V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

ALEJANDRO ABAL

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Alejandro Abal, Angela Araujo Da Silveira Espindola, Liane Francisca Hüning Pazinato – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-267-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O projeto de internacionalização do CONPEDI chegou a sua 5ª edição, sendo esta a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina. O V Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, no período de 8 a 10 de setembro de 2016, teve sua realização promovida, em parceria, por seis instituições brasileiras, dentre as quais a Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e a Universidade Federal do Rio Grande – FURG, juntamente com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, as quais são as instituições de origem do coordenador e das coordenadoras do Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I. Foi, portanto, uma grande responsabilidade e uma imensa alegria para estes coordenadores atuarem, não só na condução da exposição dos trabalhos em Montevidéu, mas sobretudo, poder reviver aquelas discussões quando da redação desta breve apresentação do livro que reúne os 14 artigos que resultaram dos estudos dos pesquisadores que compartilharam uma profícua tarde de debates e reflexões em 09 de setembro de 2016.

Os pesquisadores, oriundos de diversas instituições de ensino superior do Brasil, cumpriram com excelência seu papel neste V Encontro Internacional do CONPEDI, trazendo contribuições importantes para a construção do conhecimento científico acerca da Jurisdição, do Direito Processual (Civil e Penal) e, sobretudo, para a efetividade da justiça, entabulando um debate profícuo entre as pesquisas brasileiras e uruguaias. São eles: Ricardo Utrabo Pereira , Ana Luiza Godoy Pulcinelli, Cristina Veloso De Castro, Renata Aparecida Follone, Felipe Lascane Neto, Mônica Bonetti Couto, Lorena Machado Rogedo Bastianetto, Magno Federici Gomes, Cristiny Mroczkoski Rocha, Paulo Junior Trindade dos Santos, Agnes Carolina Hüning, Liane Francisca Hüning Pazinato, Antonio Henrique De Almeida Santos, Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filpo, Maria Cristina Zainaghi, Beatriz Ferreira Dos Reis, Laise Helena Silva Macedo, Juliana Vieira Pereira, Joyce Pacheco Santana, Izaura Rodrigues Nascimento, Gabriela Oliveira Freitas, Maiara Vieira Fonseca,

Um destaque especial a participação do Prof. Rafael Biurrun, da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai com a apresentação de sua pesquisa intitulada “La integralidad en el registro de las actuaciones en audiencia: un aspecto olvidado de la tutela jurisdiccional efectiva”. Esperamos que a leitura dos artigos que seguem possa contribuir para reflexões futuras e traga boas conexões que extrapolem nossas fronteiras.

Angela Araujo Da Silveira Espindola (UFSM)

Liane Francisca Hüning Pazinato (FURG)

Alejandro Abal (Facultad de Derecho. Universidad de la República)

A CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO: ANÁLISE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS CELEBRADOS ANTES DA EXISTÊNCIA DE LITÍGIO, COMO MEIO DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

THE CONTRACTING OF THE PROCESS: ANALYSIS OF THE LEGAL PROCEDURAL BUSINESS ENTERED INTO BEFORE THE EXISTENCE OF LITIGATION

Felipe Lascane Neto
Mônica Bonetti Couto

Resumo

O objetivo deste artigo é abordar a inovação trazida pelo novo CPC, consistente na cláusula permissiva da celebração de negócios jurídicos processuais, antes mesmo da existência de litígio e, obviamente, do processo judicial. Neste tipo de negócios jurídicos, cujos efeitos serão observados se e quando houver processo, as partes teriam amplo espectro de negociação sobre o nascedouro e desenvolvimento do processo. Buscar-se-ão examinar as condições para celebração de tais negócios, bem assim verificar os limites dessa convenção. Ao final desta pesquisa, que se serviu do método hipotético dedutivo, procurar-se-á correlacionar o novel instituto com a razoável duração do processo.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais, Limites, Razoável duração do processo

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to study the innovation brought by the new CPC, in specific, the legal transactions clause of permissive open celebration of procedures, even before the existence of a dispute. In this type of legal business, whose effects will be observed, if and when there is a process, to the parties is reserved a vast spectrum of negotiation. Seeking for the conditions for the celebration of such business is a purpose. As a conclusion, there will be an effort to correlate the novel institute with the reasonable duration for the proceedings.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Procedural juridical business, Limits, Reasonable duration of the process

Introdução

Pretende-se, por intermédio deste artigo, examinar a nova figura dos negócios jurídicos processuais celebrados na fase pré-processual pelas partes[1], ou seja, a capacidade de disposição da vontade bilateral acerca das regras processuais, tal como está previsto na primeira parte do artigo 190 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15, doravante nominado apenas Novo CPC).

