mesmo homologando um negócio jurídico celebrado pelas partes – sem proceder a qualquer exame relativo à correção da seleção de questões controvertidas por elas feitas. O juiz homologará não porque considera correta a definição de questões a ele apresentada, mas sim porque reconhece a autonomia das partes para dispor sobre aquele objeto.

E a resposta, no exemplo dado, é positiva. Mas deve-se atentar para qual é o verdadeiro pressuposto autorizador de tal negócio jurídico. O requisito de disponibilidade exigido nessa hipótese não concerne à simples possibilidade de autocomposição entre as partes (no sentido de disponibilidade da pretensão de tutela judicial). O que se exige, então, é a própria *disponibilidade do direito material*.

Ao eliminar a possibilidade de consideração pelo juiz da ocorrência de força maior, o réu pode estar abrindo mão de uma vantagem que lhe teria sido atribuída pelo direito material. Em princípio, o direito material impõe ao credor o custo econômico da impossibilidade da obrigação gerada pela força maior. O réu, devedor na relação jurídico-material, ao concordar em afastar a investigação da força maior, abre mão dessa vantagem que lhe foi atribuída pelo direito material. Ou seja, ele dispõe de um direito material – o que, na hipótese, é possível (C. Civ., art. 393: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”).

Em suma, trata-se também de um negócio jurídico de direito material, ainda que celebrado no bojo de um processo e igualmente gerador de consequências processuais (isso também não é uma novidade: os contratos de garantia real, como o penhor e a hipoteca, também têm essa natureza bifronte). Há a alteração do próprio resultado jurídico substancial – e não do mero modo de solução do conflito. Por isso, o próprio direito material precisa ser disponível.

Nesses casos, importa definir se o próprio bem jurídico objeto da disputa é disponível – e não a questão jurídica ou fática em si. Tome-se o seguinte exemplo: em uma relação puramente privada e disponível, uma parte pretende cobrar da outra uma multa moratória contratual de 500% do valor da obrigação – amparada numa hipotética lei que autorizaria penalidade contratual até esse montante. Suponha-se que há dúvidas acerca da constitucionalidade de tal lei – e essa é uma das questões postas no processo entre as partes. Poderiam as partes, na delimitação consensual de questões controvertidas, excluir tal questão (constitucionalidade da lei autorizativa da multa de 500%), pedindo ao juiz que apenas definisse se houve inadimplemento?

Por mais estranhável que isso possa parecer, a resposta parece ser positiva – desde que se compreenda que não se trata de um negócio puramente processual, mas também e essencialmente material. Se o devedor concorda em excluir tal questão do processo, ele está potencialmente abdicando do valor relativo à multa. E ele pode fazer isso. Trata-se de direito patrimonial privado, disponível. Se o devedor houvesse simplesmente pago a multa, sem nenhuma contestação, e depois o STF declarasse a lei que a autorizava inconstitucional, ainda assim, ele poderia simplesmente renunciar ao direito de repetir o valor pago – precisamente por se tratar de um direito patrimonial disponível. Ele pode igualmente renunciar a esse direito, ainda em tese, no curso do próprio processo. Nesse caso, excluída a questão atinente à constitucionalidade, não haveria nenhum pronunciamento judicial sobre a questão. Vale dizer, o juiz não estaria afirmando a aplicabilidade da norma inconstitucional, mas deixando de examiná-la (nada diferente, aliás, do que faz o STF quando deixa de conhecer de um recurso extraordinário pela falta de um pressuposto de admissibilidade – falta do adequado prequestionamento, por exemplo – num caso em que a decisão recorrida, de fato, contrariou, ainda que implicitamente, a Constituição. A diferença entre os dois casos reside em que, na solução acima defendida, há uma opção intencional, expressa, da parte, calcada em sua

liberdade, também constitucionalmente garantida – e não um obstáculo derivado de uma exigência formal...).

É bem verdade que se pode cogitar de um óbice à admissibilidade de um negócio jurídico como o desse segundo exemplo. As partes estariam, sob certo aspecto, remodelando negocialmente os parâmetros jurídicos de solução da causa (o caso é diferente do primeiro exemplo, em que se pode configurar claramente a renúncia de uma das partes a um contradireito). Em certa medida, isso é equiparável à convenção pela qual as partes optam por julgamento por equidade. Ocorre que o Código de 2015 não contempla essa possibilidade. No processo legislativo do novo diploma, chegou-se a propor regra autorizadora da opção por equidade – mas a proposta não foi acolhida. No Código, prevaleceu a regra geral proibitiva: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (art. 140, par. ún.). Se os juízos de equidade não podem ser adotados com base na simples vontade das partes, dir-se-ia que elas tampouco poderiam proceder a outras reformulações dos parâmetros normativos de julgamento.

