

1 INTRODUÇÃO

As alterações legislativas, quando profundas, não se resumem a uma alteração de texto, trazendo inovações normativas que impõe uma nova forma de pensar o direito a partir das transformações propostas.

Neste contexto, o Novo Código de Processo Civil brasileiro, instituído pela Lei nº 13.105/2015, trouxe uma nova forma de abordar o direito processual, ao estabelecer uma maior responsabilidade para a atuação das partes, ao mesmo tempo em que também trouxe maior possibilidade de atuação no curso do processo.

Dentro desse contexto de inovações, encontra-se a previsão da celebração de negócios jurídicos processuais, que vem a prestigiar a autonomia das partes, de forma mais ampla e profunda que a existente na legislação anterior, permitindo aos sujeitos processuais, em especial às partes, uma maior ingerência na gestão procedimental, consagrando uma maior emancipação do cidadão em face do processo civil brasileiro.

Para ter a dimensão de tal novidade, serão analisadas, em um primeiro momento, o que se entende por autonomia das partes, para depois tratar do chamado negócio jurídico processual e as suas transformações no processo civil brasileiro, por fim, tratar-se-á da análise de questões ligadas à pragmática processual.

2 AUTONOMIA DAS PARTES

A carga de autonomia dada às partes para influenciar na construção do procedimento judicial, consiste numa das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Consagrou-se um conjunto de possibilidade ao jurisdicionado que, além de possuir a liberdade sobre a resolução das demandas, poderá dispor sobre o próprio rito processual, até então compreendido como matéria de ordem pública pelo direito processual brasileiro.

Inicialmente tomado como um meio de satisfação de direitos colocado à disposição das partes, sendo absolutamente dependente do direito material, o processo não era tido como um meio de manifestação da vontade estatal, mas sim das partes¹.

A publicização do direito processual remonta ao final do século XIX, quando surge, na Itália, a escola sistemática de processo². Nesse momento histórico a autoridade pública

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 48-49.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 50.

estatal, reivindicava para si o controle da justiça, retirando-lhe do cidadão, como ensina Eduardo Arruda Alvim:

Historicamente, o direito processual veio a ganhar importância em razão do reconhecimento da necessidade de intervenção estatal para a solução de conflitos de interesses ocorridos no mundo fenomênico, na medida em que o direito atual tolera pouquíssimas hipóteses de autotutela (e, mesmo assim, com severas restrições, conforme se verá adiante). De fato, noticia Djanira Maria Radamés de Sá que somente “no século III d.C. é que Roma instituiu o sistema de justiça pública, posto que, até então prevalecia a justiça privada, primeiramente exercida sob a forma de *autotutela* e, posteriormente, de *arbitragem*”. Neste contexto, em que o Estado intervém para decidir lides, exsurge a importância do direito processual civil, pois é este o ramo do direito que regula como a pretensão deve ser formulada, quais os recursos cabíveis etc. a competência para legislar em matéria processual civil é privativa da União, a teor do disposto no art. 22, I, do texto constitucional.³

É nesse momento, com a vinculação do processo à atuação estatal, que se dá com avocação do Poder Público da jurisdição e da palavra final sobre a resolução de conflitos, que se diminui consideravelmente a possibilidade do cidadão de resolver os conflitos de acordo com a sua liberdade.

Registre-se, ainda, que num período ditatorial em que marcou a promulgação de dois Códigos de Processo Civil brasileiro, seja em 1939, à luz da Constituição de 1937, seja em 1973, à luz da Constituição de 1967, o estímulo à liberdade não era propriamente o valor buscado pelos textos constitucionais vigentes, haja vista todo o contexto político de repressão e de tolhimento da liberdade individual.

