

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIAH FERRARI PIRES

**OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO X PROCESSO CIVIL FRANCÊS: OS
LIMITES**

VITÓRIA
2017

MARIAH FERRARI PIRES

**OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO X PROCESSO CIVIL FRANCÊS: OS
LIMITES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof.^a Dra. Juliana Justo Botelho Castello.

VITÓRIA

2017

MARIAH FERRARI PIRES

**OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO X PROCESSO CIVIL FRANCÊS: OS LIMITES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de dezembro de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Juliana Justo Botelho Castello.
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

Aos meus pais, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha orientadora por ser exemplo e inspiração que, com sua dedicação ao ensino, despertou em mim o prazer pelo estudo de Processo Civil. Assim como, pela paciência e instigação que me impulsionou a realizar esse estudo.

Aos meus pais, os ombros que me ajudam a carregar o peso do mundo, os ouvidos que ouvem o útil, o fútil, o fundamental e o não, as mãos que ajudam a secar as lágrimas, o abraço apertado, a calma, ouvido, palavra, canção, às vezes vinho, cabeça aberta, coração ainda mais aberto, a eles todas as minhas conquistas e o meu amor incondicional.

Ao meu irmão e aos meus amigos que são minha fonte de conforto e felicidade, sou grata por tornarem minha vida mais leve e por acreditarem em mim.

“A minha liberdade não deve procurar captar o ser, mas desvendá-lo”.

Simone de Beauvoir

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	12
1.1 TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	12
1.2 CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL.....	14
1.2.1 Critério dos efeitos do negócio processual	17
1.3 O PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO CIVIL	18
1.4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	20
2 OS CONTRATOS PROCESSUAIS – EXPERIÊNCIA FRANCESA.....	24
2.1 FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS	26
2.2 DA LEGALIDADE DA CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO E DO PROCESSO	29
2.3 OS INSTITUTOS DE CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO	31
2.3.1 <i>Da fase da mise en état</i>	31
2.3.2 O calendário processual	35
2.3.3 O procedimento de urgência a dia fixo	36
2.3.4 O requête conjointe – protocolos coletivos	38
2.4 OS LIMITES AO EXERCÍCIO DOS CONTRATOS PROCESSUAIS FRANCESES	39
3 A COMPATIBILIDADE DA APLICAÇÃO DOS CONTRATOS PROCESSUAIS FRANCESES AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	41
3.1 A FALSA PREMISSA DE QUE TODA NORMA PROCESSUAL É COGENTE E DE ORDEM PÚBLICA	41
3.2 A INTRODUÇÃO DE ALGUMAS MEDIDAS FRANCESES NO SISTEMA BRASILEIRO	43

4 CONTROLE E LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO	46
4.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES E PONDERAÇÃO	47
4.2 EXEMPLOS DECORRENTES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS	52
4.2.1 A negociação processual sobre a prova – negociação sobre a verdade?	52
4.2.2 Renúncia à impenhorabilidade	54
4.3 A SUPOSTA INCONVENIÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – ARGUMENTOS CONTRÁRIOS	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 revolucionou ao trazer dispositivos que versem a respeito da efetividade do processo como instrumento de alcance de direitos, sendo uma dessas inovações o negócio jurídico processual.

O referido instituto é fundado na flexibilização do processo judicial, por meio da possibilidade de adaptação dos mecanismos processuais de tutela dos direitos às necessidades dos sujeitos do processo.

Assim, pode-se definir negócio processual como atos dispositivos pelos quais as partes livremente regulam suas posições jurídicas no processo e, a partir deles, pretende-se que os procedimentos possam ser individualizados a cada necessidade, escapando-se de uma vala comum legal.

Apesar do artigo 190 do CPC/2015 trazer alguns requisitos de validade, a lei não expende profunda regulamentação sobre os limites objetivos para celebração das convenções processuais à que se refere.

Neste tocante, interessante é a análise do mesmo instituto no sistema processual francês, chamado de contrato processual, praticado desde o final do século XX. Foi em terras francesas que o contrato processual encontrou espaço para se consolidar.

De acordo com o direito francês, o contrato vale como uma ferramenta de gestão, tanto para regulamentar as vontades das partes na alteração do procedimento, como para orientar as medidas judiciais de efetivação do objeto contratual.

O tema deste trabalho situa-se entre a sistemática francesa de efetividade dos contratos processuais e o sistema brasileiro de processo civil sobre os negócios jurídicos processuais, mais precisamente sobre os limites adotados em cada jurisdição. Assim, busca-se examinar, com base na experiência dos contratos processuais franceses, quais seriam os limites dos negócios jurídicos processuais a serem aplicados no regime processual brasileiro.

Em razão disso, o objetivo do estudo foi analisar o funcionamento dos contratos processuais e verificar se há algum limite definido pelo sistema francês e, a partir disso analisar quais medidas podem ser importadas do direito alienígena para a prática brasileira dos negócios jurídicos processuais. Para, então, estabelecer um possível critério limitativo para a orientação do exercício da negociação processual.

A importância da questão debatida pode ser conferida, uma vez que se tratando de uma inovação do Código Processual Civil de 2015, os limites dos negócios jurídicos processuais, especialmente dos atípicos, ainda se encontram em uma zona cinzenta, não estando consolidadas as diretrizes exatas para sua realização.

Assim, corre-se o risco de serem impostos limites que descaracterizem a essência dos negócios jurídicos processuais, o qual se pauta no princípio do autorregramento da vontade, da cooperação, da flexibilização procedimental e do devido processo legal. Por isso, necessária a fixação de critérios que possibilitem o manuseio deste instituto de modo absoluto, impedindo que seja limitado ao ponto de perder suas características.

Nesta senda, foram adotados os seguintes métodos de abordagem: dialético, dedutivo e comparativo. Os negócios jurídicos processuais não podem ser considerados fora do contexto social que foram inseridos, de modo que as contradições requerem soluções, portanto o método dialético. Já o dedutivo se faz presente diante do uso do silogismo da aplicação dos princípios, bem como se utiliza da análise geral para a particular, até uma conclusão. Por fim, em razão do estudo do sistema processual francês, tem-se o método comparativo, pelo qual houve um confronto entre o elemento de cada sistema (brasileiro e francês), a fim de constatar a diferença e as semelhanças para que o brasileiro seja aprimorado.

A partir disso, no primeiro capítulo será analisada a origem dos negócios jurídicos processuais, quais sejam, os fatos jurídicos. Feito isso, será estudado o conceito próprio do instituto e sua decorrência no Código de Processo Civil de 2015.

Em seguida, serão apresentados os contratos processuais na experiência francesa, abarcando o nascedouro do instituto na França, os obstáculos superados, seus

fundamentos, os exemplos advindos do instituto e ainda serão analisados a existência de limites para a prática da contratualização processual.

Na continuidade, começará o exame acerca da compatibilidade entre os institutos até então analisados, quais sejam, os negócios jurídicos processuais e os contratos processuais, além de verificar a possibilidade de importação de algumas medidas do instituto francês. Do mesmo modo, será desconstruída a premissa de que toda norma processual é cogente e de ordem pública.

Finalmente, no último capítulo, será apurada a existência de controle e limites dos negócios jurídicos processuais no direito brasileiro, mediante os princípios norteadores e as técnicas de ponderação e proporcionalidade. Na mesma oportunidade, serão apresentados exemplos decorrentes da negociação processual atípica, demonstrando a aplicação dos limites encontrados no tópico anterior. Por fim, serão apresentados alguns argumentos contrários à prática dos negócios jurídicos processuais e suas possíveis soluções.

1 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

1.1 TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A análise dos negócios jurídicos processuais deve se dar com o entendimento de que estes se manifestam como espécie de fato jurídico¹ processual. Assim, necessário conceituar fato jurídico processual, definição originada da Teoria dos Fatos Jurídicos de Pontes de Miranda, adotada neste trabalho.

De acordo com o autor, fato jurídico:

Os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. Só de fatos jurídicos provêm eficácia jurídica.²

Nessa perspectiva, o fato é jurídico quando uma norma que pertence à um ordenamento jurídico, reconhece o valor do fato às relações humanas e lhe atribui consequências próprias, os chamados efeitos jurídicos. Logo, o fato jurídico é o resultado da reunião de dois elementos: o fato em si e uma declaração de vontade da norma jurídica.

A partir deste conceito, verifica-se sua aplicabilidade ao Direito Processual, sistematizando os fatos jurídicos identificáveis no âmbito processual. Em razão disso, notável a interpretação dada por Fredie Didier: “Reconhecida a existência de uma Teoria Geral do Direito, que fornece os conceitos jurídicos fundamentais aplicáveis a qualquer ramo, não há qualquer sentido em negar-lhe aplicação ao estudo do Direito Processual”³.

Pois bem, transplantando esse conceito para o processo, pode-se definir fatos jurídicos processuais como todo evento que assume caráter jurídico pela incidência

¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 121.

² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, I. Rio de Janeiro: Borsóji, 1954. p.4.

³ DIDIER JR, Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação** – o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4.

de uma norma processual, e que em razão disso, produz ou pode vir a produzir efeitos no processo.⁴

Ocorre que os fatos jurídicos processuais são divididos, doutrinariamente, em quatro categorias: a) fatos jurídicos *stricto sensu* processuais; b) atos-fatos jurídicos processuais; c) atos jurídicos *stricto sensu* processuais; d) negócios jurídicos processuais. Os quais serão analisados a seguir.

Primeiramente, os fatos jurídicos *stricto sensu* processuais, conforme a teoria de Pontes de Miranda, seriam aqueles que adentram ao mundo jurídico sem que haja, na composição de seu suporte fático, um ato humano. Ou seja, são eventos ocorridos fora do processo, desde que a ele referível e que lhe coexista. À exemplo serve o falecimento de uma das partes do processo, o qual gera um fato jurídico processual do qual surgem situações jurídicas processuais (direito à suspensão do processo)⁵.

Já os atos-fatos processuais possuem a vontade humana de praticá-lo desprezada pelo Direito, isto é, como se a vontade humana fosse irrelevante para a ordem jurídica. Assim, o adiantamento das custas processuais interessa como exemplo desta categoria, pois se desconsidera a vontade de sua prática.

Ato contínuo, os atos jurídicos *stricto sensu* processuais são como o fato que tem por elemento a declaração unilateral das vontades cujos efeitos jurídicos são invariáveis e prefixados pelas normas jurídicas, não tendo as partes, o poder de escolha de seus efeitos⁶. Como é o caso da citação, em que não importa o desejo em produzir os efeitos, visto que eles são necessários à este ato processual.

⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 31.

⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 114.

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 141.

1.2 CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Como dito anteriormente, os negócios jurídicos se apresentam como espécie de fato jurídico e se diferem dos atos processuais à medida em que contam com efeitos convencionados pelos próprios sujeitos, que decidem e delimitam regras próprias para regerem suas relações jurídicas, ao passo que os atos do processo, estabelecidos no âmbito do direito público, possuem eficácia vinculada por normas instituídas previamente, as quais descrevem todos os efeitos a serem produzidos no mundo jurídico.⁷

Baseados nesta asserção, Cristiano Chaves e Nelson Farias Rosenvald conceituam negócio jurídico como

o acordo de vontades, que surge da participação humana e projeta efeitos desejados e criados por ela, tendo por fim a aquisição, modificação, transferência ou extinção de direitos. Há, nesse passo, uma composição de interesses (é o exemplo típico dos contratos), tendo a declaração de vontades um fim negocial.⁸

Assim é possível entender que o negócio jurídico propõe-se, sobretudo, à satisfação de interesses privados, por meio de uma negociação sobre a condução do procedimento pelos sujeitos, para se obter os resultados desejados e por eles também proclamados, a principal característica deste instituto.