Neste texto, limitar-se-á à análise dos negócios jurídicos processuais celebrados *antes* da existência de litígio, e obviamente, antes mesmo da própria existência de processo judicial.

Ao que tudo indica – e se procurará confirmar nas conclusões deste trabalho – trata-se de importante instituto, que proporciona às partes, mediante acordo de vontades, a possibilidade de escolha de uma forma mais célere para a resolução dos conflitos postos à apreciação do Poder Judiciário, legitimando (pela vontade) os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e, sem dúvida, da razoável duração do processo.

De fato, há muito já se tem afastado a ideia – deveras nefasta – do processo visto como um fim em si mesmo, contendo regras duras, de pouca ou nenhuma maleabilidade, tornando-se um verdadeiro celeiro de nulidades, ainda que prejuízos efetivos e concretos não fossem demonstrados, mas meramente conjecturados.

Antes mesmo da previsão expressa, agora contemplada no Novo CPC, de cláusula aberta dos negócios jurídicos processuais (arts. 190 e 191), Bedaque já sustentava a necessidade de um processo mais eficaz e menos rígido, visando adequá-lo às necessidades e exigências dinâmicas do caso concreto:

> Trata-se a concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela reação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige que sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo. (2011: p. 74)

A previsão da cláusula aberta para celebração dos negócios jurídicos processuais encontra assento nos artigos 190 e 191 do Novo CPC, e, por certo, a imensa gama de situações,

[1] Não serão objeto de análise os negócios jurídicos processuais que terão eficácia em processos com litisconsortes, tampouco processos coletivos.

problemas e discussões que envolverão a aplicação do instituto, demandará, certamente, estudos doutrinários em larga escala.

Como já dito, a proposta deste estudo restringe-se à análise dos negócios jurídicos processuais celebrados entre as partes, em uma fase denominada 'pré-processual'. Quer nos parecer que uma vastidão destes pactos virão a ser formalizados em contratos escritos, até para que não se descure da segurança do pactuado.

A jurisprudência certamente terá papel de suma importância para que o instituto não se torne peça sem utilidade e aplicabilidade.

Do mesmo modo, o juiz ativo, atento e fiel observador das mudanças engendradas pelo Novo CPC exercerá relevantíssimo papel para que os negócios jurídicos processuais, celebrados antes mesmo da existência de litígio, não sejam enfrentados como um ambiente propício à declaração de nulidades, mas, muito mais, como um processo em que as partes acordaram sobre suas regras, obviamente, observando o princípio constitucional do devido processo legal (inciso LV, do artigo 5ª, da Constituição Federal), do contraditório (inciso LVI, do artigo 5ª, da Constituição Federal) e normas cogentes que presidem e inspiram o processo civil, analisado dentro da unidade do sistema de direito.

Neste sentido, inclusive, já é possível notar que caminha a mais autorizada doutrina, ao preconizar, pela voz de Cássio Scarpinella Bueno, que, em comentários ao art. 190, sustenta tratar-se de dispositivo que "admite, nos casos que especifica, que as partes realizem verdadeiros acordos de procedimento para otimizar e racionalizar a atividade jurisdicional. (2015; p. 162).

Fazer-se-á a análise do instituto procurando correlacioná-lo com a garantia do provimento jurisdicional em tempo razoável (artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal) e dotado de efetividade. E isso porque, como se verá ao longo deste breve estudo, a convenção das partes, neste ambiente, deve ter em alça de mira, sob qualquer ângulo em que a questão seja examinada, promover a celeridade e, sobretudo a efetividade processual, com julgamento do mérito, sob pena de conspurcar contra o sistema processual civil e a Constituição Federal,

Este trabalho está estruturado em quatro partes, desenvolvido que foi com o método hipotético-dedutivo.

Na primeira parte, analisam-se as diversas (e esparsas) disposições legais que, no regime do Código anterior (CPC/73), já contemplavam, em larga medida, negócios jurídicos

processuais, de molde a demonstrar que o instituto não é de todo novo em nosso sistema. Na segunda, examinar-se-ão as classificações e condições para a celebração do negócio jurídico processual previsto na primeira parte, do artigo 190, do Novo CPC. Na terceira parte, procurar-se-ão estabelecer os limites de tais convenções, ficando o quarto e último item reservado para o exame, derradeiro, da (efetiva) contribuição da cláusula aberta de negociação processual para a implementação dos princípios da efetividade e da razoável Duração do Processo.