Todavia, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, parte de outra premissa, mais comprometida com a liberdade e com a realização da cidadania, cujo objetivo é a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária” (inciso I do art. 3º), confere uma série de direitos fundamentais ao cidadão e ainda posiciona o processo em função do cidadão ao estabelecer no inciso LXXVIII que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Neste sentido, o processo no Brasil não deve ser um fim em si mesmo, idealizado de per si, e distante dos ditames constitucionais. Pelo contrário, o direito processual civil brasileiro se insere no texto constitucional, tanto pensado sob a ótica democrática, na qual deve ser conjugado com os valores de liberdade, quanto pelo valor da eficiência e de efetividade que assegura uma prestação jurisdicional num tempo que assegure a realização dos direitos fundamentais.

³ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008, p. 25.

Sendo assim, o processo civil brasileiro à luz dos preceitos constitucionais que compõem o Estado Democrático de Direito preconiza que o mesmo seja utilizado para a realização dos direitos fundamentais do cidadão, dando-se, inclusive, autonomia para que o cidadão não se limite a ser parte de um processo no qual, independente do pólo em que ocupe (ativo ou passivo) será sempre um agente passivo em face da vontade estatal, mas seja um sujeito de direito. Neste sentido, o direito processual deve participar do processo emancipador do sujeito para lhe garantir a expressão ativa no andamento do processo.

Doravante, a autonomia do sujeito representa um elemento importante no novo direcionamento processual brasileiro. Neste sentido, registre-se que, a autonomia privada, segundo Ana Prata (1982), inicialmente ligada à propriedade, ganha uma função mais dinâmica nas relações capitalistas, a ponto de se inserir como um meio de realização da vontade das partes no âmbito negocial. Neste, entende a mencionada autora que:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico. dejuridicizar a sua actividade (designadamente. a sua actividade económica). Realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos⁴

Desse modo, ao se considerar a autonomia no ordenamento jurídico, Orlando Gomes explica as aplicações práticas deste princípio nos seguintes termos:

O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na *liberdade de contratar*⁵ significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício *desse poder*, toda pessoa capaz tem aptidão pra provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção dos efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando atividade jurídica se exerce mediante *contrato*, ganha grande extensão. Outros conceituam a *autonomia da vontade* como aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinadas por lei⁶

Em que pese o vasto campo de florescimento da autonomia privada no âmbito do direito privado, sobretudo na realização do negócio jurídico, no plano do processo, a discussão sobre negócio jurídico processual não representava um consenso propriamente dito, haja vista a existência de uma divisão doutrinária sobre o tema:

Tema que gera divergência doutrinária é o da existência de negócio jurídico processuais, ou seja, de negócios jurídicos realizados no campo do processo. É dissidente a doutrina acerca da possibilidade de alguém praticar ato destinado à

⁴ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almeidina, 1982, p. 11.

⁵ Segundo o próprio Orlando Gomes: “O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de autogerência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob o tríplice aspecto: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 26).

⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 25-26.

consecução de determinado efeito processual, sendo a vontade humana dirigida, *in casu*, à produção do efeito, servindo o ato como mero instrumento para se permitir que o efeito se produza.

Vários são os autores que defendem a existência de negócios processuais. Os exemplos apresentados costumam ser a transação, a eleição convencional de foro e outros atos assemelhados. Outros juristas, porém, negam a existência dessa categoria. Essa parece ser mesmo a corrente mais acertada. A existência de negócios processuais não pode ser aceita, pois os atos de vontade realizados pelas partes produzem no processo apenas os efeitos ditados por lei. Toma-se o exemplo, sempre acatado da transação. Esta produz, no processo, os efeitos previstos no art. 269, III, do CPC, acarretando a extinção do módulo processual de conhecimento com resolução de mérito da causa. Esse efeito se produz quer as partes o pretendam, que não. Isso mostra bem que, no campo processual, os atos de vontade só produzem efeitos previstos em lei, o que os inclui na categoria dos atos, e não na dos negócios⁷

Sendo assim, nota-se que, mesmo não existindo um consenso sobre a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais entre a doutrina processual brasileira, alguns professores expressavam grande resistência pela sua utilização, por entender, inclusive, que a sistemática do direito processo civil do Brasil não permitia a liberdade das partes a não ser para casos isolados, como a suspensão temporária do processo e a transação que extinguiria o processo com a resolução de mérito.