Nesse tocante, Orlando Gomes conceitua negócio jurídico como “o ato de autonomia privada que vincula o sujeito, ou os sujeitos que praticam, a ter conduta conforme o regulamento dos interesses que traçaram”⁹.

Esta será a definição utilizada nesse estudo como premissa para seu desenvolvimento, pois, negócio jurídico deve ser entendido exatamente como um ato revestido no poder das partes de autorregular seus interesses, delineando os efeitos por elas desejados.

⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. **A privatização da técnica processual no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: FREIRE, Alexandre et al.(org). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 03. p. 341.

⁸ FARIAS, Cristiano chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v.1. p. 585.

⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 269.

Tradicionalmente, os negócios jurídicos foram coligados ao domínio privatista¹⁰. Todavia, mesmo se tratando, *prima facie*, de um instituto do direito material, os negócios jurídicos não podem ser discutidos como algo exclusivo do Direito Civil, visto que sua essência, o autorregramento da vontade, situa-se, também, no campo do direito processual¹¹, tal como foi concretizado pelo advento do CPC 2015.

Cumprido aclarar, conforme assentado, que não se trata de convenção sobre o direito contencioso, pois, se assim o fosse, seria o caso da autocomposição. Assim, versa-se sobre a convenção sobre o procedimento, na qual é permitida a alteração de suas normas¹².

Desde a vigência do CPC de 1973 parte da doutrina apresenta relutância no tocante aos negócios jurídicos processuais, como Alexandre Câmara¹³, Daniel Mitidiero¹⁴ e até Cândido Dinamarco¹⁵, não admitiam a existência de negócios jurídicos processuais, justificando, em síntese, que, apesar das partes convencionarem sobre as regras de processo, estes não produziram efeitos diferentes dos estabelecidos pela lei, pois somente a legislação poderia atribuir resultantes aos atos processuais.

Não obstante, embora positivado no CPC/2015, já no CPC/1973 constatava-se a existência de negócios jurídicos processuais, os típicos.

Barbosa Moreira elencou variados exemplos de negócios jurídicos processuais típicos bastante conhecidos, fato que robusteceu o entendimento, como:

O art. 111, que trata da eleição convencional de foro; os arts. 265, II, e 792, referentes a convenções de suspensão do processo; do art. 333, parágrafo

¹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p.84.

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferrer da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015. p. 398.

¹² JR., Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 379.

¹³ Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1. p. 248.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. v.2. p. 16.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiro, 2009. v. 2. p. 484.

único, relativo a convenção sobre distribuição do ônus da prova; o art. 453, I, que prevê o adiamento da audiência por convenção das partes; o art. 606, I, fine, atinente a escolha convencional do arbitramento como forma de liquidação da sentença. Mas há outros casos: sem pretensão de exaustividade, lembraremos os dos arts. 181 (convenção para reduzir ou prorrogar prazo dilatatório), 454, § 1º, fine (convenção sobre divisão do prazo entre litisconsortes para falar na audiência), 677, § 2º (convenção sobre a administração de estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, semoventes, plantações ou edifício em construção penhorados), 824, I (convenção sobre indicação de depositário de bens seqüestrados), 1.031 (adoção convencional da forma do arrolamento para realizar partilha amigável), 1.113, § 3º (convenção sobre alie-nação de bens em depósito judicial). À lista deve acrescentar-se o compromisso, pelo qual as partes acordam submeter o litígio a juízo arbitral (arts 1.072 e ss.)¹⁶

Percebe-se, pois, que, o Código de Processo Civil de 1973 previu situações em que se reconhecia o autorregramento da vontade dos sujeitos processuais, conquanto de forma tipificada e, conseqüentemente, limitada.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 veio a pôr fim a qualquer dúvida, uma vez que este, estendeu as hipóteses de celebração de negócios processuais típicos, bem como trouxe, em seu artigo 190, a viabilidade de as partes realizarem negócios processuais atípicos, permitindo a convenção sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres.

Portanto, adotando a definição dada por Igor Raatz, depreende-se de negócio jurídico processual:

Tudo isso permite concluir que os negócios jurídicos processuais, na medida em que servem de instrumento para o incremento da autonomia privada como princípio fundamental do processo, justamente materializam um verdadeiro poder de conformação do procedimento, o que representa uma noção mais democrática de processo.¹⁷

Logo, tem-se que os negócios jurídicos processuais são instrumentos para o exercício da autonomia privada, bem como da flexibilização do processo, permitindo

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das Partes sobre Matéria Processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, p. 30-36, jan. 1984.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, apud RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 234

às partes a construção de um procedimento adequado às necessidades da própria relação jurídica¹⁸.

1.2.1 Critério dos efeitos do negócio processual

Ante o exposto até aqui, foi possível verificar que não há uma definição uniforme de negócios jurídicos processuais, muitos critérios são usados, como o momento em que o negócio é produzido, os sujeitos que negociam, a norma aplicável, os efeitos ou objeto do acordo, dentre outros.

À título de exemplo, Antonio do Passo Cabral ilustra:

A fim de salientar a existência de restrições à autonomia das partes, Fredie Didier Jr., Pedro Nogueira e Paula Sarno Braga incluem em seus conceitos 'os limites' que balizam o autorregramento da vontade, que poderiam decorrer de normas cogentes (quando para as partes somente restaria a escolha da 'categoria' eficaz), ou submetidos a um maior grau de disposição, quando então haveria maior liberdade de conformação.¹⁹

Porém, o critério dos limites ao autorregramento da vontade dos sujeitos processuais não servirá como fundamento deste estudo, pois o que se quer mostrar é uma sorte do oposto, isto é, que os negócios jurídicos processuais assim se determinam a partir dos efeitos que pretendem produzir.

Conforme bem aponta Flávio Luiz Yarshell, relevante é a aptidão do acordo para produzir efeitos jurídicos no processo, ou sua referibilidade a um processo, atual ou até mesmo potencial.²⁰

¹⁸ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 235

¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**: entre publicismo e privatismo. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p.46

²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?** in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 66.

Nesse passo, os sujeitos, pela junção de suas vontades para um propósito em comum ou não, têm o poder de alterar o procedimento e também criar, modificar e extinguir situações processuais. E isso é a essência dos negócios processuais, que se diferenciam pelo fato da vontade ser o suficiente para efetuar os efeitos pretendidos pelos sujeitos.

O artigo 200 do atual CPC chancela essa teoria, uma vez que celebrados os negócios processuais, eles passam a atingir os efeitos desejados pelas partes, não dependendo da intermediação, manifestação ou aprovação de qualquer outro agente.

Por isso, a definição de negócio jurídico processual, à luz do critério dos efeitos, a qual servirá como base deste estudo, é a que entende o negócio jurídico processual pelo poder das partes, de antes ou durante o procedimento, sem a necessidade da intermediação de qualquer outro sujeito, determinarem a alteração do procedimento e das situações processuais.

1.3 O PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil 2015, sobretudo o seu art. 190, representa verdadeiro rompimento com as amarras de um processo extremamente publicista, em razão de ampliar a autonomia da vontade das partes no campo processual.

Os negócios jurídicos processuais estão intrinsecamente associados à autonomia da vontade, sendo esta sua principal característica. Assim, é inegável que o atual CPC conferiu considerável valor à liberdade das partes no âmbito processual ao positivar a celebração dos negócios jurídicos processuais atípicos.

Em razão disso, muitos processualistas têm defendido o surgimento de um novo princípio na ordem processual brasileira,

o princípio do autorregramento da vontade, que compreenderia um 'complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada'.²¹

Portanto, pode-se afirmar que o princípio do respeito ao autorregramento da vontade deriva do princípio da liberdade garantido constitucionalmente, previsto no art. 5^o²², *caput*, da Constituição Federal de 1998²³, sendo identificado como um direito fundamental. Nesse sentido,

No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.²⁴

Transportando-se tais premissas para a temática processual, observa-se que, o princípio do autorregramento da vontade visa à construção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis, em outras palavras, busca tornar o processo jurisdicional um instrumento para o exercício da liberdade.

Assim, o autorregramento da vontade encontrou o espaço ideal para sua manifestação no CPC/2015, visto que o código foi estruturado de modo a estimular a solução dos conflitos pela via que parecer mais adequada a cada caso, não instituindo a jurisdição legal como necessariamente a melhor forma para pôr fim ao litígio.

²¹ DIDIER JR., Fredir; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **A promessa de recompensa judicial.** in ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Boneti. (Org.). *Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao CPC/2015.* São Paulo: RT, 2014. v.1. p. 409.

²² Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

²⁴ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais.** 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 20.

Verifica-se que as partes, baseadas no autorregramento de suas vontades processuais, possuem poder para valer-se de suas prerrogativas processuais e exercê-las, como também abdicar delas, podendo renunciar às garantias processuais mínimas estabelecidas ao seu favor.

Da mesma forma, os sujeitos processuais podem delinear as regras procedimentais, adaptando-o às necessidades que buscam obter em termos de tutela jurisdicional e se submetendo voluntariamente ao regulamento da convenção ao invés do regulamento legal.²⁵

Sendo que todas essas práticas, revelam nada menos do que os negócios jurídicos processuais.

Entretanto, importante esclarecer que esse poder dado as partes, através do novo princípio, não se justifica apenas em razões privatistas, como também no princípio processual do debate, o qual rege a autonomia e liberdade dos sujeitos do processo não somente no que toca à disponibilidade sobre o direito material, mas também sobre as situações processuais, ou seja, dá às partes o poder de condução do procedimento e suas formalidades, inclusive pela celebração dos negócios processuais.

1.4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como visto, o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/15)²⁶, trouxe variadas inovações e alterações em favor da efetividade do processo enquanto instrumento de alcance de direitos. Comparando-o com o Código de Processo Civil de 1973, as modificações têm o claro objetivo de adequar o procedimento às necessidades

²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 144.

²⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

sociais deste momento. Interessa ao presente estudo as alterações sobre as novas dimensões da autonomia das partes no que diz respeito ao acordo de procedimento.

Diz-se isso, pois na vigência do CPC anterior regia um processo mais publicista e predisposto ao rigor pela forma, em que o Estado-Juiz era o protagonista da relação jurídica processual, já com o CPC atual há uma nova dinâmica, em que as partes protagonizam com ênfase na liberdade processual.

Nesse sentido, genial é a metáfora de Fernando Gajardoni, que desse modo define a transformação:

Tal como uma alfaiate que ajusta a roupa conforme o corpo ou a vontade do freguês, o juiz (com menos intensidade) e as partes (com mais intensidade) podem, no Novo CPC, promover a calibração do procedimento e até do processo às especificidades da causa, fazendo o ajuste fino do modelo genérico e abstratamente previsto em lei às reais necessidades do conflito.²⁷

É inédita na legislação processual brasileira a permissão de uma possibilidade mais ampla de autorregulação do processo pelas partes. Com os negócios jurídicos processuais pretende-se que os procedimentos possam ser individualizados a cada necessidade, escapando-se de uma vala comum legal.