1 Da existência dos negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil de 1973: breve retrospecto.

Os negócios jurídicos (em sentido *lato*) não são uma novidade em nosso sistema.

No Código de Processo Civil de 1973, desde que houvesse **expressa previsão legal**, já existia a possibilidade de as partes realizarem negócios jurídicos processuais.

A título de exemplo: eleição de foro (CPC/1973, art. 111); distribuição do ônus da prova (CPC/1973, art. 333, parágrafo único), a suspensão consensual do processo (CPC/1973, art. 265, inciso II), a aceitação à desistência da ação (CPC/1973, art. 267, § 4º), a anuência ao aditamento do pedido após a citação (CPC/1973, art. 264), dentre outras.

Não serão objeto deste estudo os negócios jurídicos processuais que se formam com a participação do juiz (art. 191– Novo CPC), ou seja, aqueles celebrados quando da existência de litígio judicializado.

A grande diferença que encontramos no estudo da cláusula aberta permissiva da celebração de negócios jurídicos processuais, ou negócios jurídicos atípicos (TALAMINI: 2015, p.3) consiste em que, no Código anterior, as possibilidades de acordo de vontades sobre regras processuais deveriam estar expressamente previstas na Lei, ao passo que agora, no Novo Código de Processo Civil, desde que se tratem de direitos que admitam autocomposição, o campo de abrangência para negociação das regras processuais é amplo.

Criticando a existência dos negócios jurídicos processuais na vigência do Código anterior, Dinamarco defendia que não existiriam negócios jurídicos processuais (ao menos na

vigência do Código anterior), na medida em que os efeitos dos atos processuais estão previstos na Lei, não podendo a vontade das partes alterá-los (2009, v.2, p. 484).

A crítica de Dinamarco, conforme demonstraremos a seguir, não era um discurso em prol do formalismo, mas apenas uma análise técnica sobre o que se concebeu denominar negócios jurídicos processuais, bem por isso, defendeu ardorosamente que as amarras formais são um mal ao processo:

> (...) não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins. No processo civil brasileiro, temos a promessa da liberdade das formas em normas programáticas dos dois sucessivos Códigos de Processo Civil nacionais, mas só a promessa: ambos foram tão minuciosos quanto à forma dos atos processuais (aliás, segundo os tradicionais modelos europeus) que com segurança se pode afirmar ser o princípio da legalidade formal o que realmente prepondera. (DINAMARCO 1993, p. 135)

Calmon Passos, por outro fundamento, também defendia a inexistência de negócios jurídicos processuais, uma vez que as declarações negociais das partes (ex. anuência a desistência da ação – artigo 158 do CPC, de 1973), estavam condicionadas a aceitação do juiz, ou seja, sem o procedimento integrativo do juiz não produzem os efeitos desejados pelas partes. (2005, p. 69-70) .

Acentua-se que o instituto que ora estamos tratando (cláusula aberta para negociação processual pré-processo) não guarda identidade com as disposições previstas no CPC-1973, porque a liberdade de disposição previstas na cláusula aberta do artigo 190 do Código de Processo Civil (objeto da análise) é muito mais abrangente.

2 Classificações e condições para celebração do negócio jurídico processual previsto na primeira parte, do artigo 190, do Código de Processo Civil.

Os negócios jurídicos processuais previstos no artigo 190 do CPC são classificados como atípicos ou inominados e sempre, no mínimo, bilaterais (CUEVA:2016, p. 502).

Sua aplicabilidade é restrita a direitos que admitam autocomposição[2], ficando, pois, fora de seu espectro de abrangência, aqueles que não comportem transação. É importante registrar que, em linha de princípio, a indisponibilidade do direito material subjacente não impede, *de per si*, a celebração de negócio jurídico processual.

As partes devem ser plenamente capazes; o objeto da demanda deve permitir autocomposição e ser lícito (CC, art. 166, inciso II), bem assim a convenção deve restringir-se aos ônus, aos poderes, às faculdades e aos deveres processuais das partes, podendo ser celebrados antes ou durante o processo.

Sobre direitos que admitem composição, refere-se a importante lição de Ricardo Villas Boas Cueva

> Sobre os direitos que admitem autocomposição, vale lembrar que o alcance de negócio jurídico processual é maior do que aquele que pode ser objeto de convenção de arbitragem, circunscrita a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei 9307/1996), ao passo que os direitos autocomponíveis a que alude o caput do art. 190 incluem também os direitos indisponíveis que admitam transação. (2016: p. 503)

Retomando: havendo em concomitância os requisitos acima indicados, há a possibilidade de celebração dos negócios jurídicos processuais, os quais podem se dar antes ou durante processo, tal como previsto no artigo 190 do CPC, lembrando que o objeto deste artigo é o exame dos negócios jurídicos celebrados antes da existência de processo.

