

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

LINCOLN ANTONIO ANDRADE DE MOURA

ENTRE COGÊNCIA E DISCRICIONARIEDADE: O NEGÓCIO JURÍDICO
PROCESSUAL SEGUNDO O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

SÃO PAULO

2020

LINCOLN ANTONIO ANDRADE DE MOURA

ENTRE COGÊNCIA E DISCRICIONARIEDADE: O NEGÓCIO JURÍDICO
PROCESSUAL SEGUNDO O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento.

Área de concentração: Direito e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Reis e Souza

SÃO PAULO
2020

Moura, Lincoln Antonio Andrade de.

Entre cogência e discricionariedade : o negócio jurídico processual segundo o judiciário brasileiro / Lincoln Antonio Andrade de Moura. - 2020.

Digite aqui o total de folhas f.82

Orientador: Thiago Reis.

Dissertação (mestrado) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Processo civil - Brasil. 2. Negócio jurídico. 3. Tribunais de justiça. 4. Poder judiciário - Brasil. I. Reis, Thiago. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 347.91/.95(81)

LINCOLN ANTONIO ANDRADE DE MOURA

ENTRE COGÊNCIA E DISCRICIONARIEDADE: O NEGÓCIO JURÍDICO
PROCESSUAL SEGUNDO O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento.

Área de concentração: Direito e Desenvolvimento.

Data de aprovação: __/__/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Thiago Reis e Souza (Orientador)
Escola de Direito de São Paulo da Faculdade Getulio Vargas

Prof^a. Dra. Luciana Gross Cunha
Escola de Direito de São Paulo da Faculdade Getulio Vargas

Prof. Dr. André Rodrigues Corrêa
Escola de Direito de São Paulo da Faculdade Getulio Vargas

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho foi realizado com apoio da Fundação Getúlio Vargas, por meio da bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa

O meu sincero agradecimento às duas instituições pelo estímulo à pesquisa.

RESUMO

O atual CPC prevê a possibilidade de modulação do processo por iniciativa das partes e advogados, por meio do seu art. 190. Trata-se do “negócio jurídico processual” (NJP). Não obstante o regramento imposto pelo artigo em voga, parte da doutrina processual civil brasileira defende ser necessário estabelecer os limites não casuísticos para parametrizar o instituto em voga. Esta pesquisa visa justamente contribuir para o estabelecimento deste limite não casuístico. Para tanto, com base nas lições de Judith Martins-Costa e Karl Engisch, este estudo intenta obter as diretrizes necessárias para estabelecer os limites para a liberdade de efetivação do negócio jurídico processual com base nas decisões originárias dos cinco maiores Tribunais de Justiça do Brasil.

Palavras-chave: NCPC; negócio jurídico processual; judiciário

ABSTRACT

The Brazilian Code of Civil Procedure in effect provides for the possibility of modification of the procedure on the initiative of the parties and their lawyers, as set forth in Section 190. It is the so-called “Procedural Legal Transaction”. Regardless of the rule prescribed in said section, some Brazilian civil procedure jurists advocate the need for establishing non-casuistic limits, in order to define the parameters of the referred principle. This research aims precisely to contribute to the establishment of this non-casuistic limit. To that end, based on the knowledge taught by Judith Martins Costa and Karl Engisch, also guided by judicial decisions rendered by the five most significant State Appellate Courts of Brazil, this study has the purpose of developing the guidelines required to establish limits to the freedom of executing Procedural Legal Transactions.

Keywords: NCPC; procedure legal transaction; judiciary.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
1.1	Tema	09
1.2	Perguntas de pesquisa	12
1.3	Hipótese de pesquisa.....	12
1.4	Metodologia.....	12
2	CONTEXTUALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL (NJP)	17
2.1	Direitos passíveis de autocomposição na doutrina	25
2.2	Capacidade das partes e vulnerabilidade na doutrina.....	32
2.3	Casos de nulidade na doutrina	34
3	AS DECISÕES JUDICIAIS COMPILADAS	44
3.1	Sobre os direitos passíveis de autocomposição	44
3.1.1	Conclusão parcial.....	54
3.2	Capacidade das partes	55
3.2.1	Conclusão parcial.....	57
3.3	Casos de nulidade	57
3.3.1	Conclusão parcial.....	58
3.4	Parte manifestamente vulnerável	58
3.4.1	Conclusão parcial.....	63
3.5	Inserção abusiva em contrato de adesão	63
3.5.1	Conclusão parcial.....	65
3.6	Outros casos: eficácia e ineficácia do NJP perante terceiros.....	65
3.6.1	Conclusão parcial.....	69
3.7	Outros casos: o NJP e a questão temporal	69
3.7.1	Conclusão parcial.....	70
3.8	Outros casos: aspectos meramente procedimentais	70
4	CONCLUSÃO	71
	REFERÊNCIAS	77
	APÊNDICE	79

1 INTRODUÇÃO

1.1 Tema

O atual CPC prevê a possibilidade de modulação do processo por iniciativa das partes e advogados. Trata-se do “negócio jurídico processual”:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

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

Não obstante o regramento imposto pelo artigo em voga, parte da doutrina processual civil brasileira defende ser necessário estabelecer os “limites não casuísticos para ao negócio jurídico processual”, conforme expressão usada por Daniel Amorim Assumpção Neves: “um vasto campo a ser explorado, havendo inúmeras e sérias dúvidas a seu respeito.

Os doutrinadores precisam criar limites não casuísticos ao negócio jurídico processual, ainda que a indicação de exemplo ajude na compreensão do tema.” (NEVES, 2017, p. 338, grifo nosso).

Neste mesmo sentido, Trícia Navarro Xavier Cabral¹, que acrescenta:

Desta forma, faz-se necessário estabelecer critérios consistentes para o modo e as consequências resultantes da adoção desse tipo de flexibilização procedimental como mecanismo legítimo à efetiva prestação da tutela jurisdicional. (CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 305).

Para Rafael Sirangelo de Abreu:

A necessidade de estabelecer os limites entre a discricionariedade conferida às partes advogados e a cogência a ser preservada em poder dos juízes é matéria essencial para a “construção de um sistema seguro de controle das convenções processuais”. (CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 283).

E ainda:

Além disso, por **tratar-se de instituto cuja aplicação prática é em grande medida desconhecida do operador brasileiro**, a criação de parâmetros estáveis e confiáveis para a sua utilização exigirá, além de um esforço doutrinário no sentido de construção de suas bases teóricas, uma preocupação do Poder Judiciário em dotar o sistema de precedentes que permitam à sociedade conhecer os limites a que está submetido o auto regramento da

¹ Para quem incumbe à doutrina estudar essas novas espécies de flexibilização do procedimento, para que “sua correta utilização alcance a eficiência necessária à solução efetiva dos conflitos judicializados.” *Vide*: CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 304.

vontade pelas partes em matéria de Direito Processual. Ao lado disso, e também na esteira da maior preocupação da ordem jurídica com a unidade do direito e a segurança jurídica, convém discutir a respeito da possibilidade de que, também nos casos em que o procedimento tenha se submetido à uma variação procedimental em razão da aplicação de negócios jurídicos processuais, possa haver a formação de precedentes judiciais a respeito da matéria de fundo dotados de força normativa e vinculatividade para casos futuros e similares. (CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 283, grifo nosso).

Aqui, o objetivo seria, portanto, superar a atual exposição meramente enumerativa das hipóteses de aplicação ou não aplicação do novo instituto, a exemplo do que é encontrado no Enunciado 36 do ENFAM²:

36) A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraíam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.³

Tome-se, ainda a título de exemplo, os Enunciados 19 e 490 e do FPPC⁴:

(Art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso⁵, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento

² ENFAM é o acrônimo para Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

³ Disponível em < <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf> >; último acesso em 23 de junho de 2019

⁴ FPPC é o acrônimo para Fórum Permanente de Processualistas Civil;

⁵ Na redação original, o enunciado se referia exclusivamente à apelação, passando o texto a conter a expressão “de recurso”.

pessoal.⁶⁻⁷⁻⁸ (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba).⁹

490. (art. 190; art. 81, §3º; art. 297, parágrafo único; art. 329, inc. II; art. 520, inc. I; art. 848, inc. II). São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II). (Grupo: Negócios processuais).¹⁰

Ademais, é interessante observar que as conclusões constantes do ENFAM e do FPPC basicamente veiculam pontos de vista diferentes. Cassio Scapinella Bueno destaca a possível existência de um viés de perspectiva entre as visões defendidas pela FPPC (que ostentaria uma ótica mais expansiva) e aquelas defendidas pela ENFAM (que ostentaria uma ótica mais restritiva):

Para além dessas situações, meramente exemplificativas, há diversas outras aventadas nos Enunciados abaixo colacionados. **Sobre eles, é pertinente evidenciar que a tendência clara do FPPC é a de ampliação das possibilidades de aplicação do art. 190; a tendência da ENFAM é a de sua restrição, diretriz mais harmônica com as anotações ora lançadas.** (BUENO, 2016, p. 202, grifo nosso).