Nesse contexto, a cláusula geral de acordo de procedimento, que possibilita as partes realizar os negócios jurídicos processuais, ganhou importância no ordenamento processual brasileiro. O referido instituto é fundado na flexibilização do processo judicial, por meio da possibilidade de adaptação dos mecanismos processuais de tutela dos direitos às necessidades dos sujeitos do processo, de modo a ampliar o campo de atuação das partes, mais especificamente no que diz respeito aos seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Alfaiataria Novo CPC**: A flexibilização do processo e do procedimento na lei 13.105/2015. Jota. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/alfaiataria-no-novo-cpc-a-flexibilizacao-do-processo-e-do-procedimento-na-lei-13-1052015>>. Acesso em 04 de setembro 2017.

Conforme prevê o art. 190 da lei, é possível que as partes, dentro de certos limites estabelecidos pela própria lei, celebrem negócios através dos quais dispõem de suas posições processuais.

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 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.

De acordo com a nova norma, o CPC/2015 expandiu as possibilidades de negócios jurídicos processuais típicos, e ainda criou uma cláusula geral de negociação processual, admitindo, assim, a flexibilização do procedimento através da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, o que permite às partes modularem o procedimento à realidade do caso concreto.

Outrossim, válido mencionar que, em regra, o negócio jurídico processual não depende de homologação judicial, salvo nos casos expressamente previstos em lei²⁸, visto a estipulação da eficácia imediata dos atos e negócios processuais celebrados pelas partes disposta no art. 200 do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

Superado o disposto pelo art. 190 do CPC/2015, deve-se notar que ao instituir, expressamente, a possibilidade das partes celebrarem negócios jurídicos processuais atípicos, não faz menção às suas limitações de fato, excetuando a capacidade das partes e a disponibilidade dos direitos. E é a vagueza quanto aos limites que vem causado maior discussão acerca dos negócios jurídicos processuais no atual CPC. Nesse consequente, Cassio Scarpinella Bueno declara:

²⁸ Enunciado nº 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do caput do art. 190 não dependem de homologação judicial.

A dificuldade reside menos em listar exemplo de negociação processual e mais em estabelecer os limites destes negócios, máxime quando, de acordo com o 'modelo constitucional do direito processual civil', as regras relativas ao procedimento são de competência do Estado.²⁹

Assim, importante esclarecer que este trabalho defende a flexibilização processual e do mesmo modo, acredita que os limites dos negócios jurídicos processuais atípicos devem ser, sempre que possíveis, reduzidos. Razão pela qual se usará, nesta ótica, o modelo processual francês como parâmetro para estabelecer os limites do modelo processual brasileiro.

Todavia, perante a relevância do tema e sua complexidade, este será melhor desenvolvido nos capítulos a seguir, tendo sido designado o presente tópico somente à inteligência das disposições sobre os negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil de 2015.

²⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105 de 16-3-2015. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 191.

2 OS CONTRATOS PROCESSUAIS – EXPERIÊNCIA FRANCESA

Hoje o processo civil brasileiro passa por um momento, sobre o qual a França já viveu e que gerou mudanças processuais para que as partes pudessem participar do procedimento ativamente.

Por isso, se faz necessária a análise da experiência estrangeira – francesa -, pois a partir dela poderá se fazer uso pleno das prerrogativas trazidas pelos negócios jurídicos processuais, o qual dá poderes ao jurisdicionado para que atinja a tutela jurisdicional adequada, sem que, para tanto, viole os demais direitos fundamentais processuais das partes.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a flexibilização do procedimento francês se deu em razão de reformas que aconteceram em todo o sistema jurídico da França, sendo assim, um conseqüente. Da mesma forma ocorre hoje no Brasil, o direito processual se molda a partir da mudança de regulação da sociedade.

Assim, passou-se a dar preferência à norma negociada, derivada de uma relação horizontal, substituindo a decisão unilateral dada em uma relação vertical. Em outras palavras, a imposição normativa, advinda de um terceiro, sujeito central e distante dos jurisdicionados, deu lugar à regulação das relações pelos próprios destinatários do direitos.³⁰

A norma produzida por uma negociação das partes se tornou concorrente da norma imposta pelo Estado, de modo que as partes passaram a preferir a solução negociada do litígio ao invés da solução imposta por um terceiro não envolvido, o Estado.

Nesse sentido, pode-se extrair da afirmação do jurista francês Pascal Lokiec que este movimento de contratualização da produção normativa, foi fruto da relutância

³⁰ COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês: um novo horizonte para a adequação processual.** 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p.58

ao intervencionismo estatal, devendo a regra ser definida pelos seus destinatários.³¹ Conseqüentemente, partindo desta resultante, houve o entendimento de que a contratualização originava de uma ideologia liberal.

Desse modo, o contrato assumiu uma força normativa, porém não excluiu a norma em seu sentido originário e o dever das partes em segui-las, mas sim passaram a conviver norma e contrato dentro do mesmo ordenamento. Foi o que o renomado jurista francês, Loic Cadiet, constatou:

O movimento da contratualização não é necessariamente um sinal de desaparecimento da submissão do indivíduo a uma autoridade, mas é um sintoma de explosão de lugares de exercício de poder, de novas verticalidades tomando o corpo, de forma mais difusa.³²

Nesse contexto, ocorreu a contratualização do processo na França, objeto de análise deste estudo. Por mais contraditório que se pareça, houve uma ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, dando a ele o dever de gerir o processo, basicamente de conduzir os ajustes feitos pelas partes (autor e réu).

Compreendia-se que os contratos processuais deveriam ser monitorados pelo magistrado, na qual era chamado para “autenticar” ou “contestar” a vontade das partes³³.

Conforme defende Thais da Costa em sua tese, a contratualização do processo seria um ajuste das partes no procedimento, de modo que, obrigatoriamente, haverá duas declarações de vontade, uma do autor e outra do réu. Logo:

Assemelha-se, portanto, a um contrato privado, mas com a participação ativa do juiz – afinal, o processo não deixa de ser a entrega de um serviço público.³⁴

³¹ LOKIEC, Pascal. **Contractualization et recherche d'une légitimité procedural**. In *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008. p. 95.

³² CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008. p.181.

³³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 112.

³⁴ COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês: um novo horizonte para a adequação processual**. 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p. 61.

Em suma, a contratualização do procedimento francês consistiu na possibilidade das partes, juntamente com o juiz, estabelecerem as normas de condução do processo, em cooperação. E assim, desde 1930 essa prerrogativa é praticada e melhorada a cada ano.

Outros dois fatores que favoreceram a contratualização do processo é que a Constituição da França³⁵ não dispõe sobre reserva de lei para regular o direito processual civil³⁶, e ao mesmo tempo prevê que as matérias não expressamente submetidas à reserva de lei podem ser regulamentadas por decreto Executivo³⁷, assim a lei não é a única fonte da norma processual. Outrossim, o processo francês não se baseia em um sistema rígido de preclusão, o que facilita a adaptação do procedimento.

Portanto, conclui-se que, dada a força do fenômeno dos contratos em todo o sistema jurídico francês, as normas processuais foram flexibilizadas.

2.1 FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS

Como visto, o fenômeno da contratualização atingiu o direito público, bem como o processo civil. Sempre houve uma busca pela simplificação do processo para que se tornasse mais célere e assim, satisfizesse as exigências da lei e da entrega de uma prestação jurisdicional de qualidade, tendo como escopo a produção de uma sentença, que produz efeitos tal qual uma regra.

³⁵ FRANCE. **Constitution Française**. Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

³⁶ *Article 34. La loi fixe les règles concernant : [...] - la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats; [...]*. Tradução nossa: A lei fixa as regras concernentes à: [...] determinação de crimes e delitos, assim como as penas que lhe são aplicáveis; ao processo penal; anistia; criação de novas ordens de jurisdição e o estatuto do magistrado.

³⁷ *Article 37. Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. [...]*. Tradução nossa: Outras matérias além daquelas que são de reserva da lei têm caráter regulamentar.

Portanto, verifica-se uma conexão entre o processo e a contratualização, visto que esta última se traduz em meio alternativo da produção de uma regra, e o primeiro possui a finalidade de elaborar uma regra, a sentença.

O termo de contratualização do processo, mais que à forma, refere-se ao envio do feito ao procedimento contatual.³⁸ A racionalidade que subtrai da contratualização, encarregada de fazer valer os interesses das partes presentes, explica a atração deste modo de decidir e a legitimidade onde se respalda a norma.³⁹

Apesar de já haver no direito processual francês a prática de contratualização, ela era limitada aos litígios de massa que tratavam de contratos de seguro. Por isso, com o intuito de expandir a prática, fez-se necessária a implementação de uma fase de conciliação, para que as negociações processuais ganhassem maior importância.

A doutrina francesa é unânime ao defender que a existência de uma lide material entre os sujeitos processuais não é impedimento para que acordem sobre o andamento do processo, e isso deveria ser decidido na fase de conciliação. Ou seja, as partes deveriam, ao menos, tentar um acordo sobre o procedimento, de forma que facilitaria a solução do conflito de direito material, compreendendo que o conflito ocorre somente na seara material.

Importante é a ressalva feita por Loïc Cadiet⁴⁰, de que o fenômeno da contratualização do procedimento ultrapassa seu âmbito, de modo que ao contratar sobre o processo, as partes acabam por transformar, diretamente, a administração da justiça, sendo, assim, um instrumento de gestão.

A partir dessa premissa, Thais da Costa, conclui:

[...] a utilização da ideologia contratual no processo supõe uma racionalidade no sentido de assegurar a consideração, nesta relação, do

³⁸ CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008. p. 176.

³⁹ COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês: um novo horizonte para a adequação processual**. 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p. 63.

⁴⁰ CADIET, op. cit., p. 176.

interesse das partes presentes, para o desenvolvimento das formalidades do procedimento.⁴¹

Nesse sentido, pode-se afirmar que o contrato serve como um instrumento de gestão, tanto para regulamentar as pretensões das partes de alterarem o procedimento, quanto para guiar as operações judiciais para a efetivação do objeto contratual.

Na França, o juiz assume o papel de gestor individual de cada processo, devendo adaptar o procedimento à causa, conforme o pretendido pelos sujeitos processuais, em respeito ao princípio do devido processo legal. Veja-se a análise de Thais Aleluia:

A análise do magistrado acerca da ação implicará uma observação prévia das características da demanda, para então definir o seu curso, de forma flexibilizada, realizando adaptação e flexibilização das normas de procedimento, em companhia e com a cooperação das partes.⁴²

Isto posto, nota-se que a contratualização do procedimento é fruto de um esforço comum do magistrado e das partes.

Destarte, os contratos processuais franceses não têm fundamento, e logo não são limitados, às formalidades, à pura observação de normas cogentes, pelo contrário, serão legítimos pelo fato de respeitarem a vontade das partes, bem como os costumes, adequação e equidade, sendo o resultado de um pacto racional que enseja um processo justo para todos.