Como dito, o contexto processual daquele momento histórico não permitia conferir às partes esta autonomia, capaz de convencionarem sobre o processo civil no Brasil. Porém, com o advento do Novo Código de Processo Civil, trazido pela Lei nº 13.105/2015, a possibilidade de negociação processual foi ampliada, consoante a disciplina dos arts. 190 e 191, que assim dispõem:

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.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 274

Assim, o direito processual civil brasileiro trouxe um posicionamento de maior liberdade para a atuação das partes, que não ficarão adstritas apenas aos ditames de uma disciplina mais taxativa e imutável, como verificada anteriormente, abrindo azo ao surgimento de uma figura processual até então muito pouco utilizada que é a do negócio jurídico processual.

Nesse sentido, a despeito do negócio jurídico ser bastante conhecido no âmbito material, em termos de direito processual, apesar da sua previsão expressa no texto do Novo Código de Processo Civil, a sua concepção ainda se encontra em processo de construção, devendo ser analisada mais detidamente na sequência deste trabalho.

3. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

A categoria negócio jurídico processual sempre foi repudiada para a maioria da doutrina processual. A não recepção da possibilidade de negócio jurídico processual é fundamentada, principalmente, na visualização do processo como coisa pública, voltada aos interesses da sociedade em pacificar seus conflitos, sendo a resolução de um conflito de interesses específico, uma preocupação secundária⁸.

Diante de tal preceito publicista, parcela significativa da doutrina nega a possibilidade de existência de negócios jurídicos processuais, vez que seria vedada a modulação voluntária dos efeitos previamente determinados pelo legislador para os atos processuais⁹. Assim, como não é possível modular a eficácia dos atos processuais, não há como admitir o negócio jurídico processual.

Todavia, nota-se que o problema apresentado é, em verdade, um falso problema. Deveras, como visto, a definição de negócio jurídico não exige que a manifestação de vontade tenha como fim a modulação dos efeitos do ato, mas sim para produção de um determinado efeito jurídico, mesmo que seja esse previamente estabelecido pelo legislador¹⁰.

⁸ DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.2, p. 460; MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto do novo código de processo civil. In Freire, Alexandre et alii (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, v.3, 2014, p.344.

⁹ DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.2, p. 485;

¹⁰ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 147, jun. 2007, p. 303; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 17ª Ed, Salvador: Juspodivm, v.1, p. 378.

Assim, o negócio jurídico processual é o fato jurídico voluntário, em que o suporte fático confere “ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico, certas situações processuais”¹¹.

Em verdade, com a cláusula geral de negociação sobre o processo, trazida pelo art. 190, do CPC, a discussão sobre a possibilidade de existência do negócio jurídico processual está superada, de modo que o ponto mais importante a ser analisado consiste em delimitar o objeto e a extensão de tais atos no direito brasileiro.

Desse modo, nos itens seguintes serão tratados, ainda que de forma sucinta, de acordo com a proposta deste trabalho, os elementos essenciais e acidentais da construção dos negócios jurídicos processuais no direito brasileiro, considerando, em primeiro lugar, a estrutura subjetiva e forma dos referidos negócios.

3.1A Estrutura Subjetiva e Formal dos Negócios Jurídico Processuais.

Quando se fala em negócio jurídico é comum pensar na figura da negociação entre sujeitos. Assim, poderia se imaginar que o negócio jurídico processual necessariamente envolve uma ou mais manifestações de vontade.

É, porém, um equívoco e que leva, muitas vezes, à incorreta visualização da composição subjetiva exigida para a configuração de um ato jurídico tido como negócio jurídico processual.