Seja como for, essa objeção – se procedente – aplicar-se-ia apenas ao segundo exemplo aqui dado (exclusão do exame de constitucionalidade da norma), e não ao primeiro (exclusão do exame da ocorrência de força maior). Nesse primeiro caso, tal questão serve de base a um contradireito, perfeitamente segmentável, passível de renúncia.

### 6.3.3. Os pactos sobre meio de prova

Tudo o que se disse até aqui a respeito da definição consensual das questões controvertidas é igualmente aplicável aos pactos sobre meio de prova.

Um ajuste a esse respeito pode ter a natureza de *ato de verdade*. As partes indicam que apenas se produzirá prova oral porque reputam que isso basta para a reconstituição histórica dos fatos. Se o juiz concorda com essa apreciação das partes, defere apenas tal prova. Ou seja, ele toma para si essa deliberação. Nesse caso, o pressuposto para que ele defira a definição consensual das partes é a *correção* dos meios de prova por elas predefinidos.

Mas um ajuste probatório pode retratar também um *ato de vontade das partes*. Elas restringem a instrução à prova documental, por exemplo, não porque achem isso suficiente, mas porque assim o querem (porque desejam um procedimento célere e simplificado etc.). Nessa hipótese, a mera consideração de documentos pode não ser suficiente para reconstituir o passado – e pode, conseqüentemente, interferir o resultado final do processo (por via documental pode ser impossível provar um fato que efetivamente ocorreu e que ensejaria a incidência de outras normas, cuja não consideração conduz a solução jurídica diversa da que se teria com a plenitude probatória). Portanto, o pacto probatório como ato de vontade apenas pode ser admitido quando se estiver diante de direitos materiais disponíveis – hipótese em que, declarada e

conscientemente, a parte opta por uma solução mais simples, mas que pode, todavia suprimir-lhe direito material.

#### 6.3.4. A coexistência das duas modalidades da definição consensual

As duas modalidades de ajuste (ato de verdade e ato de vontade) não são excludentes no ordenamento. É perfeitamente possível que, num dado caso concreto, a delimitação consensual assuma determinada natureza e, em outra situação, ela tenha essência distinta. Tanto uma como outra são admissíveis, mas com diferentes requisitos. E será indispensável o juiz indicar, na decisão fundamentada de homologação, de qual das duas hipóteses se trata.

#### 6.3.5. Diferentes graus de vinculação da Jurisdição, num caso e em outro

A definição consensual de questões controvertidas ou de meios de prova como *ato de verdade* vincula só o grau de jurisdição que a chancelou. Não vincula os graus de jurisdição superiores que venham a atuar no processo nas fases recursais, que podem rever a decisão do juízo *a quo* (nos limites em que poderiam rever a decisão diretamente tomada pelo juízo *a quo*).

Já quando a definição consensual é *ato de vontade* também os graus de jurisdição superiores ficam vinculados à homologação dada em juízo inferior – ressalvada a hipótese de se identificar nulidade na homologação por falta do requisito da disponibilidade ou outro defeito, e sempre nos limites do efeito devolutivo do recurso.

## 7. Conclusão

A experiência dirá qual dimensão a regra autorizadora de negócios processuais atípicos vai assumir no sistema processual civil instaurado pelo Código de 2015.

Potencialmente, essa norma tem o condão de alterar de modo substancial a função e a eficácia dos mais diversos institutos e mecanismos – sejam aqueles que ora surgem como novidade, sejam os que, em si mesmos considerados, mantêm-se formalmente iguais ao que antes eram. Aliás, no exame do novo diploma, é preciso cautela antes de se afirmar que o trato de determinado tema permaneceu inalterado. Uma pequena inovação quantitativa, resumida a uma disposição legal, pode produzir significativas transformações qualitativas (o mesmo pode ser dito da norma que impõe o dever de cooperação – art. 6º).

Mas também é possível que os negócios processuais sejam um malogro em termos práticos. Não seria a primeira nem a última vez que isso estaria acontecendo: um instituto a despertar a atenção dos estudiosos, por sua sofisticação e riqueza de possibilidades, e a afugentar os práticos exatamente pelos mesmos motivos...

Essa segunda hipótese não é a desejável. Um processo em que se desenvolvam amplamente os negócios processuais: é mais consentâneo com a liberdade; confere ao jurisdicionado a dignidade que ele merece em um sistema que pretenda resolver os

problemas das pessoas em vez de tutelá-las senhorialmente; tende a ser mais aderente à realidade e apto a produzir resultados eficazes e adequados às necessidades de cada conflito.

Cabe a todos os estudiosos e profissionais do direito procurar caminhos e soluções para que a primeira das duas hipóteses ora aventadas se concretize. Para isso, o debate sobre o tema é fundamental. Que este texto funcione como alguma provocação a tanto.

**Informação bibliográfica do texto:**

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].