O cotejar das conclusões alcançadas pelo FPPC e ENFAM revelam, assim, posturas distintas, que tornam ainda mais nebulosa a visualização dos limites à liberdade de celebrar o NJP. Quais dos suscitados pontos de vista encontram respaldo dentre as decisões judiciais respectivas? Afinal, qual o limite para a liberdade de celebração dos negócios jurídicos processuais?

⁶ Redação original: “São admissíveis os seguintes negócios processuais bilaterais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo bilateral de ampliação de prazos das partes, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória”.

⁷ Redação aprovada no III FPPC-RIO: “(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória”.

⁸ Acrescida à redação o seguinte trecho no VI FPPC-Curitiba: “[...] acordo de produção antecipada de prova; escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal”.

⁹ Disponível em < <https://diarioprocessual.com/2018/03/20/enunciados-do-fppc-carta-de-recife-2018/> >; é necessário usar o *hiperlink* “Carta de Recife” para o acesso a conteúdo (em formato “doc”). Último acesso em 23 de junho de 2019.

¹⁰ Disponível em < <https://diarioprocessual.com/2018/03/20/enunciados-do-fppc-carta-de-recife-2018/> >; é necessário usar o *hiperlink* “Carta de Recife” para o acesso a conteúdo (em formato “doc”). Último acesso em 23 de junho de 2019.

O presente estudo visa, justamente, contribuir para o estabelecimento deste limite, conforme as orientações dos cinco maiores Tribunais de Justiça do Brasil.

1.2 Perguntas de pesquisa

A proposta, aqui, consiste em superar as iniciais impressões da doutrina para indagar o que, de fato, tem sido fixado pelos Tribunais a respeito da celebração de negócios jurídicos processuais.

Em suma, a pergunta é: quais os limites para a celebração do negócio jurídico processual, conforme a visão dos cinco maiores Tribunais de Justiça do Brasil?

1.3 Hipótese de pesquisa

A primeira hipótese de pesquisa consiste em afirmar que a fixação dos limites à celebração do NJP implica na compreensão dos significados das cinco expressões utilizadas no *caput* do art. 190 do CPC, a saber:

- a) direitos passíveis de autocomposição;
- b) plena capacidade das partes;
- c) casos de nulidade
- d) parte manifestamente vulnerável
- e) inserção manifestamente abusiva em contrato de adesão

A segunda hipótese de pesquisa consiste em afirmar que os significados das cinco expressões supramencionadas deverão ser obtidos dos julgamentos proferidos pelos Tribunais, porque incumbe às cortes nacionais suplementar a atividade legislativa e, com isto, suprir as lacunas semânticas da lei, na seara de Judith Martins-Costa e Karl Engisch.

A terceira hipótese consiste em afirmar que, à luz das decisões judiciais, os significados aludidos devem ser buscados na seara processual civil, de maneira que as teorias, conceitos e dogmas elaborados no direito civil possuem papel complementar no mister interpretativo do art. 190 do CPC.

1.4 Metodologia

Para justificar a metodologia supramencionada, este trabalho destaca que o art. 190 do CPC impõe limites à liberdade de pactuação, por meio de uma redação que o faz exemplo

de “cláusula geral” ou “norma aberta”, conforme a terminologia utilizada, respectivamente, por Judith Martins-Costa¹¹ e Karl Engisch¹².

De fato, com o objetivo de disciplinar a aplicação do novo instituto, o suscitado artigo de lei condiciona a celebração do NJP aos direitos passíveis de autocomposição (1), desde que envolvam partes plenamente capazes (2), revelando-se inadmissíveis os pactos que incidam em casos de nulidade (3) ou que sejam caracterizados pela inserção abusiva em contrato de adesão (4) ou pela manifesta situação de vulnerabilidade de algum dos pactuantes (5).

Note-se que, para todas estas expressões, a lei não trouxe os respectivos conceitos (daí a qualidade de “norma aberta” ou “cláusula geral”), que deverão ser ofertados pelos Tribunais, conforme asseveram novamente Judith Martins-Costa e Karl Engisch.

Partindo da premissa de que incumbe aos Tribunais conferir significado às expressões supramencionadas, este estudo pretende extrair das decisões judiciais¹³ correlatas os significados respectivos. Para tanto, cada uma daquelas cinco expressões é tratada como uma categoria, junto à qual serão atrelados os julgados que lhes forem correspondentes. A partir daí, o estudo buscará destacar os elementos que sejam comuns a cada uma das cinco categorias referidas, no afã de obter um “fator comum” que sirva de orientação para estabelecer os limites almejados.

¹¹ “Passam a ser formulados nos códigos civis e nas leis especiais, disposições normativas que fogem àquele padrão enucleado na definição, a mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação pontual e pormenorizada de suas consequências. Essas são as normas abertas, ou vagas, ou ainda, enunciados elásticos, porosos ou dúcteis, gênero que abrange várias espécies normativas caracterizadas pela ausência, na hipótese geral, de uma pré-figuração descritiva ou especificativa, bem como é singularizada pelo emprego, em seu enunciado, de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo.” (MARTINS-COSTA 2015, p. 119).

¹² “*Ausgangspunkt unserer neuen Erwägungen muss sein die Methodik der Gesetzgebung selbst bei Auflockerung der Bindung der Gerichte und Verwaltungsbehörden an das Gesetz. Da begegnen uns heute verschiedene Formen gesetzlicher Ausdruckweise, die dahin führen, dass der Anwender des Gesetzes diesen gegenüber Selbstständigkeit gewinnt. Wir unterscheiden als derartige Formen: die unbestimmten Rechtsbegriffe, die normativen Begriffe, die Ermessensklauseln und die Generalklauseln*” – (ENGISCH 2018, p. 157), isto é: “O ponto de partida de nossas ponderações precisa ser a metodologia da legislação, dada a flexibilização do vínculo dos Tribunais e das autoridades administrativas à lei. Porque hoje se encontram diferentes formas de expressão legal, que ensejam um ganho de autonomia aos operadores da lei. Nós distinguimos as formas em: conceitos jurídicos vagos, conceitos normativos, cláusulas de mensuração e as cláusulas gerais”. (ENGISCH 2018, p. 157, tradução nossa).

¹³ Aqui, as decisões judiciais compiladas desempenharão o papel previsto no art. 926, § 2º, do CPC (“Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”). A finalidade é, portanto, buscar os julgados relativos a um certo tema, que futuramente consistirão nos “alicerces” daquilo que se pacificará e formará a jurisprudência (decisão reiterada dos Tribunais sobre determinado tema). Tratam-se, assim, daqueles julgados que, exarados atualmente, futuramente implicarão na “origem à súmula” (Marinoni, in: WAMBIER *et al.*, 2015, p. 2074), ou a outro precedente vinculativo (a exemplo dos julgamentos proferidos em sede de recursos repetitivos, súmulas vinculantes etc), que ajudam a explicar e auxiliar no “desenvolvimento do direito” (Marinoni, in: WAMBIER *et al.*, 2015, P. 2074).

Para os fins de apresentação da jurisprudência, foram pincelados os julgamentos proferidos pelos cinco maiores Tribunais de Justiça do Brasil (São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul), conforme o relatório “Justiça em Números”, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, relativo ano de 2019¹⁴. O critério referente ao “porte” foi eleito porque nos maiores Tribunais foram encontrados julgamentos referentes à aplicação do NJP. Nos demais tribunais brasileiros, inclusive federais e trabalhistas, a discussão era inexistente ou pouco expressiva.

Com base em tais critérios, o universo de decisões compiladas identificou 58 julgamentos referentes à aplicação do negócio jurídico processual.