Ponto relevante nos acordos celebrados antes da existência de processo reside precisamente na desnecessidade de o juiz homologar o acordo para que produza seus efeitos, posto que o artigo 200 do CPC, dispõe que as declarações bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, dispensando-se qualquer ato de homologação. Sua missão fica restrita em verificar se as condições para a celebração dos negócios jurídicos processuais estavam presentes quando de sua celebração e se permanecem existentes quando se sua aplicação.

Neste tópico merece atenção que o processo tem como pressuposto inafastável a paridade de armas, como meio de se garantir a observância do devido processo legal e do

[2] Não desconhecemos a tormentosa discussão do que são direitos que admitem autocomposição, principalmente nos processos em que a Administração Pública figura como parte. Todavia, aqui não será o campo de discussão dessa hipótese.

contraditório. Não se revela possível que se convencione a disparidade de armas de modo a beneficiar uma parte em detrimento doutra.

A igualdade de armas deve ser concreta, não bastando seja meramente formal, com vistas a evitar que uma das partes *"não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa".* (GRECO: 2007, p. 10)

Ocorrendo a judicialização, o juiz terá que se portar de maneira vigilante, ativa, para, se o caso, suprir as deficiências do mais fraco em relação ao mais forte, a qual pode ocorrer, dentre várias hipóteses, em decorrência de vulnerabilidade econômica d'uma em relação à outra ou frente ao poder Estado. Nesses casos o juiz deve reequilibrar as disposições convencionadas visando assegurar *in concreto* a paridade de armas e a ampla defesa (GRECO:2005, p. 255-6).

O juiz não deve e não pode ficar inerte apenas observando a instrução processual da qual preside, passar sob seus olhos, como se sujeito do processo não fosse. Sua postura deve ser atenta, vigilante, corrigindo distorções que se apresentem, a fim de preservar o contraditório e assim a higidez processual.

Com base no acima exposto, deve ficar bem marcado que igualdade processual consiste no equilíbrio de se exercer influência no processo (não igualdade simétrica), e a percepção acerca da influência não é matemática, tampouco possível de ser vertida em fórmulas, dependendo, sobretudo, de aguçada análise do juiz, o qual tem o dever de se debruçar com atenção e cautela na análise do caso concreto posto à sua apreciação.

Não se diz que más escolhas, formulações de convenções pré-processuais que venham ser prejudiciais a uma das partes que celebraram o negócio jurídico no mesmo pedestal e com as mesmas forças, devem ser de pronto anuladas.

As convenções, calçadas na autonomia da vontade, com o preenchimento das condições para celebração de negócio jurídico, devem ser cumpridas, ainda que se verifique que a estratégia adotada por uma das partes quando da celebração do negócio jurídico não tenho sido a mais adequada (ABREU: 2016, p. 298).

O juiz não é tutor de estratégias mal sucedidas pelo singelo fato de que não é sua função formar estratégias para o sucesso ou o insucesso da demanda que posta à apreciação.

O erro de estratégia, presente no ato de celebração dos negócios jurídicos pré-processuais, no mais das vezes, só será verificado com o desenrolar do processo e o exercício de futurologia não faz parte do estudo do direito, tampouco das obrigações do juiz.

Não se previu recurso contra a decisão interlocutória que nega validade ou eficácia ao negócio jurídico processual. Como adverte Eduardo Talamini a exceção concerne à decisão que se recusa a aplicar convenção arbitral, que é passível de agravo de instrumento (art. 1.015, III, do Código de Processo Civil) (2015, p.9).

Noutras hipóteses a questão deve ser atacada como preliminar de eventual apelação contra a sentença (art. 1.009, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil). Todavia, em caso de situação grave e urgente, que não possa aguardar a interposição de eventual e futura apelação, a via será a impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Se a decisão negando validade ou eficácia aos negócios jurídicos processuais for prolatada no bojo da sentença, o recurso cabível será o de apelação.

3 Limites para convenção processual

Neste tópico reuniremos aqueles que se nos afiguram os maiores problemas as serem deslindados, relativamente ao novel e aqui estudado instituto.