Como visto, a hipótese fática do negócio jurídico processual não faz referencia a encontro de vontades, mas tão somente à manifestação de vontade em aderir a uma categoria jurídica ou a um determinado âmbito de eficácia jurídica. Diante dessa visualização do que seja negócio jurídico processual, é possível admitir negócios jurídicos que envolvam tão somente um centro de emanação de vontades ou, ainda, a existência de mais de um.

Caso o ato jurídico exija somente a manifestação de uma vontade para sua validade, sendo esta direcionada a escolha de uma categoria jurídica ou à delimitação de sua eficácia, teremos o que se classifica como negócio jurídico unilateral. A desistência de recurso é um exemplo de negocio jurídico processual unilateral¹².

Quando se exija a confluência de mais de uma vontade para a perfeição do ato, surge o chamado negócio jurídico processual bilateral, como é o caso do pedido de suspensão do

¹¹ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 147, jun. 2007, p. 312; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, v.1, p. 376.

¹² BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 147, jun. 2007, p. 314.

processo¹³, ou da possibilidade de delimitação consensual das questões de fato e de direito, prevista no artigo 357, §2º, CPC¹⁴.

Por conseguinte, aqui, apenas as partes fazem a delimitação das questões, sendo esse o motivo de se classificar como ato bilateral. Não se pode negar que exista também a manifestação de vontade do juiz, mas esta não se dirige à delimitação das questões, mas sim para o reconhecimento de que as exigências legais foram, ou não, obedecidas. A manifestação de vontade do magistrado não é no mesmo sentido da externada pelas partes, limitando-se à análise dos pressupostos do ato.

Desse modo, o que ocorre é a configuração de um ato complexo¹⁵, onde se constata a bilateralidade das vontades em torno da organização do processo, sendo a manifestação do juiz, ato posterior e que completa o ato.

Sendo assim, observados os requisitos gerais do artigo 190, do CPC, bem como a homologação judicial, a organização consensual passa a balizar a atividade jurisdicional dali em diante¹⁶.

Contudo, cabe aqui uma digressão. Nos negócios jurídico processuais, unilaterais ou bilaterais, que exijam tão somente a manifestação de vontade das partes em seu suporte fático, o papel reservado ao magistrado pode assumir dois sentidos.

No primeiro, quando não seja exigida a homologação judicial do ato, caberá ao juiz apenas e tão somente controlar a validade do ato, seja de ofício ou a requerimento. Ultrapassada tal análise, apenas cabe ao magistrado respeitar a vontade das partes consignado no ato.

Vale dizer que esse deverá ser o papel geral do magistrado em torno dos negócios jurídicos em que sua vontade não integre o suporte fático. Essa conclusão é balizada na interpretação das disposições normativas presentes nos artigos 190 e 200¹⁷ do CPC.

O segundo sentido que pode ser dado ao papel do magistrado nos negócios jurídicos processuais é o de parte. É que ocorre no chamado calendário processual, previsto no artigo 191 do CPC.

¹³ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, v.1, p. 377.

¹⁴ Segundo o mencionado dispositivo: “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz” (§2º, do art. 357, do CPC).

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155.

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, v.1, p. 695.

¹⁷ Segundo este dispositivo: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Este dispositivo vem complementado com a redação dada ao parágrafo único nos seguintes termos: “A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial”.

Assim, as partes podem praticar atos negociais processuais, uni ou bilaterais, envolvendo situações jurídicas processuais ou atos processuais¹⁸, que terão eficácia imediata, sendo exigida a homologação judicial apenas quando previsto legalmente¹⁹.

É possível, ainda, classificar os negócios jurídicos em plurilaterais, que são os “formados pela vontade de mais de dois sujeitos”²⁰. É exemplo de negócio jurídico processual plurilateral o chamado “calendário processual” previsto no art. 191, CPC. Aqui se exige a confluência de vontades das partes e do juiz para que seja válida a fixação das datas para a prática dos atos processuais.

É possibilidade de adaptação procedimental que envolve a vontade das partes e do juiz, como exposto em item anterior.