O critério utilizado para a busca dos julgados foi a utilização das expressões “art. 190”, “negócio jurídico processual”, “CPC”. Ora tais expressões foram lançadas todas juntas na ferramenta de busca disponibilizada pelos respectivos sites dos Tribunais Estaduais, ora foram lançadas separadas. O lançamento das expressões separadamente ensejou um resultado com um grande número de julgamentos, mas sem vínculo com a temática proposta neste estudo. Mesmo com a utilização em conjunto das expressões em voga, vários resultados ilustravam julgamentos sem vínculo com o tema¹⁵. Daí ter sido possível compilar os 58 julgamentos correlatos.

Em razão do reduzido número de julgamentos, é necessário destacar que esta pesquisa indicará as tendências atuais dos Tribunais, no afã de conferir significado às cinco expressões condicionantes da liberdade de pactuação, revelando-se necessário um incremento no número de julgados para a consolidação do entendimento sobre o tema.

A atual doutrina processual civil é também apresentada, mas para evidenciar a atual falta de consenso quanto ao significado das cinco expressões que compõem o texto do art. 190 do CPC/2015. Esta consequência seria pelo fato de o legislador ter preferido conceitos abertos para normatizar o NJP, além do uso de expressões dotadas de alto grau de subjetividade. Some-se ao exposto a utilização da teoria civil das nulidades, que aparenta não se ajustar às peculiaridades do processo civil.

Enfim, cumpre destacar que, para os fins de exposição da doutrina, foram estudadas as obras processuais que se dedicaram a abordar o NJP, com a preocupação de

¹⁴ Vide “classificação dos tribunais por porte”, páginas Disponível em < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf >; último acesso em 22 de dezembro de 2019

¹⁵ À guisa de exemplo, os seguintes julgamentos, todos originários do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: (1) 1006303-81.2016.8.26.0477; (2) 0030579-24.2007.8.26.0506; (3) 000026692.2014.8.26.0067; (4) 0000086-31.2010.8.26.0095; (5) 1064246-28.2013.8.26.0100.

conceituar as cinco expressões acima elencadas. Textos que não as abordaram foram preteridos porque não proporcionaram subsídios à discussão aqui proposta.

Também é necessário esclarecer que o estudo está centrado na “permissão geral” para a celebração dos negócios jurídicos processuais, por ser este o foco de ineditismo, dado o potencial de sua aplicação. Daí ser o art. 190 do CPC/2015 o centro de atenção.

Não existe, aqui, portanto, a preocupação de atentar ao negócio jurídico processual típico, na medida em que, para estes, o Código de Processo Civil de 1973 já trazia alguma previsão, que não foi alterada com o advento do atual Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, a exemplo do que defende Helder Moroni Câmara, a regra geral do artigo 190 do CPC/2015 seria aplicável aos negócios jurídicos processuais típicos¹⁶, circunstância esta que apenas reforça a importância do estudo do art. 190 em voga.

A última advertência ao leitor está no fato de que o direito britânico, em sua concepção resultante da reforma lá ocorrida em 1998 (CPR¹⁷ 1998), será colacionado. Aqui, a finalidade não é desenvolver um estudo de direito comparado, mas trazer elementos da experiência britânica que, tão acostumados com o modelo adversarial, pautado na ampla liberdade às partes e advogados, preferiu, a partir da suscitada reforma, reger o comportamento das partes e advogados, restringindo a liberdade de modulação do processo.

Esta opção não foi ao acaso: ao longo de séculos, os britânicos adotaram o modelo adversarial e conhecem bem as mazelas que o acometem.

Na medida em que a adoção do negócio jurídico processual remete o direito processual civil brasileiro ao modelo adversarial, revela-se de todo salutar compreender quais teriam sido os erros cometidos pelos ingleses, que os fizeram “corrigir a trajetória” de seu modelo processual civil. Com isso, o presente estudo busca compreender se a utilização brasileira do NJP corresponde ao modelo de acordo processual civil britânico, este último voltado à solução do conflito antes mesmo de sua judicialização, aspecto este importante para a redução da litigiosidade perante os Tribunais e consequente apaziguamento social.

Outra justificativa para trazer à colação o direito britânico está no fato de que o direito processual civil brasileiro teria sido influenciado pelas ideias originárias da reforma processual civil lá ocorrida em 1998.

¹⁶ “Isso porque, entendemos nós, a regra do artigo 190 é geral e deve ser observada em toda e qualquer hipótese de negócios jurídicos de índole processual, mesmo naqueles típicos, ou seja, naqueles previstos em lei e em outros dispositivos que não o artigo 190 do CPC/2015.” (CÂMARA, 2018, p. 79).

¹⁷ *Civil Procedure Rules*.

Esta característica foi observada, à guisa de exemplo, por Tatiana Machado Alves, que também refere existir alguma influência alemã:

De modo geral, o modelo de gerenciamento processual adotado pelo CPC/2015 é muito semelhante ao que vem sendo construído no direito estrangeiro. Mediante o estudo realizado neste capítulo pudemos, assim, comprovar que os balizadores, extraídos a partir da análise do direito alemão e do direito inglês, também se aplicam ao direito brasileiro em seu novo regime processual civil.

É dizer: o Brasil também incorpora, na linha daqueles países, mecanismos e técnicas de gestão do processo, em dimensão procedimental (formal) e substancial (material), que permitem ao juiz e às partes, atuando de forma integrativa, conduzir o feito de forma adequada rumo à prolação de uma decisão final de mérito. (ALVES, 2019, p. 326).

A propósito, a Exposição de Motivos ao atual Código de Processo Civil faz expressa referência à inspiração britânica:

No processo civil inglês, há regra expressa a respeito dos “*case management powers*”. CPR 1.4. Na doutrina, v. ANDREWS, N. **O moderno processo civil**, São Paulo: ed. RT, 2009, p. 74, item 3.14. **Nestas regras de gestão de processos, inspirou-se a Comissão autora do Anteprojeto.**” (SENADO FEDERAL, 2015, 35. *Vide* nota de rodapé n. 32. Grifo nosso)¹⁸.

Existem outras justificativas para que este estudo faça referência ao direito britânico, que poderão ser localizadas ao longo do texto.

¹⁸ Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> > última visualização em 24 de dezembro de 2018.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL (NJP)

Para uma melhor exposição dos argumentos, é necessário recordar que, na experiência histórica brasileira, já houve a atribuição de maior liberdade às partes e advogados na condução do processo, tal como recorda Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “[...] às partes cabia não só a iniciativa da demanda como seu movimento e a formação do material destinado à convicção do juiz. **Autor e réu eram senhores absolutos da lide, *domini litis*.**” (OLIVEIRA, 2003, p. 32).

Não é demais destacar que, no Brasil, conforme Alvaro de Oliveira, esta visão liberal impôs os parâmetros da seara processual civil até o ano de 1890:

[...] no que concerne ao direito brasileiro, essas considerações são importantes, mesmo depois da independência, porque pela lei de 20 de outubro de 1823 o processo civil permanece sendo regido pelo livro III das Ordenações Filipinas, acrescidas das normas extravagantes. E, conquanto o Código Comercial brasileiro de 1850 tivesse introduzido algumas melhoras em relação às causas comerciais, depois aprofundadas pelo Regulamento n. 737, também de 1850, o processo civil só escapou realmente ao regime das Ordenações por força do decreto de 1890, não obstante a lei de 29 de novembro de 1832, que estabeleceu disposições transitórias acerca da administração da justiça... (OLIVEIRA, 2003, p. 33).

Após, sempre conforme Alvaro de Oliveira, com o advento de Decreto 960, de 17 de dezembro de 1938 e, posteriormente, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1608, de 18 de setembro de 1939)¹⁹, o Brasil passa a adotar a figura de um “juiz forte e ativo, em correspondência ao caráter de direito público do fenômeno processual” (OLIVEIRA, 2003, p. 50), de maneira que o processo civil se amolda, mais uma vez, ao plano constitucional então vigente, influenciado pela “ênfase emprestada aos fins sociais do processo civil verificada na passagem do século XIX para o século XX” (OLIVEIRA, 2003, p. 48), bem como pelas ideias de Franz Klein²⁰.