⁴¹ COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês: um novo horizonte para a adequação processual.** 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p. 65.

⁴² Ibid., p. 65.

2.2 DA LEGALIDADE DA CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO E DO PROCESSO

O conflito da legalidade da contratualização é um assunto que foi bastante debatido pela doutrina francesa, sendo, por vezes, alegada a falta de legitimidade do fenômeno e sua violação ao princípio do devido processo legal.

A contratualização do processo francês possui legitimidade por traduzir a vontade das partes e por ter um procedimento legal como guia da sua existência, porém não se pode afirmar que qualquer prática é contratualizada.

A legitimidade dos contratos processuais tem como base o costume de contratualizar nos mais variados âmbitos, o que é uma característica, como já visto, de muitos anos da sociedade francesa, a qual respeita e admite a contratualização como uma prática válida.

Nesse sentido, a contratualização do procedimento não é legítima em razão da observância estrita das normas formais, pelo contrário, a legitimidade encontra-se no fato de que o contrato processual observa os princípios do processo judicial.

Ainda no século XIX, o sistema jurídico francês conferia ao processo a função, tão somente, de servir ao direito material, tendo sua legalidade subsidiada pela legalidade material.⁴³ Entretanto, no fim do mesmo século, esta concepção evoluiu. A legalidade do processo foi desvinculada da legalidade do direito material, ganhando sua autonomia.

O Código de Processo Civil francês⁴⁴ revela este novo ideal por meio de ser art. 30, veja-se:

⁴³ CADIET, Loïc. **Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil in Mélanges en l'honneur de Jacques Boré**. Paris: Litec, 2009. p. 69.

⁴⁴ FRANCE. **Code de procédure civile**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 12 out. 2017.

Article 30: L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.⁴⁵

Com o advento do princípio do devido processo legal, surgiu-se outra concepção (a acertada) sobre a legalidade do procedimento, uma vez que o princípio passou a ser uma garantia da regularidade do procedimento e por isso fez-se como um instrumento para a satisfação do direito material. Nas palavras de Costa⁴⁶:

[...] para se ter, em juízo a solução legítima do direito material, deve-se ter perseguido um devido processo legal, portanto, processo gerencial, contratual, adaptado às necessidade das características materiais do litígio.

Portanto, a partir deste princípio a questão da legalidade é solucionada, estando a eficiência da prestação do serviço judiciário intimamente ligada ao procedimento e sua contratualização.

Cadiet⁴⁷ destaca a importância de o judiciário ter em sua essência o conhecimento de gestão, bem como formas de administrar e formas de definir regras procedimentais mais eficientes para o alcance da tutela jurisdicional de modo satisfativo.

O grande desafio francês, e adianta-se que também é o brasileiro, foi harmonizar o princípio do devido processo legal, que se apresenta como o cerne da legalidade processual, com a prestação jurisdicional simples, pronta e efetiva, dentro dos limites da legalidade. E o valioso resultado dessa fusão foi a contratualização do processo civil, a qual respeita as garantias processuais imprescindíveis ao passo que simplifica as formas procedimentais.

Em outras palavras, tal resultado foi alcançado a partir do momento em que a jurisdição francesa compreendeu que o processo deve ser desenvolvido não apenas

⁴⁵ Article 30. Tradução nossa: A ação é um direito para o autor de exercer uma pretensão e de ser ouvido sobre o mérito desta, a fim de que o juiz a julgue procedente ou improcedente. Para o Réu a ação é o direito de discutir sobre a procedência desta pretensão.

⁴⁶ COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês**: um novo horizonte para a adequação processual. 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p. 68.

⁴⁷ CADIET, Loïc. **Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil in Mélanges en l'honneur de Jacques Boré**. Paris: Litec, 2009. p. 74

com base no princípio do devido processo legal, mas também conforme o princípio da efetividade. Isto é, não se olvidou de que a qualidade da tutela jurisdicional está relacionada com o uso de todos os princípios fundamentais. Até porque, a qualidade do processo é o que favorece a qualidade da decisão jurisdicional que lhe segue.⁴⁸

Assim, com a contratualização do procedimento francês, percebeu-se a importância da norma processual, sendo esta o instrumento para a entrega de uma tutela de qualidade ao litigante.

2.3 OS INSTITUTOS DE CONTRATUALIZAÇÃO DO PROCESSO

2.3.1 Da fase da *mise en état*

Dos institutos adotados, talvez o que tenha mais impactado o processo na França foi a instituição do procedimento autônomo de instrução, etapa de *mise en état*. Por óbvio, reconhece-se a relevância das demais mudanças, mas foi esta etapa procedimental que sustentou as demais alterações, posto que a maioria das alterações parte da existência do juiz de instrução.

O escopo da sua criação foi acelerar a entrega do serviço público, do processo, com base no princípio da eficiência que rege a administração pública. Diz-se isso, pois até seu surgimento, os litigantes franceses não possuíam o costume de respeitar os prazos processuais, pois o juiz era visto como uma figura do direito privado que simplesmente não podia intervir e suscitar a preclusão temporal, por exemplo.

Em razão disso, as partes conduziam o tempo do processo de acordo com o seu interesse particular, o que gerou a falha do procedimento e tão logo, da entrega eficaz da tutela jurisdicional.

Assim, seu surgimento decorreu da necessidade de se ter um juiz processualmente ativo e de as partes cooperarem entre si e, principalmente, com a jurisdição. O juiz

⁴⁸ CADIET, Loïc. **La théorie du procès et le nouveau management de la justice** : processus et procédure. In JEULAND, Emmanuel (sous la direction de), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance du juge*, Paris, Dalloz. (em fase de elaboração).

ganhou a responsabilidade pelo desenvolvimento da instrução, não deixando esta de ser um ônus das partes, e a partir disso se atingiria a celeridade do procedimento.

Com a inclusão desse instituto, ocorreu uma divisão das competências do processo, criando um novo juiz – o juiz do procedimento, separando-o do juiz de mérito. No mais, este novo juiz possui o encargo de tornar o processo eficaz e, na mesma medida, célere.

Em outras palavras, o juiz da instrução é o responsável por preparar o processo para o seu julgamento pelo juiz de mérito, sendo seu dever permitir às partes e seus procuradores que produzam os fundamentos importantes que os levarão ao ganho de sua pretensão, sempre no melhor prazo possível para o caso.

À vista disso:

Fica, portanto, apartado o procedimento, em fases cindidas. Pode-se dizer que o direito substancial a cargo dos juízes de mérito e o direito processual a cargo do magistrado de *mise en état*. Isso, todavia, não significa concluir que o magistrado de mérito não possui competência processual, na medida em que tem competência para análise de admissibilidade de recursos, ou de exceções processuais e incidentes que surgem por eventos posteriores à finalização da instância de instrução processual.⁴⁹

Desde já, verifica-se a contratualização processual, uma vez que o procedimento é ajustado pelo juiz em conjunto dos litigantes conforme a conveniência do caso concreto. Neste sentido, precisa é a análise:

A lógica é contratual porque o juiz deixa de ser aplicador de uma norma formal. O processo é, sim, a consecução de atos processuais previstos em lei. Mas a organização do procedimento não é feita exclusivamente por uma lei de previsão uniforme; o juiz se insere na relação processual e, em comunhão com as partes, organiza a sucessão dos atos do processo. A importação desta lógica contratual para o processo tem a finalidade de garantir maior eficácia da ação pública, valendo-se, para tanto, da cooperação das partes e de um juiz diretor da relação processual.⁵⁰

⁴⁹ COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês: um novo horizonte para a adequação processual**. 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p. 111.

⁵⁰ Ibid., p.90

Quanto ao procedimento do instituto de *mise en état*, será aplicado aos processos mais complexos, os quais necessitem de uma instrução mais completa e profunda, isto é, não estarão sujeitos os processos de causa madura, os quais estão prontos para o julgamento logo após o seu ajuizamento.

A partir disso, o ordenamento jurídico francês o considera como um procedimento ordinário. Entretanto, este pode ser dividido em três espécies, quais sejam, circuito curto, circuito médio e circuito longo. Explica-se. Após o ajuizamento da demanda, esta será remetida à uma audiência em que o juiz, juntamente com o autor, decidirá qual o circuito à ser observado.

Vale-se do circuito curto quando a demanda já está pronta para ser julgada em seu mérito, cabendo ao magistrado declarar a desnecessidade da instrução e fixar a data de audiência final onde as partes poderão apresentar seus argumentos finais e ouvir a sentença.

Já no circuito médio, a causa não estará pronta para imediato julgamento, porém o juiz fixará a data de uma audiência visto a necessidade de se esclarecer pequenas controvérsias e apresentação pelas partes dos últimos argumentos, feito isso, fixará nova audiência para prolação da sentença.

Por fim, tem-se o circuito longo, o qual trata de litígios complexos e por isso, aplica-se o instituto do *mise en état*. Nesta hipótese haverá um juiz especializado em procedimentos, que prezarão pelo bom desenvolvimento do processo, e as partes desenvolverão a importante função de transmitirem suas exatas pretensões. Este circuito merece atenção.

Nas palavras de Pierre Julien e Natalie Fricero, a consolidação de um procedimento consensual entre as partes e o juiz, teve como objetivo:

[...] deixar a justiça mais consensual e com mais qualidade, o juiz passa a estabelecer os protocolos da justiça juntamente com as partes e com os auxiliares da justiça. Esta atividade considera a concentração dos atos

processuais, com a limitação destes, eliminação daqueles atos desnecessários e preconizada a adaptação do procedimento.⁵¹

Portanto, o fato das partes discordarem quanto ao direito material, não estão impedidas de concordarem sobre como a tutela jurisdicional será entregue, os termos do procedimento.

Importante citar que o magistrado de instrução possui variados poderes especiais, conforme preceitua os arts. 776 a 782 do Código de Processo Civil francês. Dentre eles, solicitar a oitiva das partes, sempre à luz do princípio do contraditório, para obter determinadas informações sobre o processo; determinar a conclusão da fase de instrução, dentre outros.

A regra é de que, determinado o encerramento, o processo é enviado para o juiz de mérito, onde ouvirá as argumentações orais das partes, em audiência. E depois, proferirá a decisão de mérito.

Logo, a busca pela conciliação e o princípio da cooperação são essenciais para o seguimento de forma contratualizada deste instituto, de modo que o juiz se torna um gestor das necessidades das partes e da própria demanda.

Como dito anteriormente, os litigantes são figuras imprescindíveis para o sucesso desta fase processual, visto que a partir do exposto por eles será possível identificar suas pretensões e as peculiaridades do caso.

Assim, deverão explicar os motivos de seu pedido e suas conclusões jurídicas, ao ponto que restará claro o objeto da demanda e o direito material que lhe envolve. No mesmo ato, invocarão as eventuais exceções processuais que desejam aplicar e demonstrarão o interesse sobre a fixação do calendário processual. Feito isso, será possível, a análise pelo tribunal acerca das competências e custos aplicáveis ao litígio.