Gajardoni em felicíssima síntese bem resume a eficácia e os limites do instituto:

> A segurança e a previsibilidade do sistema são garantidas pelo conhecimento prévio das regras do jogo, e não pela rigidez do procedimento, eis que a flexibilização pode se dar com plena participação das partes, ainda que as regras não sejam cogentes e tampouco preestabelecidas. São requisitos para que se opere a flexibilização judicial do procedimento: (a) a finalidade (proteção ao direito material, à parte hipossuficiente ou à própria utilidade do procedimento); (b) o contraditório prévio; (iii) a motivação. Fora destas circunstâncias, o procedimento segue o regime legal padrão. (GAJARDONI, 2008, p. 225)

O juiz não precisará (nem deve, tampouco poderá) descurar-se das formas processuais, mas tão somente, se não colidentes com o sistema processual, observar o que as partes livremente convencionaram, posto que "*as formas processuais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência e a sua escrupulosa observância representa uma garantia de andamento regular e leal do processo e de respeito aos direitos das partes."* (LIEBMAN: 2003, P. 195)

Cautelosamente, o legislador, no parágrafo único do artigo 191 do Novo CPC, impôs ao juiz, a requerimento da parte ou de ofício, controlar a licitude dos negócios jurídicos processuais, vedando a utilização do instituto quando houver inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão ou quando alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

No que toca ao direito do consumidor não hão grandes novidades, posto que as cláusulas abusivas inseridas em qualquer modalidade de contrato de consumo (seja contrato de adesão ou não) são nulas.

A novidade é que a análise da vulnerabilidade no instituto aqui tratado não é mesma prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Na análise da vulnerabilidade, deve o juiz velar para que caso uma das partes encontre-se em manifesta situação de vulnerabilidade, o negócio jurídico processual não seja aplicado.

Para decidir acerca da nulidade ou não do negócio jurídico processual juiz deverá observar se a vulnerabilidade foi (i) a causa da celebração do acordo e (ii) se esse acordo prejudica a defesa dos interesses da parte vulnerável (CAIS:2015, p. 333). Havendo a presença de qualquer das duas hipóteses, o juiz não deverá aplicar o acordo, remetendo o processo ao rito previsto na Lei.

A grande pergunta a ser respondida reside nos limites ínsitos do negócio jurídico processual.

Por exemplo: as partes poderiam renunciar a interposição de agravos de instrumento para desafiar decisões interlocutórias em que cabível o recurso de acordo com o rol do artigo 1015, do CPC? Poderiam abrir mão do recurso de apelação? Poderiam dispensar a produção de prova oral, dispondo que somente seria admitida prova documental?

O enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, realizado em Curitiba, entre os dias 23 e 25 de outubro de 2015, traz hipóteses em que as convenções processuais são aceitáveis, na óptica dos processualistas que participaram do mencionado Fórum:

> 19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.[3]

Doutro lado, não parece que as partes possam escolher o juízo, tampouco o juiz, nem mesmo alterar as regras de competência de foro para julgamento, hipótese de competência absoluta.

Se assim agissem, estariam violando a regra do juiz natural na primeira hipótese e as regras de competência material na segunda hipótese.

Confira-se, a respeito, o enunciado nº 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, realizado em Curitiba, entre os dias 23 e 25 de outubro de 2015:

> (art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos.

No que toca à matéria recursal as partes também não podem se irrogar na função de legislador, criando novos recursos ou prevendo hipóteses recursais não previstas na Lei. Quem

[3] Não tenhamos o desenho trazido pelas conclusões acima esposadas como algo definitivo, mas apenas e tão somente como um farol norteador das discussões que estão porvir.

cria hipóteses recursais e a modalidade de recursos é o legislador, não se me mostrando lícito as partes avançarem em tal seara.

Nesse ponto, precisas as palavras de Giuseppe Chiovenda, entendendo que em alguns pontos, mesmo antes da inovação legislativa presente no NCPC, as normas processuais são cogentes, em regra, e não admitem derrogação pela vontade das partes[4]:

> As normas processuais nem sempre são absolutas ou cogentes, mas eventualmente dispositivas, seja porque, por vêzes, a lei pode ter em vista o interêsse individual, como no caso em que a derrogação de tais normas se afigure como a renúncia a um benefício, seja porque a lei pode, outras vêzes, ter em conta o conhecimento, pelas partes, das circunstâncias concretas da lide para deixá-las regular alguns pontos na relação processual. Não existe, pois, um processo convencional, quer dizer, ao juiz e às partes não é permitido governar arbitrariamente o processo; mas em certos casos é livre às partes desatenderem a norma processual, já por acôrdo expresso ou tácito, já deixando de assinalar-lhe a inobservância. Se as partes gozam ou não dessa liberdade, deve ressaltar dos têrmos expressos da lei ou do escôpo da norma determinada: na dúvida, as normas processuais devem reputar-se cogentes. (1965, P. 74) [grafia do original]

Negociar o processo dentro das balizas é cabível! Todavia, não podemos encarar a cláusula aberta de negociação processual como uma autorização para que a partes pratiquem ativismo criativo e assim se disponham a criar regras não previstas na Lei, porque se assim agissem, estariam se avocando na função de legislador, despidas, no entanto, da imperiosa legitimidade.