¹⁹ “Para o Brasil, a entrada na nova era do formalismo processual inicia-se, com que antecipando o Código de Processo Civil de 1939, com o Decreto n. 960, de 17 de dezembro de 1938, regular da cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, a constituir notável aprimoramento da técnica processual sob o influxo das doutrinas modernas em voga na Europa” (OLIVEIRA, 2003, 49). “Esse ciclo de evolução tem prosseguimento com o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1608, de 18-9-1939, em vigor a partir de 1º-2-1940)” (OLIVEIRA, 2003, p. 58).

²⁰ A importância de Franz Klein, na seara processual civil, é apresentada por ALVARO DE OLIVEIRA: “Nesse quadro exige posição de destaque a notável mudança de perspectiva operada pela codificação austríaca de 1895, em vigor depois de 1898, graças ao gênio de Franz Klein. Trata-se de visão completamente renovada da administração da justiça civil, uma autêntica revolução copérnica, que se recusa a emprestar sua adesão tanto ao esquema autoritário, a que se afeiçoara o processo romano-justineano, quanto à visão puramente individualista, consentânea com o processo comum e os processos liberais do século XIX. O enfoque de Klein vem a se centralizar na coletividade, considerando como conflito social mesmo o litígio puramente de caráter privado, a reclamar rápida solução pelo direito positivo, principalmente em vista de seus reflexos gerais sobre a tutela dos interesses do Estado e da sociedade.” (OLIVEIRA, 2003, p. 50).

Foi a necessidade de superação dos abusos advindos da extrema liberdade conferida às partes, na seara processual civil, que implicou na adoção de procedimentos rígidos, fiscalizados pelo juiz. A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, elaborada por Francisco Campos, foi cristalina neste sentido:

O processo em vigor, formalista e bisantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces.²¹

E acrescenta:

Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando numa certa medida ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado “princípio dispositivo”, de “controvérsia” ou “contradição”, introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei.²²

Noutras palavras: a experiência brasileira, que conferiria maior controle do processo às partes e advogados, deu margem a abusos e ensejou o regramento imposto por lei e sujeito ao controle judicial.

Não obstante, o CPC/2015 nasceu com o fito de inovar a relação entre os operadores do direito, objetivando alterar os parâmetros originalmente encontrados no CPC/1973.

Conforme a doutrina processual civil brasileira, a relação entre partes, advogados e juízes pautava-se no princípio do contraditório, consistente no binômio informação-reação: o juiz deveria permitir que as partes tomassem conhecimento dos atos praticados no processo, para que pudessem sobre ele se manifestar, caso assim desejassem. Após tal manifestação, o juiz proferiria a sua decisão²³.

O detalhe está no fato de que o juiz não estaria atrelado à manifestação suscitada: caso observasse uma solução não cogitada pelas partes, o juiz poderia adotá-la,

²¹ Vide páginas 1 e 2. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html> >; último acesso em 16 de dezembro de 2018. Não há negrito no texto original.

²² Vide páginas 1 e 2. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html> > último acesso em 16 de dezembro de 2018. Não há negrito no texto original.

²³ Por óbvio, esta previsão estava sujeita a exceções, a exemplo da concessão de ordens liminares, situações nas quais o contraditório seria diferido.

independentemente de prévio debate²⁴. Isto representava, em suma, a aplicação dos princípios “*iura novit curia*” e “*da mihi factum, dabo tibi ius*”.

Exemplo típico desta situação era costumeiramente observado no reconhecimento de alguma preliminar de mérito, prevista no art. 265 do CPC/73. Tome-se a hipótese de prescrição: ainda que as partes não a tivessem suscitado, o juiz poderia reconhecê-la de ofício. Esta situação ainda pode ser observada em discussões atuais, a exemplo do exposto no Acórdão originário da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁵:

Em primeiro lugar, deve ser reconhecida, de ofício, a prescrição de parte do débito reclamado pela autora apelante, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do CC, considerando-se que a ação foi ajuizada em 01/08/2007. Assim, fica sem respaldo a cobrança das taxas vencidas de março/1999 a agosto/2004, que devem ser excluídas da planilha de débito.

Outra característica era a desnecessidade de apreciação, pelo juiz, de todos os argumentos expostos pelas partes: o juiz apenas precisaria abordar expressamente aqueles temas que ele considerasse importantes para o julgamento da lide. Exemplo de tal prática ainda pode ser observada em julgamentos recentes, tal como exposto no Acórdão originário da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:²⁶

Inicialmente, não prospera a alegada nulidade do r. “*decisum*”, que não carece de fundamentação, pois, ainda que de forma sucinta, o Magistrado aduziu com clareza os motivos que reputou pertinentes ao caso para julgar improcedente a ação.

Ademais, é entendimento assente na jurisprudência que o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achar suficiente para a composição do litígio (STJ, AgReg 169.073-SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJU 17/08/98, p. 44).

O art. 125, II, do CPC/1973, por sua vez, conferia ampla liberdade de atuação ao juiz, para que a lide fosse resolvida com a maior brevidade possível.

Estas decisões, tomadas pelo juiz, influenciavam os rumos do processo, afinal, o reconhecimento de uma preliminar de mérito autorizava o julgamento sumário da lide, dispensando-se a prática de outros atos processuais. Por outro lado, a consideração de uma tese não suscitada pelas partes poderia ensejar a produção de uma prova inesperada (prova do juízo) ou, inclusive, a inversão na ordem dos atos processuais.

²⁴ Tais decisões, proferidas sem sujeição ao debate entre as partes, são denominadas na doutrina como “*decisões surpresa*”. Exemplo deste uso pode ser observado em Theodoro Júnior (2015, vol. I, p. 87).

²⁵ Autos de Apelação Cível nº 0008786-24.2007.8.26.0152.

²⁶ Autos do recurso de Apelação Cível nº 1011960-66.2019.8.26.0002.

Ocorre que estes parâmetros da relação entre parte-juiz não mais foram considerados adequados, porque viabilizariam a adoção de práticas, pelo juiz, capazes de causar danos aos interesses dos litigantes. Em suma: as partes e advogados estariam à mercê do juiz. Neste mesmo sentido, Oliveira Júnior:

Noutras palavras, sempre que o campo de visão do juiz alcançar questão não constante daquele compartilhado pelas partes no processo, deverá dar a oportunidade para elas se manifestarem previamente sobre o tema. A necessidade de compartilhamento das respectivas visões do processo evita potenciais danos às partes, por eventual miopia ou cegueira no tema do juiz, e também decorre dos deveres de consulta e auxílio próprios da cooperação processual (art. 6º). (GAJARDONI *et al.*, 2019, p. 72).

Em síntese, nas palavras de Darci Guimarães Ribeiro, o contraditório propiciado pelo CPC/1973 apenas serviria como singelo “meio” para a prolação da sentença: “[...] o juiz não se valia concretamente da atividade das partes para construir a sentença, elas simplesmente serviam de meio para que o juiz pudesse produzir sua sentença.” (BUENO, 2017, p. 115).

A forma encontrada pelo CPC/2015 para resolver esta questão teria sido, conforme a ótica da doutrina abaixo explicitada, caracterizar o princípio do contraditório como um trinômio: informação/reação/**influência**.

Noutras palavras, a **influência** das partes passa a ser a tônica no processo civil.

Agora, não mais seria possível desconsiderar a manifestação das partes na prolação das decisões judiciais: os argumentos suscitados deveriam ser abordados pelo juiz. Por outro lado, o juiz não poderia carrear aos autos um fundamento novo para julgar, sem que houvesse prévia manifestação das partes. Desta forma, haveria o desaparecimento das “decisões-surpresa” e o enfraquecimento dos princípios *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*. Neste sentido, Oliveira Júnior:

O contraditório, tão rico de consequência, estratifica-se em informação - comunicação das partes sobre determinado fato processual -, reação - faculdade das partes apresentarem manifestação sobre o fato processual -, e, necessariamente, consideração, esta última atrelada à imprescindibilidade do provimento jurisdicional enfrentar os argumentos apresentados pelas partes em sua reação. (OLIVEIRA JÚNIOR, disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2015, in GAJARDONI *et al.*, 2019, p. 55, grifo nosso.).