3.2A cognição judicial e o negócio jurídico processual

Entre as diversas questões existentes em torno do objeto possível dos negócios jurídicos processuais atípicos, assume significativa importância as que gravitam em torno da possibilidade das partes limitarem a cognição judicial por meio de negócios jurídicos processuais, sejam esses uni ou bilaterais.

As opiniões doutrinárias sobre essa temática variam entre os dois extremos possíveis, ora admitindo que as partes possam limitar a cognição judicial, ora negando essa possibilidade eficaz aos negócios jurídicos processuais bilaterais.

Basicamente, os argumentos utilizados para sustentar a admissibilidade de limitação cognição judicial com base em negócio jurídico processual bilateral, gravitam em torno do reconhecimento do princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo, o qual decorre diretamente do direito fundamental à liberdade²¹.

Como consequência do reconhecimento de tal princípio, os limites erigidos pelas partes em torno da instrução probatória, vincularão não só as partes, mas também o juiz, pois, existindo “convenção sobre ônus da prova, o juiz não pode decidir contra o que foi convencionado”²².

Por fim, assumindo esta premissa, os chamados poderes instrutórios do juiz, enunciados normativamente no art. 370, CPC/2015, seriam sempre subsidiários à eventual

¹⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, v.1, p. 378.

¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p.232.

²⁰ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, v.1, p. 378.

²¹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, v.1, p. 134; .

²² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2, 2015, p. 90.

negocio jurídico processual travado pelas partes em torno dos meios instrutórios. Entendimento contrário “significará concluir que o consenso pode ser superado, o que reduzirá significativamente seu âmbito de incidência, deixando-o a critério de um ato de vontade estatal”²³.

No polo oposto, com base na existência de poderes instrutórios do juiz, defende-se que as “partes não podem querer revogar poderes do juiz conferidos pela lei”²⁴. Por ser o processo “instituto de direito público e que a qualidade da prestação jurisdicional é de ordem pública, interessando a toda a coletividade e não exclusivamente as partes do processo”²⁵.

É nítida a carga publicista que orienta tal posicionamento.

As duas correntes, em verdade, discutem que vontade deve prevalecer na delimitação da cognição judicial, se a das partes, estabelecida em negócio bilateral, ou se a do juiz, baseada na construção publicista da prevalência dos interesses públicos sobre os privados.

Negar a possibilidade das partes de delimitar a cognição judicial é negar, por exemplo, que a eficácia devolutiva recursal dependa, em sua extensão, da vontade das partes. É negar que a decisão judicial deve se ater aos pedidos realizados pelas partes na fase postulatória.

É, em suma, defender o indefensável.

Assim, a cognição judicial é diretamente influenciada pela delimitação feita por vontade das partes, não sendo mais sustentável a defesa em sentido contrário no sistema normativo processual civil.

Essa questão não possui apenas relevância dogmática, mas também é importante para a pragmática processual, vejamos.

Adotar que as partes podem limitar a cognição judicial por meio de negócios jurídicos processuais, reverbera no regime de formação da coisa julgada em torno de questões prejudiciais incidentais.

²³ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais*. Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 415;

²⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos [Comentários ao art. 370]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 371.

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ed. Salvador: JusPodivum, 2016, p.323.

Aqui a norma exige que o contraditório tenha sido exercido de forma prévia e efetiva sobre a questão prejudicial. É requisito, previsto pelo art. 503, §1º, II²⁶, que gravita em torno do grau de cognição exercido em torno da questão prejudicial durante o processo.

O “contraditório efetivo” se baseia no contraditório já exercido. Assim, só será possível a estabilização da questão prejudicial, se existir cognição exauriente em torno do tema, o que não ocorrerá diante da limitação probatória, ainda que essa seja decorrente de negócio jurídico processual bilateral entre as partes.

O mesmo raciocínio pode ser feito em torno da relação entre limitação probatória negocial e eficácia normativa dos precedentes.