A jurisprudência terá papel relevante, e esperamos que não se incline para o lado de tolher a possibilidade de as partes negociarem com amplitude as regras do processo.

Negociar com amplitude, obviamente, não quer dizer que as partes terão uma carta branca para disporem como melhor lhes aprouver acerca do processo. Não! O processo tem limites, mas esses limites devem ser obtidos pelo sopesamento da autonomia da vontade (observando-se as suas restrições) e o devido processo legal.

[4] Neste tópico cabe-nos lembrar que a lição de Chiovenda foi exposta antes (muito antes) da possibilidade expressa de celebração de negócios jurídicos processuais com cláusula de negociação aberta como consta do artigo 190 do NCPC.

Asfixiar a vontade das partes na regulação do processo, sob os mais variados argumentos de nulidade, certamente, provocará a não aplicação do instituto, restringindo-o à mera peça de museu.

4 Da contribuição da cláusula aberta de negociação processual para a implementação dos princípios da Eficiência e da razoável Duração do Processo.

Premissa inarredável da cláusula aberta de negociação processual (art. 190, do CPC) é que as partes devem formular o acordo sobre as regras processuais imbuídas de boa-fé (artigo 5º, do CPC) com espírito de cooperação, para que obtenha em tempo razoável, decisão de mérito, justa e efetiva (artigo 6º).

A efetividade do processo, precisamente, é a sua razão de existir. Processo sem efetividade é marchar, despender dinheiro, energia e angústia, em busca do nada.

Lição de Luiz Rodrigues Wambier agasalha o quanto é aqui é afirmado:

> vale dizer que o direito ao processo significa direito a um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos. Não se trata, é claro, de um processo fantasioso, que não desemboque numa efetiva prestação do serviço tutelar jurisdicional. O processo sem efetividade desrespeita o princípio do due processo of law (1995: p. 156)

O novo Código de Processo Civil materializou infraconstitucionalmente o princípio da Eficiência (artigo 37, cabeça, da Constituição Federal) e o postulado da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

O princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta o dever de realizar suas atribuições sem demoras e atrasos, comprometida com o bom rendimento e gestão eficaz. Todavia, a eficiência não é um fim em si mesmo, tampouco pode ser concebida fora do sistema que integra.

Com o advento da emenda constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, o princípio da eficiência ganhou materialização de direito também constitucional, com a inserção no artigo 5º, o inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A celebração dos negócios jurídicos processuais certamente contribuirão para que se empreste efetividade ao prefalado mandamento constitucional como a seguir demonstraremos neste tópico.

A cláusula aberta de negociação processual visa conferir mais agilidade ao processo. E melhor: essa agilidade pode ser convencionada pelas partes previamente ao litígio (artigo 190, do CPC primeira parte)[5].

Tanto é assim, que não podem as partes livremente disporem sobre as regras processuais, como dito alhures, tampouco negociarem para que o processo se estenda por anos a fio, com o fim de dificultar a resposta jurisdicional. Agir dessa forma conspurcaria com o sistema processual cível presente no novo Código de Processo Civil.

No mesmo rumo, o negócio jurídico processual não pode se prestar como uma manta para acobertar atos simulados ou com o fim de procrastinação da lide.

A grande crítica de que o Poder Judiciário é lento e que o Conselho Nacional de Justiça impõe metas baseadas apenas em números, o que longe de conferir efetividade, confere apenas irreal aparente celeridade[6], pode ser mitigada pela aplicação do instituto. A ausência de legitimação das metas abstratas pode ceder passo à vontade das partes com a aplicação os negócios jurídicos processuais.