Otávio Augusto Dal Molin Domit segue a mesma linha:

Com efeito, se o órgão jurisdicional não pode interferir na identificação da situação jurídica para a qual o autor solicita proteção, é necessário reconhecer que, quando a modificação da fundamentação jurídica puder

modificar a situação jurídica tutelável afirmada pelo demandante, fazendo o processo redirecionar suas atenções para situação jurídica que, embora potencialmente passível de proteção a partir dos fatos narrados extrapola o objeto da demanda, não será possível ao órgão judicial lançar mão da máxima *iura novit curia* para, a partir de fundamentos não articulados, acolher o pedido formulado. (BUENO, 2017, p. 75, grifo nosso).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero também referem existir uma nova interpretação ao brocardo *iura novit curia*, posto que o juiz, agora, somente poderia variar a “visão jurídica dos fatos alegados no processo acaso as partes tenham tido a oportunidade de se pronunciar previamente à tomada de decisão (art. 10)” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 505).

Foi neste contexto de empoderamento das partes e advogados que surgiu o NJP: agora, a tônica está em influenciar o processo. Esta influência é forte o suficiente para alterar a previsão legislativa, desde que observados os limites impostos no art. 190 do CPC. E mais: respeitados os requisitos suscitados, o juiz não poderá interferir nas alterações processuais escolhidas pelas partes e advogados. A propósito, a liberdade do juiz alterar o processo, conforme a letra da lei, teria sido reduzida, por conta do teor do art. 139 do CPC/2015²⁷, previsão esta diametralmente oposta à ampla liberdade de conduzir o processo, outrora conferida ao juiz, conforme o texto do art. 125, II, do CPC/1973 (“velar pela rápida solução do litígio”).

Mas quais são os limites para a celebração do NJP?

De fato, até os dias de hoje, os parâmetros interpretativos para a aplicação do referido instituto são conferidos por uma tentativa de enumeração de casos. Exemplo do exposto pode ser pincelado do Enunciado 36 do ENFAM²⁸, que se refere aos pactos inadmissíveis, ou, ainda, dos Enunciados 19 e 490, ambos do FPPC, que se referem aos pactos admissíveis, já referidos neste estudo.

Aqui, todavia, ocorrem dois problemas: esta forma de explicar o instituto tem causado mal-estar em parte da doutrina processual civil, a exemplo do que refere Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2017, p. 338), Trícia Navarro Xavier Cabral²⁹ e Rafael Sirangelo de Abreu (CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 283), já mencionados.

²⁷ O texto de lei refere que o juiz apenas poderá “dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”. *Vide* inciso VI do referido art. 139 do CPC.

²⁸ ENFAM é o acrônimo para Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

²⁹ Para quem incumbe à doutrina estudar essas novas espécies de flexibilização do procedimento, para que “sua correta utilização alcance a eficiência necessária à solução efetiva dos conflitos judicializados.” (CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 304). E arremata: “Desta forma, faz-se necessário estabelecer critérios consistentes

A redação do art. 190 do CPC/2015 é exemplo de “cláusula geral” ou “norma aberta”, técnica esta de redação legislativa que tem por característica justamente se contrapor ao método casuístico. De fato, conforme Judith Martins-Costa, o modelo referente à “norma aberta” estaria caracterizado justamente pela utilização de termos ou expressões semanticamente abertos e geralmente de cunho valorativo:

Essas são as normas abertas, ou vagas, ou ainda, enunciados elásticos, porosos ou dúcteis, gênero que abrange várias espécies normativas caracterizadas pela ausência, na hipótese geral, de uma pré-figuração descritiva ou especificativa, bem como é singularizada pelo emprego em seu enunciado de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo. Dentre as normas abertas aninham-se os princípios normativos, os conceitos indeterminados, as diretivas (<< normas-objetivo >>) e as cláusulas gerais. (MARTINS-COSTA 2015, p. 119).

Esta concepção é oposta ao método casuístico, dado que este se caracteriza justamente por regulamentar, de forma exaustiva, as espécies jurídicas apresentadas pela norma:

A inserção das cláusulas gerais na legislação codificada estendeu-se da Alemanha a outros países. Na Itália, em especial, foram acesos esses debates nas décadas de sessenta e setenta do século XX. quando se tratou de contrapor a técnica legislativa da regulamentação ou da casuística – ou técnica de regulamentar, exaustivamente, as espécies jurídicas, com é tradicional nos sistemas codificados – à técnica de <<legislação por princípios>> (isto é, por meio de normas semanticamente abertas), tendo sido a discussão retomada, na segunda metade do século XX, sob diversa perspectiva crítica. É, de resto, um debate intermitente, que se põe sempre que se trata das reformas nos códigos civis. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 126).

Neste contexto, o correto aparenta ser preencher os significados dos termos e das expressões vagas do art. 190 do CPC por meio do estudo das decisões proferidas pelos Tribunais, tal como é a sugestão deste trabalho.

Cumprindo aos Tribunais ofertar tais significados, circunstância esta que oferece a vantagem de permitir uma “atualização” do comando normativo, independentemente da edição de nova lei. Neste sentido, Judith Martins-Costa:

Mas decorre, também, a <<constante possibilidade de atualização do enunciado dogmático proposto por meio de uma cláusula geral, reconhecendo o legislador, positiva-la, <<o campo fértil relacionado à eficácia de qualquer norma jurídica, capaz de atingir efeitos por vezes nem previstos quando da etapa de sua elaboração>>. Nas cláusulas gerais, função de progresso e função de estabilização andam, pois, de mãos dadas. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 166).

para o modo e as consequências resultantes da adoção desse tipo de flexibilização procedimental como mecanismo legítimo à efetiva prestação da tutela jurisdicional”. (CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 305);

Conforme Judith Martins-Costa, a rigor, a possibilidade de as decisões judiciais obterem força semelhante à lei apenas surge graças à autorização legislativa decorrente das “normas abertas”: elas funcionariam como uma “agulha de punção”, que penetraria no tecido legislativo, tornando-o permeável às decisões judiciais e conferindo-lhes a possibilidade de inovar o ordenamento jurídico:

A crença na ideia segundo a qual <<todas as soluções estão na lei, cabendo ao julgador, sem margem de arbítrio, retirar, delas, as saídas concretas>> encontrou obstáculo intransponível na presença de <<normas vagas, indeterminadas, susceptíveis de concretização, apenas, no caso concreto; [na] incompletude do sistema com a subsequente presença de lacunas intra e extra-sistemáticas; [na] ocorrência de contradições entre princípios; [e na] existência, por fim, de soluções injustas ou inconvenientes>>. Há soluções que são construídas pelo aplicador, autorizado a tal fim pelo comando contido nas cláusulas gerais. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 190).

Neste contexto, os Tribunais atuariam como “substituto” do legislador, a exemplo do que sugere Karl Engisch, ao sintetizar o seu pensamento, de que caberia ao juiz não apenas deixar de ser um escravo da lei³⁰, mas também supri-la em suas lacunas e, inclusive, corrigi-la:

Nos capítulos anteriores, vimos o jurista em ação, onde a lei o empoderou, dentro de certos limites, a substituir o legislador, e deste lugar, a proferir >>sentenças de valor e decisões de vontade<<. Agora, nós vemos o operador do direito em novas linhas de pensamento, preenchendo as >>lacunas<< e corrigindo as >>falhas<< na ordem jurídica.. >>Lacunas<< e >>falhas<< podem ser resumidas no conceito de >>deficiência<<. Elas apresentam duas formas de Direitos deficientes. A deficiência, que nós chamamos de >>lacuna<<, que é sanada por meio do >>preenchimento do direito<<. Aqui, o juiz opera >>praeter legem<<, >>supplenti causa<< (>>supplet praetor in eo, quod legi deest<<). Por outro lado, a deficiência, que nós chamamos de >>falha<<, que é sanada por meio da >>correção da lei<<, de maneira que,

³⁰ Sempre contundente a lembrança de Esther Sonntag que, em seus estudos sobre as tendências de desenvolvimento da aplicação das penas privadas na Alemanha, recordou que a desconfiança sobre os juízes teria levado à adoção de técnica legislativa com o objetivo de transformar o juiz num ser “não-pensante”: “Uma desconfiança generalizada contra a liberdade do juiz em decidir, conforme a visão de Ogorek, veio das decisões arbitrárias tomadas no século XVII e XVIII.”(SONNTAG, 2005, p. 208. Tradução nossa.) “Outra consequência do medo relacionado à discricionariedade judicial foi o movimento de codificação das leis, ocorrido na virada do século 19, que almejava, por meio de uma legislação detalhada, abranger todas as matérias de forma tal que o juiz, na implementação da lei, sequer aparentaria ser um ente pensante.” (SONNTAG, 2005, p. 210. Tradução nossa). No texto original: „Ein allgemeines Mißtrauen gegen richterliche Entscheidungsspielräume hat sich an Ogoreks Ansicht daneben aus der arbiträren Rechtssprechungspraxis des 17. 18. Jahrhunderts entwickelt.[...]“ „.... (SONNTAG 2005, p. 208) “Als eine weitere Folge der Furcht vor richterlichen Entscheidungsspielräumen stellen sich die Hoffnungen der Kodifikationsbewegung um die Wende zum 19. Jahrhundert dar, die darauf abzielten, durch eine detaillierte Gesetzgebung sämtliche Materien so umfassend zu regeln, daß der Richter bei der Umsetzung gar nicht als denkendes Wesen in Erscheinung treten müsse“. (SONNTAG, 2005, p. 210).

aqui, o juiz opera >>contra legem<<, >>corrigendi causa<<. (ENGISCH, 2018, p. 193, tradução nossa)³¹

Se aos Tribunais incumbe a missão de conferir o significado previsto em “norma aberta”, então, os parâmetros para os limites da aplicação do NJP devem ser buscados nas decisões dos Tribunais.