Na dinâmica da identificação do elemento normativo do precedente, denominado de fundamento determinante ou *ratio decidendi*, é indispensável identificar quais foram os aspectos fáticos e normativos tidos como importantes para a causa e para a decisão^{27,28}. É a partir destes fundamentos relevantes que irá emanar a eficácia normativa dos precedentes²⁹.

Admitindo-se, pois, que as partes podem delimitar a cognição judicial por meio de negócios jurídicos processuais bilaterais, a conclusão é que podem também influenciar na construção do precedente e da eficácia normativa do mesmo.

4. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NEGOCIAL

Num primeiro momento, vale dizer que a relação processual inicial possui uma configuração dúplex, envolvendo dois sujeitos: o Estado, representado pelo juiz e quem demanda. Ocorre a alteração nesta configuração com a entrada de outros sujeitos na relação processual, como, por exemplo, quando o demandado passa a integrar a relação.

É possível, porém, que já na relação originária do processo³⁰, bem como em uma daquelas que venham a surgir no complexo desenvolvimento processual³¹, se apresente uma pluralidade de sujeitos em um mesmo polo processual. Em tais situações, ter-se-á o chamado litisconsórcio.

²⁶ De acordo com a redação dada ao art. 503 do CPC: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. Mais adiante o inciso II do §1º assim dispõem: “§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: [...] II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia”.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 252.

²⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2, 2015, p. 449.

²⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2, 2015, p. 454.

³⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 40.

³¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, 2015, v.1, p. 449.

Para investigar o litisconsórcio necessário ativo negocial, fixaremos nossa análise nas classificações do litisconsórcio que levam em conta: a posição dos litisconsortes; o regime de tratamento dos litisconsortes e a obrigatoriedade de sua formação.

Quanto à sua posição, o litisconsórcio pode ser ativo, passivo ou misto. Amíúde, ocorre litisconsórcio ativo quando, em um processo, houver diversos integrantes em um mesmo polo ativo de uma relação jurídica processual em oposição a um único integrante no polo oposto. Caso a pluralidade de sujeitos se dê no polo passivo, há litisconsórcio passivo. Por fim, há litisconsórcio misto quando diversos sujeitos se aglutinam, simultaneamente em ambos os polos.

Quanto ao regime de tratamento dos litisconsortes, pode se falar em litisconsórcio unitário e litisconsórcio simples. No litisconsórcio unitário a situação jurídica litigiosa deverá receber disciplina uniforme, ou seja, a decisão da lide não poderá assumir sentido para os litisconsortes. No litisconsórcio simples, os litisconsortes serão tratados como partes distintas, o destino de cada litisconsorte é independente do destino dos demais.

Levando em conta a obrigatoriedade de sua formação, o litisconsórcio pode ser necessário ou facultativo.

A imposição para a formação de litisconsórcio decorre de imposição legal, como na ação de usucapião de imóvel³², ou da natureza da relação jurídica, como em uma ação de anulação de casamento.

Aqui cabe uma reflexão. Ainda que o texto legal faça referencia apenas e tão somente à lei³³ como fonte de exigência de formação do litisconsórcio, não se pode negar que as fontes normativas ultrapassam o contexto legal. Consagrar a lei como única, ou mais importante, fonte jurídica é ideia já ultrapassada³⁴.

Como, então, consagrar a aparente anacronicidade da referencia à legalidade em um sistema que consagra a noção de que a lei não é a única fonte jurídica?

Ao que parece, a interpretação do termo legalidade indica que necessariedade de formação do litisconsórcio depende de existência de disposição normativa, qualquer que seja ela. O que importa, pois, é a existência de exigência com base no Direito, “compreendido

³² Neste sentido, o §3º do art. 246, do CPC, assim dispõe: “A citação será feita: [...] § 3º Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada”.

³³ Segundo o Art. 114 do CPC: “O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”.

³⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro, [Comentários ao art. 1º]. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro; (Organizadores) Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

como conjunto de normas jurídicas positivadas em um dado ordenamento”³⁵ e não com base apenas na lei.