Não basta que se imponha metas, se estas metas são atingidas a um caro custo para as partes, que esperam, legitimamente, que além da tramitação do processo em razoável tempo, o seu resultado seja fruto de reflexão e análise pelo julgador. Foi que, na doutrina, já se sustentou:

> Preocupa-nos, porém, a leitura que se tem dado sobre a chamada e tão reclamada "eficiência do Poder Judiciário", calcada, precípua e notadamente, em critérios quantitativos e que têm em mira a rapidez na prolação de sentenças. Neste ambiente parece deveras importante indagar e ponderar se essa eficiência ou rapidez pode ser obtida "a qualquer preço", ou "a qualquer título", na medida em que um indicador de quantidade nem sempre é sinônimo de qualidade. (COUTO & MEYER-PFLUG, 2013:139)

Do mesmo modo, as malsinadas decisões genéricas já vedadas pelo sistema do Código de Processo Civil anterior (mas utilizadas e reconhecidas como válidas em larga escala) estão

[5] Novamente fazemos a advertência de que este artigo está tratando apenas da celebração dos negócios jurídicos processuais em fase pré-litigio e não na fase em que já instaurado o processo.

[6] Falamos em aparente celeridade, considerando que muitos julgados de 1ª instância são reformados pela 2ª instância ou pelos Colendo Superior Tribunal de Justiça ou Colendo Supremo Tribunal Federal, em razão de inobservância de comezinhas regras processuais, ou ainda, o que é pior, em razão de decisões genéricas.

expressamente vedadas pelas disposições previstas no art. 489, e respectivos parágrafos, Novo CPC, em rol que, segundo autorizada doutrina, é meramente exemplificativo, e traz o conteúdo mínimo para que a decisão judicial seja tida como válida (vide, neste sentido, dentre muitos outros: WAMBIER et all; 2015: p. 792).

Nesse diapasão, não se reputará fundamentada decisão que se limitar a indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo; que empregue conceitos vagos sem explicar sua vinculação ao caso; que invoque motivos genéricos que poderiam justificar qualquer outra decisão; que não enfrente todos os argumentos deduzidos pelas partes, os quais, em tese, se prestam a fundamentar diversas situações jurídicas genéricas, mas nenhuma específica, ou que se limite a invocar precedentes ou enunciados de súmula, sem demonstrar sua pertinência ao caso ou que deixe de segui-los, sem esclarecer a distinção com o caso concreto.

Chavões como: a parte age de má-fé; não foi demonstrado o direito invocado; presentes ou ausentes os requisitos legais, dentre outros, não mais poderão sustentar a decisão judicial, posto que se se revelará genérica ao não se debruçar sobre elementos constantes dos autos e que não foram objeto de apreciação concreta.

Não observados os imperiosos requisitos acima indicados, a decisão deve ser considerada nula por vício de fundamentação.

A convenção das partes, dispondo sobre o processo, legitimará a adoção de providências céleres e eficazes. Digo eficazes, porque as providências foram convencionadas pelas partes que tem interesse no mais breve desate da demanda. Elas regularam o modo em que o processo seguirá sua marcha.

Assim como a decisão genérica está expressamente censurada, se realizada a convenção processual, também não haverá espaços para críticas genéricas[7] tais como violação a ampla defesa e contraditório, porque o trâmite processual e as armas que poderão ser utilizadas pelas partes, foram por elas escolhidas, cabendo ao juiz observá-las e fazer cumpri-las.

Conclusão

[7] A alusão a alegações genéricas é proposital. Não raras vezes o inconformismo com a decisão terminativa leva as partes de forma genérica argumentarem que foi inobservado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório sem sequer apontar qual foi a concreta violação que se insurgem

Não há como fechar hipótese, ao menos nesta fase, porque o instituto ainda é muito novo[8] e não se tem notícia da escala de sua aplicação. O amadurecimento do instituto certamente ocorrerá com sua utilização pelas partes e sua intepretação e aplicação pelo Poder Judiciário, bem como pelos lindes a serem desenhados pela doutrina.

Acreditamos que inicialmente os negócios jurídicos processuais celebrados antes da existência de litígio ficarão num primeiro momento adstritos à pactuação envolvendo médias e grandes empresas, as quais, normalmente, contam com razoável aparato jurídico prestado por advogados.

Essa primeira conclusão se baseia no fato de que, aprioristicamente, a assistência das partes por advogados, quando da celebração de contrato escrito, que ao mesmo tempo disponha sobre o direito material e as regras processuais que serão aplicáveis em caso de controvérsia, serão necessários para se conferir maior certeza no que restou acordado.

A cláusula que disponha sobre as regras processuais que se aplicarão em caso de litígio, muito provavelmente podem passar despercebidas ou ainda mal compreendidas pelo leigo desassistido de advogado, o que lhe trará prejuízos processuais, resultando possivelmente na declaração de nulidade da avença quanto à regra processual, em razão da vulnerabilidade técnica.