Não há dúvidas de que a doutrina também se revela importante neste mister: Judith Martins-Costa recorda que, ao solucionar casos concretos, nem todas as decisões serão passíveis de aplicação em outros casos, de maneira que caberia à doutrina estabelecer os “filtros” para identificar quais decisões poderiam ser generalizáveis, ou não:

Cada decisão judicial está, de fato, imersa na singularidade do caso, na infinidade de circunstâncias e provas que fundamentam a correção de uma determinada solução, que poderá, contudo, não ser igualmente correta em outro caso em que as circunstâncias já não são as mesmas. É preciso cuidado ao discernir o que, em cada precedente, é generalizável ou não. A doutrina jurídica tem, nesse processo, a inafastável tarefa de oferecer modelos hermenêuticos destinados a atuar como uma espécie de metalinguagem, que filtra e fixa as valorações sociais típicas deduzidas, dentre outros elementos, das decisões judiciais precedentes. Assim, por intermédio do trabalho de adaptação valorativa entre o texto legal e a realidade, o preenchimento das normas produzidas a partir de uma cláusula geral é realizado, sendo parte da tarefa reserva ao legislador transferida ao intérprete que recebe por delegação da lei construir as soluções que o legislador não quis ou não pode exercer. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 159).

Aqui, todavia, está o segundo problema: a doutrina atual não tem fornecido elementos seguros para compreender os significados das cinco expressões delimitadoras da celebração do NJP: as conclusões são conflitantes e, muitas vezes, a resposta obtida consiste em afirmar que o significado das expressões em apreço apenas serão obtidas à luz do “caso concreto”.

De fato, o art. 190 do CPC/2015 estabelece que o negócio jurídico processual poderá ser validamente celebrado se:

- a) versar sobre direitos que admitam autocomposição;
- b) envolver partes plenamente capazes;

³¹ No texto original: “Im vorhergehenden Kapitel haben wir den Juristen dort am Werk gesehen, wo ihn das Gesetz ermächtigt, innerhalb gewisser Grenzen den Gesetzgeber zu vertreten, an dessen Stelle >>Werturteile und Willenentscheidungen<< zu fällen. Wir sehen nun den Rechtsanwender auf neue Gedankenbahnen gewiesen, wenn es gilt >>Lücken<< und >>Fehler<< können wir zusammenfassen unter dem Begriff des >>Mangels<<. Sie stellen also zwei Formen mangelhaften Rechts dar. Der Mangel, den wir >>Lücke<< nennen, wird behoben durch >>Rechtsergänzung<<. Der Richter wird hier >>praeter legem<<, >>supplenti causa<< tätig (>>supplet praetor in eo, quod legi deest<<). Der Mangel dagegen, den wir >>Fehler<< nennen, wird durch >>Gesetzesberichtigung behoben, der Richter wird hier >>contra legem<<, >>corrigendi causa<< tätig.” (ENGISCH, 2018, p.193).

- c) não estiver eivado de nulidade;
- d) não for resultado de inserção abusiva em contrato de adesão;
- e) nenhuma das partes estiver em situação de manifesta vulnerabilidade.

O detalhe é que o texto de lei não traz o significado referente a cada um destes elementos do artigo.

O legislador preferiu a adoção de termos novos (a exemplo da expressão direitos passíveis de autocomposição) ou fez uso de expressões dotadas de alto grau de subjetivismo (a exemplo de inclusão indevida em contrato de adesão ou manifestamente vulnerável). Por outro lado, tomou por empréstimo conceitos do direito civil, sem atentar às especificidades do processo civil (a exemplo da teoria civilista das nulidades).

Tome-se os exemplos: (1) agora, em razão do texto do art. 190 do CPC/2015, os direitos não seriam apenas “disponíveis” ou “indisponíveis”: eles também poderiam ser passíveis de autocomposição. (2) Na seara cível, afirma-se que o negócio jurídico poderá ser celebrado por agente capaz. Ocorre que o NJP exigiria partes plenamente capazes para a sua celebração: isto representaria um “*plus*” com relação ao art. 104, I, do Código Civil? (3) O art. 190 do CPC/2015 afirma que o NJP será inválido se estiver eivado de nulidade. Mas esta nulidade se refere às mesmas causas de nulidade dos negócios jurídicos em geral (típicos do direito privado), ou será que o NJP, por versar sobre tema de direito público (o processo civil), ostentaria peculiaridades que levariam o intérprete a buscar uma sistemática própria para compreender as hipóteses de invalidade dos negócios jurídicos? (4) Quando será “abusiva” a inserção em contrato de adesão? Esta regra apenas se aplica às relações de consumo? (5) Quais as condições para que haja manifesta vulnerabilidade? Manifesta vulnerabilidade é algo mais grave do que a vulnerabilidade referente ao consumidor? Ou será que a manifesta vulnerabilidade é expressão sinônima da “excessiva dificuldade”, nos termos do art. 373, § 1º, do CPC/2015?

Este rol de questões não será discutido neste estudo. Ele busca apenas ilustrar as várias lacunas que deverão ser preenchidas pelo intérprete na efetivação do NJP. E não há consenso nenhum na doutrina para tanto, tal como será exposto a seguir.

2.1 Direitos passíveis de autocomposição na doutrina

De fato, no que tange ao significado da expressão autocomposição, Arruda Alvim admite que o termo é de difícil significado, bem como sugere que a compreensão do que isto seja dependerá da análise do caso concreto: “O que a lei veda é a realização de acordos

quando estejam em disputa direitos que não admitam autocomposição, atributo de difícil definição, especialmente se dissociada do caso concreto.” (ALVIM, 2016, p. 137).

A propósito, Nida Saleh Hatoum e Luiz Fernando Bellinetti aparentam denotar que o tema referente aos limites para a celebração do NJP se concentraria justamente no conceito de direitos passíveis de autocomposição:

[...] o ponto nevrálgico sobre a celebração dos negócios jurídicos processuais certamente versará sobre os limites que serão impostos pela jurisprudência, bem como da discussão sobre o que poderá ser objeto de convenção. É possível, por exemplo, que subsista o debate sobre quais direitos admitem *autocomposição*, eis que, como se verificou, há diferença entre este conceito e o de *direito disponível*. (HATOUM; BELLINETTI, 2016).

Fredie Didier Jr. também não oferta um conceito para autocomposição. Ele justifica a necessidade de se observar o critério relativo à autocomposição porque, de outra forma, poderia **“dificultar as chances de êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição.”** (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 392, grifo nosso.). Não houve, todavia, a oferta de um conceito aos operadores do direito.

Francisco Castagna Lunardi busca a solução no critério referente ao “dano”. Assim, os direitos indisponíveis seriam passíveis de autocomposição desde que não haja restrição (dano) à possibilidade de defesa daqueles direitos:

Embora o art. 190 do Novo CPC estabeleça que os negócios processuais não são possíveis em relação aos “direitos que admiram autocomposição”, a simples indisponibilidade do direito material não impede a celebração, do negócio jurídico processual, desde que as disposições dos negócios processuais não restrinjam a possibilidade de defesa desses direitos”. Por tais razões, é possível a celebração de negócios processuais em relação a processos coletivos, desde que não haja indisponibilidade sobre os próprios direitos coletivos, nem restrição à defesa desses direitos”. Aliás, em razão disso, não é possível negócio processual celebrado entre as partes que exclui a participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. (LUNARDI, 2017, p. 315, grifo nosso.).