⁵¹ JULIEN, Pierre. FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. 3. ed. Paris: LGDJ, 2009. p. 181

Por fim, cumpre mencionar que as decisões do juiz de instrução no tocante às exceções do procedimento e os incidentes processuais serão revestidas de coisa julgada, de modo que estas vinculam o magistrado responsável pelo julgamento do mérito.

2.3.2 O calendário processual

As reformas procedimentais decorrentes da contratualização deram origem ao art. 3º do Código de Processo Civil francês, que possui a seguinte redação:

Article 3: Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires.⁵²

Percebe-se que o referido dispositivo esclarece a função do juiz como gestor do processo, atribuindo-lhe o instituto do calendário processual.

Da mesma forma como vem sendo utilizado no Brasil, o calendário tem como escopo equilibrar o tempo e o processo, isto é, que o tempo do processo seja proporcional à complexidade da demanda.

Conforme tratado por Torquato⁵³, o calendário processual não consiste em apenas um mecanismo sobre a duração do procedimento, mas também de um instituto que define a qualidade do tempo do processo. Ao passo que a duração do procedimento é imprescindível para o cumprimento aos princípios do processo.

Assim, o juiz e as partes, em comum acordo, podem se valer de um calendário para a determinação dos prazos do processo de acordo com a sua necessidade própria.

Como visto em tópico anterior, na primeira audiência o procedimento será fixado, bem como os atos processuais que serão praticados, sempre considerando a

⁵² Article 3. Tradução nossa: O juiz deve velar pelo bom desenvolvimento do processo; ele tem o poder de repartir os prazos e de ordenar as medidas necessárias.

⁵³ TORQUATO, Davide. **Di alcuni clichés in tema di calendario del processo** – Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81- bis disp. att. c.p.c. Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile. 4/2010. p. 1234

complexidade do litígio, a existência de urgência e a natureza do processo. Portanto, o calendário processual é a efetivação do ciclo da contratualização do processo.

Nestes termos, o art. 764⁵⁴ do CPC francês consagra, expressamente, o calendário processual, que lá é chamado de *calendrier de mise en état*, em suma o artigo prevê a possibilidade do juiz fixar um calendário, sendo esta subordinada à concordância dos advogados e das partes em relação ao calendário previsto.⁵⁵

Em razão disso, pode-se afirmar que o calendário realiza uma previsão dos acontecimentos do processo, o que acaba por gerar uma relação de cooperação e confiança entre o juiz e os litigantes.

2.3.3 O procedimento de urgência a dia fixo

Este instituto, apesar de muito se assemelhar às tutelas de urgência, trata-se de figura própria do direito processual francês. Diz respeito a um procedimento especial que cuida de urgências, logo, possui um julgamento célere de mérito, definitivo e não provisório.

⁵⁴ Article 764 (Modifié par Décret n°2017-892 du 6 mai 2017 - art. 19): *Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.*

Il peut accorder des prorogations de délai.

Il peut, après avoir recueilli l'avis des avocats, fixer un calendrier de la mise en état.

Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision.

Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée.

Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige. - Tradução nossa: O juiz de instrução fixa, na medida certa, os prazos necessários à instrução do feito, considerando a natureza, a urgência e a complexidade deste, e após a notificação dos advogados.

Ele pode acordar sobre as prorrogações do prazo.

Ele pode, depois da anuência dos advogados, fixar um calendário processual.

O calendário comporta o número previsível e a data das emendas, do encerramento da instrução, das audiências e, pelo texto da alínea 12 do art. 450, a da pronunciamento da sentença.

Os prazos, fixados no calendário não podem ser prorrogados, a não ser nos casos graves e devidamente justificados.

O juiz pode, do mesmo modo, remontar a demanda à uma nova audiência em vista de facilitar as regras do litígio.

⁵⁵ COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês: um novo horizonte para a adequação processual.** 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p. 117.

Haja vista sua peculiaridade, seu uso depende de uma autorização do presidente do tribunal (art. 788, alínea I⁵⁶), sendo este responsável por analisar, a cada caso concreto, o preenchimento dos requisitos de urgência pela demanda. Dada esta autorização, o procedimento de urgência à dia fixo terá início.

Esses requisitos consistem na apresentação de petição inicial contendo as razões da urgência, o seu fundamento jurídico e provas que a justifique. Importante ressaltar que as razões da urgência devem tratar sobre o mérito da demanda, e não como no Brasil, de requisitos processuais (probabilidade de direito e perigo de dano).

Pois bem, recebida a petição inicial o presidente do tribunal analisará o preenchimento dos requisitos e, estando estes presentes, autorizará o uso do instituto, ao passo que já fixará a data de uma audiência que ouvirá autor e réu para a tomada da decisão. Importante observar que o prazo para fixação da audiência é atípico deste procedimento, isto é, tende a ser menor do que os previstos legalmente.

A parte ré poderá apresentar nesta audiência sua defesa, oral ou escrita, e, no ato seguinte, o juiz proferirá a sentença.

Além da celeridade característica desse instituto, outra grande peculiaridade é que não há previsão legal de cada hipótese específica (demandas urgentes) que poderão ser apresentadas à análise do tribunal.

Portanto, entendido o processamento do *procédure à jour fixe*, percebe-se a presença dos elementos dos contratos processuais, principalmente, acerca da

⁵⁶ Article 788 (Modifié par Décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 - art. 20 JORF 30 décembre 1998 en vigueur le 1er mars 1999): En cas d'urgence, le président du tribunal peut autoriser le demandeur, sur sa requête, à assigner le défendeur à jour fixe. Il désigne, s'il y a lieu, la chambre à laquelle l'affaire est distribuée.

La requête doit exposer les motifs de l'urgence, contenir les conclusions du demandeur et viser les pièces justificatives.

Copie de la requête et des pièces doit être remise au président pour être versée au dossier du tribunal.- Tradução nossa: Em caso de urgência, o presidente do tribunal pode autorizar o autor, em sua inicial, a demandar o réu ao procedimento de dia fixo. Ele designará, se tiver lugar, a câmara em que o feito será distribuído. O requerimento deve expor os motivos da urgência, contendo as conclusões do autor com os devidos documentos que a justificam.

flexibilização do procedimento e não dos poderes das partes, como nos outros vistos até agora.

2.3.4 O *requête conjointe* – protocolos coletivos

O requerimento conjunto, também denominado de protocolo coletivo é a ilustração perfeita de um procedimento adequado à demanda das partes, portanto, representa muito bem a consolidação da contratualização processual na prática francesa.

Traduz-se na ação das partes, em comum acordo, de dar início ao processo, de provocar a jurisdição para resolverem sua controvérsia de forma conjunta. Isto é, uma demanda proposta pelo autor e réu, em acordo, mesmo que exista um litígio, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Assim, nos moldes disposto pelo art. 57 do Código de Processo Civil da França⁵⁷, a jurisdição é provocada em conjunta, por um mesmo ato representante dos dois polos da demanda, ao qual se denomina *requête conjointe*.

Interessante é a análise de Costa⁵⁸ sobre o instituto:

A ação demonstra a existência de um litígio entre as partes, que mantém um combate entre si; testemunha, igualmente, o interesse das partes que, em que pese em desacordo – o que lhes motiva a buscar o judiciário – estão reunidas na vontade de solucionar o seu litígio.

Muitos doutrinadores franceses comparam o instituto em questão à arbitragem, não se negando a semelhança existente, uma vez que ambos são caracterizados pelo julgamento requerido pelas partes, que estão em conflito. Entretanto, se diferenciam na medida em que o requerimento conjunto não possui limitação quanto à matéria.

⁵⁷ Article 57: *La requête conjointe est l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs.* Tradução nossa: O requerimento conjunto é o ato comum pelo qual as partes submetem ao juiz suas pretensões respectivas, os pontos sobre os quais encontram-se em desacordo assim como os meios respectivos.

⁵⁸ COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês: um novo horizonte para a adequação processual.** 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p. 123.

2.4 OS LIMITES AO EXERCÍCIO DOS CONTRATOS PROCESSUAIS FRANCESES

Após a análise de cada elemento que compõe a contratualização do processo na França, indaga-se até que ponto vai a liberdade sobre o estabelecimento de mudanças no procedimento, bem como qual é o tratamento jurídico que o ordenamento francês dá a essas questões.

Chega-se a conclusão que existem limitações no tocante ao processamento dos institutos contratuais, isto é, existem requisitos pré-determinados que regem o uso dos referidos institutos. Porém, constata-se que não há limitações quanto ao conteúdo dos contratos de procedimento.

Como visto, os contratos processuais franceses não são limitados às formalidades, à pura observação de normas cogentes, pelo contrário, são legítimos e, portanto, válidos, em razão de respeitarem a vontade das partes, bem como os costumes, equidade e adequação, sendo o resultado de um pacto racional que enseja um processo justo para todos.

Assim, os contratos processuais franceses se apresentam como efeito do atendimento aos princípios e direitos fundamentais que orientam o Direito Processo Civil, principalmente o princípio do devido processo legal, da celeridade, da cooperação e pela busca da qualidade da tutela jurisdicional.

Ao passo que estes princípios também servem como garantias necessárias para prevenir ou corrigir os desequilíbrios possíveis decorrentes do manuseio dos contratos de procedimento⁵⁹, pois há de se considerar que o processo civil francês é reconhecido como coisa das partes e do juiz, permitindo-se a convenção sobre as regras processuais.

⁵⁹ CADIET, Loïc; MEKKI, Soraya Amrani; NORMAND, Jacques. **Théorie générale du procès**. Paris : Presses Universitaires de France, 2010 . p. 199

Portanto, como bem afirma o processualista francês Loïc Cadiet “le contrat est devenu un outil de gestion de la procédure, à l’instar de la loi ou de la décision du juge.”⁶⁰.

Apesar da equiparação, os acordos processuais franceses hoje só são possíveis de ser identificados a partir das legislações esparsas, da doutrina e, sobretudo das jurisprudências, pois, de fato, não há um limite exato determinado quanto aos seus objetos.⁶¹

Nesse sentido, com o intuito de elucidar a falta de um limite imposto expressamente, além do trazido nos tópicos anteriores, tem-se que os litigantes podem convencionar sobre a competência do juiz e até mesmo sobre suas prerrogativas (aumentando-as ou diminuindo-as).⁶²

Isto posto, os limites para o fenômeno da contratualização do processo são os meramente técnicos – requisitos para valer-se da contratualização, bem como limites principiológicos, encontrando o seu verdadeiro limite na equidade, na adequação e nos bons costumes.⁶³

⁶⁰ CADIET, Loïc. La Tendence a la Contractualisation de la Justice et du Procès. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 261, p. 119-137, nov. 2015. p. 134. Tradução nossa: o contrato se tornou um instrumento de gestão do processo, como a própria lei ou a decisão do juiz.

⁶¹ CADIET, Loïc; MEKKI, Soraya Amrani; NORMAND, Jacques. **Théorie générale du procès**. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. p. 525

⁶² *Article 12, alinéa 3: Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.[...] Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.* Tradução nossa: O juiz organiza o litígio conforme as regras de direito que lhe são aplicáveis. [...] Todavia, ele não pode mudar a denominação ou o fundamento jurídico que as partes, em acordo expresso e por seu direito de livre disposição, determinaram para as qualificações e as questões de mérito para limitar o debate.