A boa e sadia aplicação do instituto, ainda que, a nosso ver, de início, restrita a negócios que envolvam valores consideráveis e que sejam celebrados com a assistência de advogados, trará incialmente uma maior segurança para celebração do próprio negócio material, porque as partes, firmes na sua autonomia privada, convencionaram uma forma de desate da controvérsia (negócio jurídico processual) com celeridade e efetividade.

A convenção das partes tem o importante papel de legitimar o trâmite processual célere, de acordo com o que restou por elas livremente ajustado.

O Novo Código de Processo Civil faculta que as partes, firmes na sua autonomia privada, escolham e convencionem, até mesmo antes da existência de litígio, quais serão as regras processuais a serem observadas na busca do provimento jurisdicional, observando-se os limites que abordamos alhures.

[8] Digo novo em termos de positivação do instituto, não de estudos e propostas doutrinárias.

Desde já deixamos bem sublinhado, que a convenção sobre o procedimento se mostra benéfica para a celeridade e efetividade do processo, mas, se impõe sua harmonização com os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), da ampla defesa, e do contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição Federal).

A negociação processual pode ser o antídoto para a "febre do eficientismo" entendida como a busca a todo custo e a que custo for, da resolução dos processos, muitas vezes intricados, de forma instantânea e sem a devida reflexão.

Nessa marcha batida, a maior flexibilidade do processo, longe de se tornar um celeiro propício a infindáveis discussões semânticas e declarações de nulidades, deve ser visto como um meio que as partes escolham para que o juiz lhes diga o direito.

Como dito no início deste artigo, ao que tudo indica, trata-se de importante instituto jurídico que guarnece de força de fazer com que o processo obtenha resultado útil em tempo razoável, porque as partes assim convencionaram e o Estado-Juiz deve, se ausente de hipóteses que invalidariam a negociação, cumpri-la, e assim agindo, estaria distribuindo justiça, ao menos entre as partes, legitimada pelo meios que elas escolheram para que o julgador forme seu convencimento.

Para finalizar, sublinhamos que a grande complexidade da matéria e seu viés inovador podem levar negócios processuais sejam pouco ou nada aplicados e termos práticos. Apesar de o instituto despertar a atenção dos estudiosos, por sua sofisticação e riqueza de possibilidades, pode afugentar os práticos exatamente pelos mesmos motivos, o que não é desejável, posto que a liberdade propiciada pela celebração de negócios jurídicos processuais, confere ao jurisdicionado ao jurisdicionado a dignidade que ele merece em um sistema que pretenda resolver os problemas das pessoas em vez de tutelá-las senhorialmente ((TALAMINI: 2015, p. 19).

Referências

ABREU, Rafael Sirangelo de. *A igualdade e os negócios processuais*. In: Negócios Processuais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC), Coordenação Antonio de Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira, coordenação Geral Fredie Didier, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016

AVELINO, Murilo Teixeira. *Negócios processuais: a posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura*. In: Negócios Processuais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC), Coordenação Antonio de Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira, coordenação Geral Fredie Didier, 2ª ed.i Salvador: JusPodivm, 2016

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 6.ed. São Paulo: Malheiro, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado.* São Paulo: Saraiva, 2015.

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Código de Processo Civil Anotado*. Coordenadores: José Rogério Cruz e Tucci, Manoel Caetano Ferreira Filho, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Rogéria Fagundes Dotti, Sandro Gilbert Martins, 2015, AASP e OAB- Paraná

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, volume 1.

COUTO, Monica Bonetti, MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro. *Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva?* In: Justiça e [o Paradigma da] Eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos [recurso eletrônico]. Vladmir Oliveira da Silveira, Orides Mezzaroba, Mônica Bonetti Couto, Samyra Haydêe Del Farra Nasponili Sanches [coord.]. Curitiba: Clássica, 2013.

CUEVA, Ricardo Vilas Bôas. *Flexibilização do Procedimento e Calendário Processual no Novo CPC*, in Negócios Processuais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC), Coordenação Antonio de Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira, coordenação Geral Fredie Didier, 2ª ed.i Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade Do Processo*. 3. edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, 6. ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental – um novo enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. Coleção Atlas de Processo Civil, São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual, 1ª ed, Rio de Janeiro, 2007.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo.* In: Estudos de direito processual. Ed Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2005.

IBDP. III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Curitiba. 23 a 25 de outubro de 2015. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Rogéria Dotti e Eduardo Talamini, acesso em 17 de maio de 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. vol. 1. Palmas: Intelectos, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Moderno.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sobre a 'Participação' do Juiz no Processo Civil.* In: Participação e Processo, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de um teoria de nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu*. In http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liminares: alguns aspectos polêmicos*. In: Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et all. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por artigo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.