Mas a redução do prazo processual não seria um “dano”? A inversão na ordem de produção do ato processual não seria um “dano”? Afinal, haveria “dano” à defesa dos direitos indisponíveis sempre que a previsão legal fosse alterada? Não há o conceito de “dano” para os fins colimados, razão pela qual, mais uma vez, aparenta que a solução para tais indagações estaria na análise do caso concreto.

Rafael Sirangelo de Abreu também não oferta o significado da expressão direitos passíveis de autocomposição:

No que diz respeito à indisponibilidade do direito, cumpre ressaltar que até mesmo em casos de direitos difusos tem-se encontrado meios alternativos como o Termo de Ajustamento de Conduta, com vistas ao incremento da autocomposição. O mesmo vale para direitos indisponíveis em razão do seu titular (incapazes, por exemplo), na medida em que seria plenamente viável cogitar da possibilidade de algum tipo de representação ou assistência para o negócio processual. De qualquer forma, como ressalta Pedro Nogueira, “a disposição de um poder processual não resulta automaticamente a disposição da situação jurídica substancial posta em litúgio”. Essa, por sua vez, foi a conclusão do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC), que elaborou enunciado com o seguinte texto: Enunciado nº 135. (art. 190) “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. (Grupo: Negócios Processuais). (Rafael Sirangelo de Abreu, *in*: CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 297).

Trícia Navarro Xavier Cabral, embora sem apresentação de um conceito, refere existir uma diferença entre a disponibilidade do direito material e a disponibilidade do direito processual. Seriam elas realidades distintas, daí a sua conclusão no sentido de que não seria possível o pacto relativo a “normas processuais cogentes”:

O primeiro requisito prevê que a convenção deve versar sobre direitos que admitam autocomposição. Aqui estão incluídos os direitos processuais e as regras sobre o procedimento, desde que sejam normas processuais disponíveis ou, ao menos, que não recaiam sobre interesses processuais predominantemente estatais. Ressalte-se que a disponibilidade do objeto pactuado pode se referir tanto ao direito material quanto às normas processuais, apesar de a indisponibilidade do direito material não afetar a disponibilidade do direito processual que se pretende convencionar (cláusula de diferendo) e vice versa.“ Nesse contexto, não seria admissível convencionar sobre normas processuais cogentes, embora nem sempre essa distinção seja nítida. (Trícia Navarro Xavier Cabral, *in*: CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 314).

O Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis também não ofertou um conceito para a expressão autocomposição, limitando-se a informar sobre a possibilidade de os direitos indisponíveis serem objeto do NJP: “(art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais)”.³²

Não obstante todo o exposto, Guilherme Rizzo Amaral segue em rumo oposto, para equiparar os direitos impassíveis de composição aos direitos materiais indisponíveis:

Em primeiro lugar, o art. 190 deixa claro que, para que haja alterações no procedimento de comum acordo, é necessário que a causa verse sobre direitos

³² Disponível em < <https://diarioprocessual.com/2018/03/20/enunciados-do-fppc-carta-de-recife-2018/> >; é necessário usar o *hiperlink* “Carta de Recife” para o acesso a conteúdo (em formato “doc”). Último acesso em 23 de junho de 2019.

que admitam autocomposição. **Havendo direitos indisponíveis em disputa, restará vedada tal iniciativa.** (AMARAL, 2015, p.295, grifo nosso.).

Helder Moroni Câmara refere, num primeiro momento, que os direitos indisponíveis não poderiam ser objeto do negócio jurídico processual:

[...] não são necessárias muitas linhas para atestar-se que mais um dos limites dos negócios jurídicos processuais é a indisponibilidade de direitos. Aquilo que é indisponível não admite autocomposição e, logicamente, não pode ser objeto de negociação privada entre as partes. (CÂMARA, 2018, 135)

Todavia, Câmara, pautado em Letícia de Campos Velho Martel, admite a possibilidade de autocomposição quando o tema em discussão versar sobre a “dimensão subjetiva” dos direitos indisponíveis:

Letícia de Campos Velho Martel, na referida obra monográfica sobre o tema dos direitos fundamentais e sua disponibilidade, recorda-nos que os direitos fundamentais possuem duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva. Informa, ainda que à dimensão objetiva – ou seja, à letra fria da lei e ao direito fundamental abstratamente considerado – nem sempre corresponde um direito subjetivo em concreto. Por isso, eventualmente admitir a possibilidade de disposição, de autocomposição em relação aos direitos fundamentais só será possível em referência ao aspecto, à dimensão subjetiva, ou seja, a determinada posição em concreto que vier ou estiver sendo ocupada por seu titular.” (CÂMARA, 2018, p. 135).

E arremata:

“Contudo, no nosso sentir, há, sim, uma parte disponível dos direitos fundamentais, que é a posição subjetiva e concreta ocupada pelas partes em relação a esses direitos. Ademais, mesmo antes do CPC/2015, já se admitia a disposição, ou seja, a autocomposição em relação a essa parcela dos direitos fundamentais, que entendemos ser disponível. (CÂMARA, 2018, p. 137).

Em síntese, o pensamento de Helder Moronio Câmara frustra a expectativa de elaboração de um conceito genérico e abstrato para os limites da modulação do processo civil. De fato, Câmara refere que não seria possível pactuar a renúncia geral ao direito em si. Neste contexto, não seria possível renunciar ao direito de ação, ou ao direito ao patrimônio etc. Seria possível apenas dispor, por exemplo, sobre uma determinada ação ou sobre um determinado bem integrante do patrimônio dos litigantes:

Desse modo, guardadas as diferenças de pensamento, parece-nos que o entendimento da jurista portuguesa acima destacado comunga com o que já expusemos no presente trabalho. **Portanto, a cláusula non petendo** - para ser considerada como válida no que toca aos direito de ação – **não poderá dizer respeito a uma situação em abstrato, ao núcleo, ou seja, à dimensão objetiva do direito fundamental**, tal como identificado por Letícia de Campos Velho Martel e por nós aqui neste trabalho já apontado. (CÂMARA, 2018, p. 147).

Não há, todavia, um esclarecimento sobre a extensão desta renúncia “parcial”: até que ponto esta renúncia parcial não implicaria em dano à defesa de direitos indisponíveis, a exemplo do que expõe Francisco Castagna Lunardi, acima compilado?

De fato, Câmara complementa o seu raciocínio justamente para destacar que apenas aspectos específicos e “concretos” de um dado direito poderão ser pactuados:

Novamente aqui ressaltamos a impropriedade de afirmar-se que o direito de ação poderá ser privadamente negociado pelas partes, já que, como vimos, cremos que **apenas determinada pretensão concreta e identificada na dimensão subjetiva do direito de ação é que poderá ser objeto de negociação entre as partes.** (CÂMARA, 2018, p. 148).

Ao fim, portanto, aparenta que Câmara sustenta ser o estudo do caso concreto a via adequada para compreender o significado da expressão “direitos passíveis de autocomposição”.

O Enunciado n. 135, originário do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), assevera apenas que “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”³³. Não há, todavia, um conceito que explique quando o direito indisponível não poderá ser passível de autocomposição.

Na verdade, é forte a impressão de que não há efetivamente uma restrição para que as ações referentes a direitos indisponíveis sejam objeto do NJP, na medida em que o NJP tem por foco o procedimento e as situações jurídicas processuais, e não o direito material em si (este, sim, indisponível). Esta conclusão se abstrai da doutrina processual civil, que não consegue fazer distinção entre “direitos materiais indisponíveis que inadmitam autocomposição processual”, daqueles que o admitem. Mais uma vez, sem conseguir explicar o conceito de “direitos passíveis de autocomposição”, a doutrina se apegua à “resposta padrão”, ora referente à análise do “caso concreto”, ora ao emprego da enumeração de casos (que são os “exemplos” referidos pelos doutrinadores citados).

Note-se o emprego da enumeração de casos em Fredie Didier Júnior:

Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. **Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição.** Mas é preciso que se deixe claro um ponto: o direito em litígio pode ser indisponível,

³³ Disponível em < <https://diarioprocessual.com/2018/03/20/enunciados-do-fppc-carta-de-recife-2018/> >; é necessário usar o *hiperlink* “Carta de Recife” para o acesso a conteúdo (em formato “doc”). Último acesso em 25 de dezembro de 2019.

mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos. Assim, a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual (Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Por isso o texto legal fala em "direito que admita autocomposição" e não "direito indisponível". (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 392. Não há uso de negrito no texto original).