Partindo dessa premissa, é eficaz a disposição normativa, oriunda de negócio jurídico processual, onde as partes estabeleçam a necessidade de formação de litisconsórcio para uma demanda³⁶.

Os efeitos produzidos pela ausência de algum dos litisconsortes ira variar de acordo com a classificação do litisconsórcio em simples ou necessário.

Sendo caso de não formação do litisconsórcio necessário simples, a decisão será ineficaz para os que não foram integrados ao processo (art. 115, II, CPC). Tratando-se de litisconsórcio necessário unitário, o desrespeito à exigência de litigância em conjunto, leva à nulidade da decisão como um todo (art. 115, I, CPC)³⁷.

O litisconsórcio facultativo, por sua vez, é aquele que se forma em função da vontade de quem propõe a demanda, inexistindo nenhuma ineficácia ou nulidade da sentença em decorrência de sua não formação.

A doutrina não é uníssona em torno do tema da possibilidade de configuração que seja a um só tempo, ativo e necessário.

Ainda que excepcional, existe exemplo de litisconsórcio ativo necessário previsto no art. 159, §4º, da Lei nº 6.404/76. Tal norma exige que eventual ação de “responsabilidade civil contra administrador de uma sociedade anônima pode ser proposta por acionistas que representem pelo menos cinco por cento do capital social”³⁸, nos casos em que a assembleia delibere por não promover a ação³⁹.

O problema em verdade, gira em torno das consequências pela não formação do litisconsórcio necessário por conta da natureza da relação jurídica controvertida. Nesses casos, a opção, de um dos litisconsortes tidos como necessários, por não demandar levaria, em última análise, à impossibilidade dos demais litisconsortes de exercitar o seu direito de ação.

³⁵ DIDIER JR, Fredie [Comentários ao art. 4º]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 30.

³⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, 2015, v.1, p. 464.

³⁷ De acordo com a redação da ao art. 115, tem-se que: “A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será: I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados”.

³⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, 2015, v.1, p. 457.

³⁹ Segundo o Art. 159 da Lei nº 6.404/76: “Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. §1º A deliberação poderá ser tomada em assembleia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembleia-geral extraordinária. § 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia. §3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral. §4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social”.

A partir daí, surgem as correntes doutrinárias que buscam solucionar o problema.

José Roberto do Santos Bedaque entende que não há óbice algum para que a norma exija a formação de litisconsórcio no polo ativo, não importando em limitação à garantia constitucional ação, vez que a demanda em que não figure o litisconsorte necessário no polo ativo, terá sua resposta pelo poder judiciário. Não se obteria a análise do mérito, mas foi possibilitado o exercício do direito de ação⁴⁰.

Nelson Nery Jr e Rosa Nery entendem que não existe o problema em torno do litisconsórcio ativo necessário não integro. Nesse caso o autor, que deveria “agir na companhia de um litisconsorte necessário, pode agir sozinho, desde que mova a ação também contra aquele que deveria ser seu litisconsorte”⁴¹. Com isso estariam todos os sujeitos do processo integrados ao processo, sendo indiferente o polo que ocupem⁴².

Antônio do Passo Cabral, segue a mesma linha acima, chamando a atenção que o posicionamento do litisconsorte necessário que não pretende demandar encontra-se no polo passivo apenas formalmente, sendo o caso de possibilitar-se ao mesmo, uma vez citado, “a faculdade de migrar para o polo ativo”⁴³.

Candido Rangel Dinamarco, ainda que reconheça os riscos à liberdade de demandar, ou não, ao se exigir a formação de litisconsórcio ativo necessário, entende que na excepcionalidade da necessidade de formação do litisconsórcio ativo necessário em decorrência da natureza da demanda, deverá o juiz buscar resolver o problema em cada caso, com base em “fina sensibilidade aos valores a preservar mediante o processo”⁴⁴.