⁶³ CADIET, Loïc. **Propos Introductif: “faire lien”**. In *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008. p. 183.

3 A COMPATIBILIDADE DA APLICAÇÃO DOS CONTRATOS PROCESSUAIS FRANCESES AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

3.1 A FALSA PREMISA DE QUE TODA NORMA PROCESSUAL É COGENTE E DE ORDEM PÚBLICA

Conforme tratado nos itens anteriores extrai-se que apesar de o processo ser de natureza pública, ele pode ser alvo de negócios e convenções. Na contemporaneidade, como aduz Cabral⁶⁴, do mesmo modo em que, no direito privado, confirma-se a constante incorporação de valores publicitadas, há de se reconhecer que o negócio e o contrato também passaram a ser elementos do direito público.

Porém, mesmo que se reconheça a incidência de interesses públicos e privados no processo, ainda existe, em decorrência do hiperpublicismo, resistência à celebração de negócios jurídicos processuais acerca do procedimento.

Diz-se isso, uma vez que o fenômeno do hiperpublicismo ditou como se todas as normas processuais fossem cogentes e de ordem pública, ao passo que os sujeitos processuais só poderiam dispor das raras regras supletivas⁶⁵, isto é, a vontade das partes não possuía nenhum valor. Justificando-se sob o argumento de que a lei é um instrumento de imposição do processo e suas formalidades aos sujeitos processuais.

Todavia, *data maxima vênia*, como percebido à esta altura do estudo, tal entendimento não pode ser considerado, uma vez que não são todos os princípios e leis cogentes e tão logo inderrogáveis. Pelo contrário, inúmeras leis processuais são determinadas no interesse dos sujeitos processuais, por isso dentro de sua esfera de disponibilidade.

⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 157.

⁶⁵ MACHADO, 2014 apud CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 165.

Ademais, dizer que as normas processuais são de direito público não implica afirmar que, necessariamente, serão todas de ordem pública. Neste desiderato, explica Cândido Rangel Dinamarco:

As normas processuais são de direito público pelo fato de regerem relações com o Estado, estando este no exercício do poder. Isso não significa que todas elas sejam de *ordem pública*. São de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao *interesse público*. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais, que não o são.⁶⁶

Sendo assim, diante dos diferentes graus de imperatividade, pode-se falar em normas cogentes e normas dispositivas. As normas cogentes seriam aquelas investidas de imperatividade absoluta e despidas de qualquer tipo de liberdade e abertura às partes, para que possam deliberar de fora diferente, mesmo que estejam de comum acordo. Por outro lado, as normas dispositivas seriam dotadas de imperatividade relativa, por trazerem preceitos passíveis de alteração pelos litigantes.⁶⁷

Neste sentido, interessante é a análise de CABRAL, pois “hoje em dia, é tão absurdo pensar que no direito público não haveria flexibilidade, quanto que no direito privado não haveria regras imperativas”⁶⁸.

Não é acertado associar a necessidade de segurança jurídica do processo ao uso exclusivo de normas legais, excluindo-se as negociações.

Da mesma maneira da França, a Constituição Federal brasileira não atribuiu reserva de lei para as normas processuais, permitindo, assim, costumes como fonte da lei processual e, como já visto, um exemplo desses costumes é a negociação do processo.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I. p. 72.

⁶⁷ Ibid., p. 72.

⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 167.

Conclui-se que a contraposição entre lei e acordo é apenas aparente, visto que nem todas as formas de processo são regradadas em lei, e ainda que fosse, isso não significa que a vontade das partes não pode ter nenhuma interferência no procedimento.⁶⁹

3.2 A INTRODUÇÃO DE ALGUMAS MEDIDAS FRANCESAS NO SISTEMA BRASILEIRO

O Código de Processo Civil de 2015 certamente foi constituído ante a percepção da decadência do legicentrismo e hiperpublicismo. Consequentemente, gerou-se a necessidade e criação de uma ordem jurídica negociada entre seus protagonistas, vindo a ser concretizada pelo art. 190 do CPC e seus dispositivos adjacentes.

Entretanto, os referidos dispositivos são vagos e amplos, o que, apesar de ser algo positivo, carece de certas orientações para sua plena aplicação, as quais neste trabalho serão emprestadas do direito processual francês.

Do modo francês, acredita-se que deva ser aplicada no sistema brasileiro a premissa de que o direito processual não precisa se basear no princípio do devido processo legal adstrito ao cunho do simples cumprimento de normas, mas sim como uma cláusula geral que permite que o procedimento alcance o fim de maneira adequada.

No direito alienígena ampliou-se os poderes das partes e do magistrado para que a tutela jurisdicional fosse entregue com qualidade, só sendo possível a partir de um processo adequado às especialidades do caso concreto. Assim, tem-se que a adequação do procedimento na França ganhou a mesma importância da observância ao devido processo legal.

⁶⁹ CADIET, Loïc. **Los acuerdos procesales em derecho francês**: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, vol. 3, n. 3, agosto, 2012. p. 01.

No Brasil não ocorre de forma diversa, visto que os princípios norteadores seguem este entendimento, isto é, a partir dos princípios processuais brasileiros é possível garantir um processo adequado para a entrega de uma tutela de qualidade. Nas palavras de Thais Aleluia Costa:

Se, hoje, o juiz já tem o dever de ofertar uma prestação jurisdicional devida, em tempo razoável, já possui o dever de, sendo o caso, afastar a burocracia legal e adaptar o processo. [...] é possível flexibilizar sem perder a segurança jurídica.⁷⁰

O direito francês é farto de exemplos de negócios processuais, os quais, a despeito de não estarem previstos de forma típica na legislação processual brasileira, podem servir de parâmetro para a criação de negócios atípicos em conformidade com a previsão aberta do art. 190 do CPC⁷¹.

Primeiramente, tem-se a fase preparatória do processo, chamada de *mise en état*, que possui regramentos pertinentes ao sistema processual brasileiro. Não se defende aqui a divisão entre juiz de instrução e juiz de mérito, mas como o advento do novo CPC o magistrado em conjunto com os litigantes, ganhou o poder de adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito. À exemplo, na audiência do art. 334 do CPC, independentemente do êxito da conciliação quanto ao mérito, deve-se buscar a conciliação sobre o procedimento, ou seja, determinar os meios de prova e todas as datas em que o processo irá ser desenvolvido, bem como realizar qualquer alteração necessária para o alcance da tutela de qualidade. A partir dessa prática, consagra-se o princípio da cooperação, o que torna o processo seguro e devido.

Outro aspecto interessante para orientação que se extrai do sistema francês são os negócios processuais acerca do direito aplicável à demanda, isto é, os litigantes podem condicionar o poder do juiz sobre as questões jurídicas que incidirão sobre a decisão da lide. Verifica-se que o CPC brasileiro traz um dispositivo com conteúdo

⁷⁰ COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês**: um novo horizonte para a adequação processual. 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p. 139

⁷¹ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 246

semelhante à esta cláusula, o art. 357, §2^o⁷², podendo a organização do processo em cooperação com as partes ocorrer mesmo que a causa não seja complexa (Enunciado 298⁷³ do FPPC).

Também seria interessante a introdução dos negócios processuais atípicos que restringem ou ampliam a atividade do juiz, limitando-se, por acordo, o debate processual, ou ampliando os poderes do magistrado para julgar o litígio também por equidade.⁷⁴

No mais, a grande inovação do direito francês e a que deve ser perpetrada na prática brasileira é de que o princípio do devido processo legal exerça a função de um instrumento para o alcance de uma tutela adequada ao procedimento e dotada de qualidade, ao contrário de estar adstrito ao cumprimento de normas públicas que, em sua grande parte, podem ser relativizadas.

Importante mencionar, a fim de conclusão, que os litigantes e o magistrado devem sempre se valer de bom senso e razoabilidade. Tanto na França quanto no Brasil, os negócios jurídicos processuais não podem ser aplicados como cláusulas gerais⁷⁵, devendo incidir nos procedimentos passíveis de adaptação. O objetivo por trás da negociação processual não é a generalização para que todos os processos sejam rápidos, mas sim para que os processos tenham um curso adequado em um prazo razoável, consideradas suas especificidades.

⁷² Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

§ 2o 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.

⁷³ Enunciado nº 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (art. 357, §3º) A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa.

⁷⁴ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 248.

⁷⁵ COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês**: um novo horizonte para a adequação processual. 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. P.143

4 CONTROLE E LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO

O CPC de 2015 no parágrafo único do art. 190, de forma bastante ampla, estabelece que o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade das convenções processuais, recusando-lhe 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. Na perspectiva estudada essa amplitude não é algo negativo, visto que os negócios jurídicos processuais não podem ser determinados de forma limitada, caso contrário teria sua essência violada.

No tocante a nulidade cumpre esclarecer que o negócio jurídico processual submete-se às regras de validade dos negócios jurídicos em geral, aplicando-se a eles as hipóteses de nulidade do Código Civil.⁷⁶ Do mesmo modo, se estende a regra de que não há nulidade sem prejuízo.

Resta clara a ênfase dada pelo CPC à autonomia privada em detrimento do poder regulamentador do Estado, assim pelo entendimento do art. 190 tem-se que determinados elementos devem ser observados, quais sejam, partes plenamente capazes, casos de nulidade, inserção abusiva em contratos de adesão, situação de vulnerabilidade de uma das partes e direitos que admitam a autocomposição, não se confundindo estes últimos com direitos indisponíveis.

Em contraposto, o atual CPC nada disse acerca do objeto do negócio jurídico processual e, conseqüentemente, da limitação do exercício da autonomia privada.

Nesse sentido, diante de todo o exposto até aqui, deve-se considerar que o processo deve ser construído a partir dos princípios que constituem a ideia de *devido processo*. Por isso, verifica-se um provável limite.

⁷⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 253

O negócio jurídico processual é um instrumento de ampla liberdade para regradar o procedimento desde que não o reestruture de maneira que seja extinto o princípio do devido processo legal. Em outras palavras:

[...] não é lícito às partes negociarem sobre o processo (entendido como estrutura procedimental alicerçada por direitos fundamentais mínimos); é lícito negociar acerca do procedimento.⁷⁷

Há de se esclarecer que, muito embora as partes não possam, em regra, violar os princípios fundamentais mínimos processuais, elas podem em conjunto renunciar as faculdades que esses princípios originam. À título de exemplo, as partes não podem renunciar o princípio do contraditório, mas podem, conjuntamente, renunciar à interposição de determinado recurso, uma vez que não há prejuízo. De modo que não enseja nenhuma nulidade, uma vez que feito juntamente pelas partes. Não cabendo, todavia, às faculdades inerentes apenas ao autor ou ao réu.

Portanto, é vedada a renúncia de certas regras procedimentais que enfraqueçam os princípios mínimos que compõe o devido processo legal, os quais visam a garantia de um processo democrático, apenas nos casos em que ocorra prejuízo em detrimento da celeridade e da adequação. Caso contrário, sem prejuízo não há vedações⁷⁸.

4.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES E PONDERAÇÃO

O atual Código de Processo Civil dispõe em sua parte geral, de forma expressa, os princípios a serem aplicados ao processo. Tratando-se dos negócios jurídicos processuais, tem-se que os princípios lhe servem como fundamento e também como limites à sua aplicação.

⁷⁷ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 263

⁷⁸ Enunciado nº 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (art. 190, parágrafo único) O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo. (Grupo: Negócio Processual)

Nesta toada, destacam-se o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, o princípio da cooperação e o princípio do devido processo legal, todos já devidamente analisados nos capítulos antecedentes. Todavia para o entendimento apropriado pelo leitor do que se busca neste tópico, cabe retomar alguns conceitos básicos sobre os princípios em questão.

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade se relaciona com o princípio constitucional da *liberdade*, isto é, traduz a força da autonomia privada das partes na liberdade de escolha da negociação.

Já o princípio da cooperação revela a ideia da democratização do processo, por meio de seu exercício ocorre a colaboração entre todos os sujeitos processuais para o bom andamento do processo.

Por fim, há o princípio do devido processo legal, ao passo que pode ser interpretado como uma restrição aos negócios jurídicos processuais, também pode ser visto sob a ótica de ser um fomentador para sua prática. Diz-se isso, pois este princípio é uma cláusula geral de proteção contra o exercício absoluto do poder, de qualquer um dos sujeitos processuais, de modo que estão associadas a ele garantias princípios constitucionais como o do contraditório e valores processuais como a igualdade entre as partes e a segurança jurídica.

Pois bem. De acordo com o estudado até aqui neste trabalho, entende-se que estes são os princípios essenciais para valer-se dos negócios jurídicos processuais. Entretanto, parte da doutrina brasileira processual publicista⁷⁹, no tocante ao tema dos negócios processuais, acredita que estes três princípios não podem conviver harmoniosamente, uma vez que se restringido o devido processo legal, o Estado perderia sua posição de garantidor da ordem jurídica.

Em outras palavras, o princípio do devido processo legal é tido como um princípio soberano aos demais, o que fatalmente acaba por limitar os negócios jurídicos processuais de uma forma que não o faz como uma inovação do CPC/2015, uma

⁷⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

vez que nos termos da obediência estrita às regras originadas do devido processo legal, os negócios jurídicos processuais se remontam a serem típicos, o que já foi previsto e praticado pelo CPC/73.

Tomando emprestada a teoria constitucional da ponderação dos princípios, verifica-se, como primeiro ponto, que não existe uma hierarquia entre os princípios, visto que não são regras e por isso possuem um alto grau de abstração, a qual permite sua flexibilização perante conflitos. Aduz-se, assim, que os princípios propõem um ideal e, por serem mandados de otimização, podem ser efetivados em graus de concretização, ou seja, não se restringem a mandados definitivos⁸⁰.

Ademais, questiona-se como solucionar o confronto entre os princípios. A solução é formulada pelo brilhante filósofo alemão Robert Alexy⁸¹: ponderação, proporcionalidade e sopesamento.

Esta teoria da proporcionalidade resolve a exata medida da aplicação de princípios em situação de colisão, devendo ser adequada, isto é, só limitar um princípio em caso de promoção de outro mais adequado para o fim que se busca; haver necessidade, optando pelo princípio que interfira em menor grau no outro princípio jurídico e; respeitar a proporcionalidade em sentido estrito, a qual se percebe que quanto maior o grau de não-satisfação de um princípio, maior a importância de satisfazer o outro.

Em razão dos princípios não serem revestidos de caráter absoluto, quando em conflito, deve-se valer da ponderação para que predomine o mais adequado ao caso concreto. Porém, cumpre ressaltar que, apesar de sempre um princípio predominar sobre o outro no caso concreto, não significa que o princípio menos preponderante deixará de ser aplicado, pois ele o será, mas em um grau de concretização menor. Assim, percebe-se que qualquer dos princípios são passíveis de restrições recíprocas.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Importante elucidar que a ponderação e, logo, a solução do conflito entre princípios, se dá por meio da argumentação jurídica, a qual se revela por meio de uma justificação sólida. Do mesmo modo, a escolha pela negociação processual também deve ser sempre justificada pela via da argumentação.

Quando se fala em justificação, busca-se explicar que para o negócio jurídico processual ser eficaz ele deve ser justo, os argumentos utilizados devem ser claros ao ponto de expressar a razão do sacrifício de determinado princípio. Em todos os momentos em que ocorrer o afastamento de um valor jurídico caro ao ordenamento, obrigatoriamente deve haver uma justificação para tanto.

Portanto, entendido isso, assim como na prática francesa, defende-se aqui a aplicação de todos os princípios, pois estes são a base constituinte dos negócios jurídicos processuais e a qualidade da tutela jurisdicional entregue está relacionada com o uso de todos esses princípios fundamentais.

Diz-se desse modo, pois, como anteriormente analisado, o exercício dos contratos processuais franceses é legitimado pelo costume da prática da negociação processual desde o século XX, tal como encontra seu limite justamente no respeito e ponderação dos princípios da efetividade, equidade, adequação, bons costumes e devido processo legal.

Destarte, a solução está na prática da ponderação que busca pela predominância do mais adequado ao caso concreto. Em uma hipótese que as partes estejam negociando o procedimento, porém uma delas estiver, claramente, em posição vulnerável perante a outra, aplicar-se-á o princípio do devido processo legal com mais força do que o princípio do autorregramento da vontade.

Na mesma lógica, se as partes ao negociarem sobre a alteração da competência do procedimento estejam legitimando sua vontade comum, o princípio do respeito ao autorregramento da vontade prevalecerá sobre o devido processo legal, lembrando que um princípio irá preponderar sobre o outro, exclusivamente, em razão da força da argumentação jurídica dispendida sobre o caso concreto. Logo, prevaleceria o autorregramento da vontade, pois os argumentos seriam mais sólidos e

convincentes, ao ponto de garantir aos sujeitos processuais segurança em mitigar o devido processo legal.

Por isso que, de modo contrário, no caso concreto, pode-se concluir pela mitigação do autorregramento da vontade das partes e pela ênfase ao devido processo legal, uma vez que sempre existirão contra-argumentos que podem ser válidos e suficientes para justificarem o sopesamento dos princípios naquela hipótese específica.

Esta é a chave e o limite para a criação/efetivação dos negócios jurídicos processuais, a força da argumentação jurídica. De forma precisa Samuel Meira Brasil Júnior conclui: “[...] o processo é, simplesmente, argumentação jurídica e ponderação de razões para justificar uma conclusão”⁸².

Destarte, não há uma limitação prévia e estrita a ser seguida e tampouco há um princípio soberano. Os negócios jurídicos processuais atípicos se caracterizam pela fluidez e pelas mais variadas possibilidades de sua criação, não sendo configurados por uma regra de limitação. Os princípios processuais aqui expostos servem como norteadores para sua aplicação e somente isso.

A cada caso concreto, o conflito entre os princípios será resolvido a partir da ponderação e do sopesamento, por meio da valoração de cada um desses princípios perante a situação específica apresentada e, principalmente, mediante argumentos jurídicos bem justificados⁸³. Por vezes, o devido processo legal será mitigado, em outras, o princípio da cooperação, tudo a depender do negócio concreto apresentado.

A aplicação estrita e exclusiva de cada um dos princípios fadaria a existência dos negócios jurídicos processuais que, como já dito, é composto pela convivência harmoniosa de todos eles.

⁸² BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007. p.152.

⁸³ Ibid., p.156.

Ante todo o exposto, conclui-se que a liberdade há de ser a regra e os limites impostos pelo poder público, a exceção⁸⁴. Devendo o limite ser, sempre, proporcional, razoável e justificado.

4.2 EXEMPLOS DECORRENTES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Busca-se a este respeito ilustrar exemplos polêmicos onde os limites dos negócios jurídicos processuais são discutidos, entretanto cumpre esclarecer que a pretensão não é esgotar todas as possibilidades de exemplos, pois pela própria natureza dos negócios jurídicos processuais atípicos eles são praticamente infinitos.

4.2.1 A negociação processual sobre a prova – negociação sobre a verdade?

Dentre as variadas possibilidades dos objetos dos negócios processuais atípicos, discute-se sobre a negociação processual que tenha a prova como objeto, sendo essa o instrumento de busca da verdade sobre a alegação ou fato invocado pelo sujeito processual.

Antes de adentrar-se na discussão acerca da possibilidade de convencionar sobre provas, impende exemplificar em quais aspectos a negociação se propõe: exclusão ou inclusão de meios de prova, a permissão de provas atípicas, prova testemunhal por escrito, hierarquização das provas⁸⁵, etc.

Com efeito, defende-se que é possível negociar sobre a prova, em todos os seus aspectos, pois apenas se estabelecem parâmetros para a comprovação dos fatos alegados e não estabelece a verdade.

⁸⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 188.

⁸⁵ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 251

Contrário é o entendimento do processualista italiano Michele Taruffo, o qual defende pela impossibilidade de se constituir um negócio jurídico apto a limitar a cognição do magistrado a respeito da verdade ou falsidade dos fatos articulados no processo judicial⁸⁶. O autor justifica tal entendimento por acreditar que a verdade não se funda em consenso das partes e que esta deve ser produzida conforme procedimento já estabelecido.

Depreende-se que o autor italiano compreende o procedimento como algo intocável, isto é, algo não passível de alterações, uma vez que cada ato processual serve como uma garantia para se alcançar um resultado justo. Todavia, esta não é a interpretação adequada.

Atualmente, por meio da instrumentalidade esses atos procedimentais já são passíveis de alteração, e não há grande diferença sob a ótica das transformações processuais com os negócios jurídicos processuais. Em outras palavras, o procedimento já vem sendo alterado pelo juiz à luz da instrumentalidade, podendo este dispensar uma prova que não será necessária, por exemplo, adaptando o caso concreto às suas reais necessidades, desde que não haja prejuízo.

O que muda com o advento dos negócios jurídicos processuais é a possibilidade do procedimento também sofrer alterações, só que desta vez mediante ato das partes litigantes, não estando sujeitas à decisão do juiz para que uma prova seja suprimida. Portanto, a ponderação de princípios que já vinha sendo feita pelos magistrados, hoje pode ter os sujeitos litigantes como protagonistas, valendo-se dos negócios jurídicos processuais.

Considerando o posicionamento de Taruffo, percebe-se que a decisão do juiz seria completamente sujeita à verdade exprimida pela prova, mas resta claro que a decisão judicial não é condicionada apenas pela prova, muito pelo contrário, deve-se considerar os fatos alegados, as leis, as convenções estabelecidas pelas partes, não sendo a verdade o fim que o processo se presta.

⁸⁶ SILVA, Beclate de Oliveira da. **Verdade como objeto do negócio jurídico processual**. Academia. Disponível em: <http://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCIO_JURIDICO_PROCESSUAL_1_.pdf>. Acesso em 02 nov. 2017.p. 2.

A negociação de provas não significa abrir mão da verdade, mas apenas condicionar os meios para que ela seja encontrada, devendo ser essa escolha de condicionamento adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Nas palavras de Blecaute de Oliveira da Silva:

Não se está a dispor sobre a verdade, mas dos meios para estabelecer o fato, enquanto antecedente da norma de decisão. Se o critério de aferição for a verdade, que esta seja medida pelo meio adequado fixado em lei ou pelas partes⁸⁷.