Atento à exceção legal, Fredie Didier Jr⁴⁵, entende que a obrigatoriedade de litisconsórcio no polo ativo, decorrente da natureza da relação jurídica discutida, infringiria o princípio do acesso à Justiça, já que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, em decorrência do art. 5º, II c/c XXXV da Magna Carta de 1988.

Levando em conta a vontade das partes, é possível que se configure Litisconsórcio ativo necessário com base em exigência normativa negocial?

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord). São Paulo: Atlas, 2008, p. 123.

⁴¹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7ed. São Paulo: RT, 2003, p. 415.

⁴² NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7ed. São Paulo: RT, 2003, p. 415.

⁴³ CABRAL, Antônio do Passo. *Despolarização do processo e das zonas de interesses: sobre a migração entre os polos da demanda*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 404, p. 19.

⁴⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 239.

⁴⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, 2015, v.1, p. 456

Ao que parece, existe a possibilidade de formação do negócio jurídico processual com base no negócio jurídico processual. Com efeito, como visto, a norma que venha a determinar a demanda conjunta, pode ter origem da vontade das partes, manifestada através de ato negocial, não sendo empecilho a menção à palavra “lei” existente no art. 114, do CPC.

Ademais, ainda que se possa argumentar que os problemas já levantados seriam os mesmos, nos parece que o fato de existir vontade das partes em tornar obrigatória a demanda conjunta, deve ser respeitado. Existindo disposição negocial nesse sentido, qualquer alegação sob eventual ofensa ao direito de ação seria desconsiderada⁴⁶.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito processual civil brasileiro, advindo do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) estabelece uma nova relação jurídica entre as partes e o processo, dentro de uma perspectiva constitucionalização de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual o cidadão possui uma atuação mais efetiva para a realização dos direitos fundamentais.

Neste sentido, a abertura processual para a autonomia das partes, permite uma maior liberdade para que o sujeito processual seja um agente de construção do processo civil brasileiro e não meramente receptor das normas processuais como sempre estabelecido pela sistemática publicista processual anteriormente vigente.

A partir de então, o Novo Código de Processo Civil traz a previsão de celebração de negócios jurídicos processuais, em seus arts. 190 e 191, que coaduna com esta política mais ativa do sujeito, e encerra uma antiga discussão sobre a sua existência no direito brasileiro, passando-se a entender como questionável apenas o seu conteúdo e a sua forma na relação jurídico processual.

Desse modo, o negócio jurídico processual se apresenta como uma forma de composição do processo, mas que também ganha espaço para interferir em diversas etapas da relação jurídico-processual, desde o procedimento, da participação das partes do processo até a formação da cognição processual, o que permite que os sujeitos sejam mais ativos sobre o resultado do processo e não meramente expectadores.

Por conseguinte, o que se observa é que a nova postura processual compreende uma maior autonomia para o sujeito no processo que, deixando de ser um sujeito passivo da

⁴⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 17a Ed, Salvador: Juspodivm, 2015, v.1, p. 465.

relação processual, subordinando-se aos ditames estabelecidos pelo Estado, para atuar de forma mais efetiva, por meio de uma construção participativa da relação jurídico processual.

Sendo assim, no Novo Código de Processo Civil parte de uma perspectiva mais autônoma e participativa do sujeito na própria construção do processo civil, devendo esta ser construída e consolidada com o passar dos anos, posicionando o sujeito mais como cidadão que como parte, de modo que a relação jurídica processual seja compreendida da construção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord). São Paulo: Atlas, 2008

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 147, jun. 2007

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro, [Comentários ao art. 1º]. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro; (Organizadores) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 17ª Ed, Salvador: Juspodivm, v.1

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2, 2015

DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.2

DINAMARCO, Candido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 1997

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais*. Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2015

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos [Comentários ao art. 370]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto do novo código de processo civil. In Freire, Alexande et alli (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, v.3, 2014

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2003

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

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7ed. São Paulo: RT, 2003

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.