Logo, o negócio sobre a prova é o que versa sobre como o fato poderá ser provado, não encontrando óbice no ordenamento jurídico para que seja praticado.

4.2.2 Renúncia à impenhorabilidade

No que diz respeito aos negócios jurídicos que tenham como objeto a renúncia do devedor ao seu direito de impenhorabilidade, primeiramente, insta frisar que o caso concreto pode conceder a validade a tal ato.

A força do princípio da dignidade da pessoa humana concretizado pela Constituição Federal, de fato influenciou o Código de Processo Civil no que tange a proteção do devedor executado, garantindo-lhe os direitos fundamentais mínimos, como o direito à moradia, por exemplo.

Oportunamente, questiona-se a possibilidade de, em sede de negócios jurídicos processuais, a parte devedora que sofre processo de execução poder renunciar do seu direito à impenhorabilidade de seu único bem imóvel.

O art. 833⁸⁸ do atual CPC é expresso quanto à proteção da execução do único bem imóvel usado de residência pelo executado. Porém, como já melhor analisado em

⁸⁷ SILVA, Beclate de Oliveira da. **Verdade como objeto do negócio jurídico processual**. Academia. Disponível em: <http://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCIO_JURIDICO_PROC_ESSUAL_1_.pdf>. Acesso em 02 nov. 2017. p. 21.

⁸⁸ Art. 833. São impenhoráveis: I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II – os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a

tópico anterior, há de se realizar uma ponderação de princípios para chegar-se a conclusão da possibilidade ou não da renúncia, mesmo diante da proteção legal.

Os princípios em conflito nesta hipótese genérica são a efetividade do processo, o respeito do autorregramento da vontade das partes e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, há de se encontrar um equilíbrio em que a efetividade do processo e o autorregramento da vontade prevaleçam sobre a dignidade da pessoa humana, de modo que o executado não viva, em razão da renúncia, uma vida degradante, sem residência ou sem condições de manter um mínimo necessário para viver dignamente⁸⁹. O que é perfeitamente tangível de ocorrer nos casos em que o executado possui renda mensal relativa à emprego, possibilitando o pagamento de um aluguel, por exemplo.

Sob a mesma ótica, as partes poderiam convencionar sobre a penhora de parte do salário, desde que garantido o mínimo para viver-se com dignidade.

A grande questão gira em torno da ponderação dos princípios e não da escolha de apenas um com a consequente exclusão do outro, a possibilidade da renúncia do direito à impenhorabilidade não elimina a necessidade de observância das condições mínimas de vida do devedor.

residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI – o seguro de vida; VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII – os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

⁸⁹ MACHADO, Marcelo Pacheco. **O negócio processual de renúncia à impenhorabilidade**. Jota. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-negocio-processual-de-renuncia-impenhorabilidade-14112016>>. Acesso em 02 nov. 2017.

Inclusive, esta ponderação de princípios já vem sendo praticada pelos tribunais superiores e pelo próprio legislador, à exemplo da súmula 549 do STJ: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.” (REsp 1.363.368), bem como pela lei nº 8.009/90⁹⁰ (art. 3º, inc. V⁹¹), a qual permite, em sede de exceção, a penhora de imóvel dado em garantia hipotecária de dívida de empresa da qual os únicos sócios são marido e mulher, que nele residem.

Conclui-se, assim, pela possibilidade da renúncia ao direito de impenhorabilidade, por meio dos negócios jurídicos processuais, o que valoriza a vontade das partes no processo e mitiga o paternalismo exacerbado do Estado-juiz.

4.3 A SUPOSTA INCONVENIÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

As vantagens e desvantagens decorrentes da cláusula geral de negociação trazida pelo art. 190 do atual CPC só serão conhecidas de fato com o passar do tempo e com a prática. Entretanto, a despeito do defendido neste estudo, há de se reconhecer supostos inconvenientes dos negócios jurídicos processuais, que certamente serão superados com o aprimoramento.

O processualista Marcelo Pacheco Machado apresenta certa desvantagem, como a falta de capacidade estrutural do Poder Judiciário em operacionalizar ritos processuais personalizados, podendo se tornar mais um motivo da deficiência da prestação jurisdicional⁹². Todavia, confia-se no contrário, quer dizer, que os negócios jurídicos processuais servem à eficiência da tutela jurisdicional, de modo que será necessária apenas a adaptação inicial dos tribunais para sua prática eficaz e adequada.

⁹⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 mar. 1990.

⁹¹ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; [...].

⁹² MACHADO, Marcelo Pacheco. **A privatização da técnica processual no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: FREIRE, Alexandre et al.(org). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 03. p. 357.

Outra desvantagem apontada por Antonio do Passo Cabral seria a redução de previsibilidade, isto é, de segurança jurídica⁹³, ao não formar precedentes. Entretanto, este inconveniente já fora superado conforme o Enunciado nº 412 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

412. (art. 190) A aplicação de negócio processual em determinado processo judicial não impede, necessariamente, que da decisão do caso possa vir a ser formado precedente.

Há também uma grande preocupação quanto à redução do poder do estado juiz, porém, enquanto proporcional e razoável, isto deve ser encarado como uma vantagem, uma vez que há de se buscar um processo democrático e cooperado. O processo civil brasileiro está longe de uma desvinculação do poder estatal e não é o que se busca, por isso não há razão para temer mera mitigação que trará ainda mais vantagens, ao oposto de decisões judiciais impostas pelo Estado.

As conveniências derivadas da cláusula geral de negociação superam todas as suas supostas inconveniências, haja vista o exposto ao longo deste trabalho.

⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 150.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas premissas desenvolvidas ao longo deste estudo, conclui-se que com o advento do Código de Processo Civil de 2015 a estrutura processual foi transformada, ao passo que se destrinchou das amarras de um estado-juiz soberano e se tornou democrática, possibilitando a participação das partes de forma ativa no processo.

Os negócios jurídicos processuais representam a materialização desta transformação e devem ser determinados a partir dos efeitos que pretendem produzir, não sendo regradados por qualquer limite material previamente imposto. A vontade é suficiente para que os efeitos pretendidos pelas partes sejam efetuados, inclusive é o que dispõe o art. 200 do CPC.

Outrossim, foi defendida aqui a flexibilização processual o que, conseqüentemente, implica na redução dos limites para a prática dos negócios jurídicos processuais atípicos. Razão pela qual, fez-se estudo do modelo processual francês – contratos processuais – para se estabelecer limites ao modelo processual brasileiro.

A partir desta análise, constatou-se que os contratos de procedimento não possuem limitações quanto ao conteúdo e tampouco à observância estrita de regras cogentes, de modo que só é possível falar em limitação no tocante à observância harmônica e ponderada dos princípios da adequação, equidade, devido processo legal e bons costumes.

Portanto, defende-se que o sistema processual brasileiro deve tomar emprestada a premissa do direito francês de que o Processo Civil não tem que se respaldar no princípio do devido processo legal adstrito ao cunho do simples cumprimento de normas, pelo contrário, deve fazer uso deste princípio como uma cláusula geral que permite que o procedimento alcance o fim de forma adequada.

Além disso, a vagueza e amplitude dada pelo legislador brasileiro aos negócios jurídicos processuais não pode ser encarada como uma prejudicial para sua prática, pois a limitação deste instituto vai de encontro com sua própria essência.

Desse modo, a solução encontrada para a problemática aqui estudada e para a compatibilização dos dois sistemas, é a técnica de ponderação de princípios pela via da argumentação jurídica devidamente justificada, o que implica a prevalência de um princípio sobre o outro e não a exclusão de um em razão da predominância do outro.

Em suma, não restam dúvidas que os princípios do devido processo legal, autorregramento da vontade, cooperação, efetividade e adequação devem ser aplicados em conjunto, uma vez que constituem a base dos negócios jurídicos processuais. E, assim sendo, a limitação encontra-se tão somente na argumentação jurídica que irá justificar a ponderação de um sobre o outro.

A liberdade das formas, quando o assunto são negócios jurídicos processuais, deve ser a regra e as limitações devem ser exceções, sob pena de deformar e tornar ineficaz o instituto inovador que dá aos sujeitos processuais um poder nunca dado antes no sistema processual brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Pode Executivo, Brasília, DF, 29 mar. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 549**. Disponível em: <<https://nayaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/244388325/a-nova-sumula-549-do-stj-e-a-questao-do-bem-de-familia-do-fiador-de-contrato-de-locacao>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105 de 16-3-2015**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CADIET, Loïc. La Tendence a la Contractualisation de la Justice et du Procès. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 261, p. 119-137, nov. 2015.

_____. **La théorie du procès et le nouveau management de la justice** : processus et procédure. In JEULAND, Emmanuel (sous la direction de), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance du juge*, Paris, Dalloz. (em fase de elaboração).

_____. **Les Conflits de Légalité Procédurale dans le Procès Civil** in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*. Paris: Litec, 2009.

_____. **Los acuerdos procesales em derecho francês**: situación actual de la contractualización del processo y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, vol. 3, n. 3, ago-dez, 2012.

_____. **Propos Introductif: “faire lien”**. *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008.

CADIET, Loïc; MEKKI, Soraya Amrani; NORMAND, Jacques. **Théorie générale du procès**. Paris : Presses Universitaires de France, 2010.

Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1.

COSTA, Thais Mendonça Aleluia. **A Contratualização do Processo Civil Francês**: um novo horizonte para a adequação processual. 2012. 161f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

_____. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação** – o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **A promessa de recompensa judicial**. in ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica

Boneti. (Org.). *Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: RT, 2014. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

FARIAS, Cristiano chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v.1.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados**. Disponível em: < <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

FRANCE. **Code de procédure civile**. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 12 out. 2017.

FRANCE. **Constitution Française**. Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Alfaiataria Novo CPC: A flexibilização do processo e do procedimento na lei 13.105/2015**. Jota. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/alfaiataria-no-novo-cpc-a-flexibilizacao-do-processo-e-do-procedimento-na-lei-13-1052015>>. Acesso em 04 de setembro 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JULIEN, Pierre. FRICERO, Natalie. **Droit Judiciaire Privé**. 3. ed. Paris: LGDJ, 2009.

LOKIEC, Pascal. **Contractualization et recherche d'une légitimité procedural**. In *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **A privatização da técnica processual no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: FREIRE, Alexandre et al.(org). *Novas*

tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 03.

_____. **O negócio processual de renúncia à impenhorabilidade**. Jota. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-negocio-processual-de-renuncia-impenhorabilidade-14112016>>. Acesso em 02 nov. 2017.

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

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, I. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. v.2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das Partes sobre Matéria Processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, p. 30-36, jan. 1984.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. _____. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Beclaute de Oliveira da. **Verdade como objeto do negócio jurídico processual**. Academia. Disponível em: <http://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCIO_JURIDICO_PROCESSUAL_1_.pdf>. Acesso em 02 nov. 2017

THEODORO JÚNIOR, apud RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: Juspodivm, 2016.

TORQUATO, Davide. **Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendário del processo** – Qualche puntualizzazione in mérito al nuovo art. 81- *bis* disp. att. c.p.c. *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. 4/2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?** *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm. 2015.