Também apegado à enumeração de casos, Lunardi:

Embora o art. 190 do Novo CPC estabeleça que os negócios processuais não são possíveis em relação aos "direitos que admitem autocomposição", a simples indisponibilidade do direito material não impede a celebração, do negócio jurídico processual, desde que as disposições dos negócios processuais não restrinjam a possibilidade de defesa desses direitos". **Por tais razões, é possível a celebração de negócios processuais em relação a processos coletivos, desde que não haja disponibilidade sobre os próprios direitos coletivos**, nem restrição à defesa desses direitos". Aliás, em razão disso, não é possível negócio processual celebrado entre as partes que exclui a participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. (LUNARDI, 2017, p. 315, grifo nosso.).

Arruda Alvim expressa ser paradoxal a existência de direitos materiais indisponíveis, todavia, passíveis de autocomposição. Ausente um conceito para defender a distinção referida, há, novamente, o emprego da enumeração de casos:

Diferentemente, todavia, do que se verifica na arbitragem, não é necessário que o direito material seja disponível, mas, apenas, que admita autocomposição. A ressalva é importante pelo fato de que, por mais paradoxal que possa parecer, há direitos indisponíveis suscetíveis de serem transacionados, ao menos em relação a alguns de seus aspectos. **Exemplo disso é o que se verifica com o direito à pensão alimentícia que, conquanto indisponível, admite negociação concernente ao seu valor. Vale mencionar, ainda, a possibilidade de que o Ministério Público firme Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em ação civil pública que trate de direito difuso, por excelência indisponível.** Deste modo, em todos estes casos em que esteja em jogo direito indisponível que admita transação, é possível firmar acordo processual. (ALVIM, 2016, p.137).

Outros exemplos de apego à enumeração de casos podem ser observados em Rafael Sirangelo de Abreu³⁴, Daniel Amorim Assumpção Neves³⁵, Rodolfo Kronenberg Hartmann³⁶.

A explicação dada por Trícia Navarro Xavier Cabral se apega ao subjetivismo, dado que, para ela, seriam direitos indisponíveis aqueles dotados de interesse predominantemente estatal. Todavia, como distinguir a “predominância” de tais direitos? Aparenta que somente a análise do “caso concreto” permitiria tal solução:

O primeiro requisito prevê que a convenção deve versar sobre direitos que admitam autocomposição. Aqui estão incluídos os direitos processuais e as regras sobre o procedimento, desde que sejam normas processuais disponíveis ou, ao menos, **que não recaiam sobre interesses processuais predominantemente estatais**. Ressalte-se que a disponibilidade do objeto pactuado pode se referir tanto ao direito material quanto às normas processuais, apesar de a indisponibilidade do direito material não afetar a disponibilidade do direito processual que se pretende convencionar (cláusula de diferendo) e vice versa. **Nesse contexto, não seria admissível convencionar sobre normas processuais cogentes, embora nem sempre essa distinção seja nítida.** (Trícia Navarro Xavier Cabral, *in*: CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 314).

³⁴ “No que diz respeito à indisponibilidade do direito, cumpre ressaltar que até mesmo em casos de direitos difusos tem-se encontrado meios alternativos como o Termo de Ajustamento de Conduta, com vistas ao incremento da autocomposição. O mesmo vale para direitos indisponíveis em razão do seu titular (incapazes, por exemplo), na medida em que seria plenamente viável cogitar da possibilidade de algum tipo de representação ou assistência para o negócio processual. De qualquer forma, como ressalta Pedro Nogueira, “a disposição de um poder processual não resulta automaticamente a disposição da situação jurídica substancial posta em litígio”. Essa, por sua vez, foi a conclusão do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC), que elaborou enunciado com o seguinte texto: Enunciado nº 135 (art. 190), “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. (Grupo: Negócios Processuais)”. Rafael Sirangelo de Abreu, *in*: Cabral e Nogueira (2016, p. 297).

³⁵ “Conforme entendimento doutrinário unânime, o legislador foi extremamente feliz em não confundir direito indisponível com direito que não admita autocomposição, porque mesmo nos processos que versam sobre direito indisponível é cabível a autocomposição. Naturalmente, nesse caso, a autocomposição não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação. Em razão dessa importante distinção, é admitida a convenção processual no processo coletivo (Enunciado 255 do FPPC: ‘É admissível a celebração de convenção processual coletiva’), ainda que os direitos difusos e coletivos sejam indisponíveis e o autor da ação seja o Ministério Público (Enunciado 253 do FPPC: ‘O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte’).” (NEVES, 2017, p. 330).

³⁶ Hartmann prefere comentar a enumeração de casos, conforme os Enunciados do FPPC e do ENFAM: “Embora diversos tenham sido os encontros entre os acadêmicos de Direito Processual Civil por todo o Brasil, esta obra optou por comentar especificamente às do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC), em virtude de o mesmo ser um encontro franqueado a todos os processualistas que quiserem participar e, também porque os enunciados oriundos deste encontro são bem ricos em exemplos de convenções processuais entabuladas pelas partes. Mas, por outro lado, e até para que haja um escoreito contraponto (o que, aliás, é a tônica do CPC, ao estimular a dialética), também serão citados nominalmente alguns enunciados da Escola Nacional de Formação e Atualização de Magistrados (Enfam), que promoveu reunião com mais de 500 (quinhentos) magistrados de todo o País, entre 26 e 28 de agosto de 2015. Certamente, estes enunciados da Enfam são extremamente relevantes, pois já demonstram a primeira impressão do Poder Judiciário sobre alguns novos temas.” (HARTMANN, 2017, p. 220).

2.2. Capacidade das partes e vulnerabilidade na doutrina

Com relação à capacidade das partes para a celebração do NJP também há controvérsia.

Ao cotejar o art. 190, parágrafo único, do CPC com o art. 104, I, do Código Civil, obtém-se que o negócio jurídico processual poderá ser celebrado por agentes dotados de capacidade. Ocorre que o suscitado parágrafo único do art. 190 do CPC refere que somente o agente plenamente capaz (“é lícito às partes plenamente capazes”) poderá celebrar o NJP. Tal quer dizer que os absoluta e os relativamente incapazes estariam impedidos de celebrar o negócio jurídico processual?

Para Gajardoni, Dellore, Roque e Oliveira Júnior, a vedação deverá ser interpretada em sua literalidade:

Por vedação legal específica (art. 190, caput, CPC/2015) - e não do regime dos negócios jurídicos em geral -, não é possível às partes incapazes (art. 3º e 4º do CC), mesmo que assistidas ou representadas, celebrarem negócio processual. O interesse público recomendou, tanto quanto recomenda no artigo 1º da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que a situação jurídica do incapaz, inclusive processual, seja preservada conforme as regras legais, limitando-se, por conseguinte, a autonomia de sua vontade (na verdade exercitável pelo seu representante/assistente). Tanto que a lei condiciona a celebração de convenção por partes plenamente capazes, isto é, que não estejam a depender de interposta pessoa para o exercício de seus direitos processuais (capacidade ad processum). A plenitude da capacidade das partes para celebrar a convenção, portanto, não é uma condição genérica de validade do negócio; é uma condição específica conforme veremos logo adiante. (GAJARDONI *et al.*, 2019, p. 628).

Neste mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara:

[...] Fica claro, pela leitura do dispositivo, que apenas partes capazes podem celebrar negócios processuais, não sendo válida sua celebração por incapazes, ainda que representados ou assistidos. (CÂMARA, 2016, p. 124).

Esta conclusão, todavia, não é pacífica, a exemplo do que expõe Fredie Didier Júnior, para quem os incapazes, na acepção civilista do termo, ainda assim, poderiam celebrar negócios jurídicos processuais, embora dependentes de assistência ou representação: **“O caput do art. 190 do CPC exige que as partes sejam plenamente capazes para que possam celebrar os negócios processuais atípicos, mas não esclarece a que capacidade se refere.”** (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 389, grifo nosso.). E acrescenta:

A observação é importante, pois, conforme se verá no capítulo sobre pressupostos processuais, **o sujeito pode ser incapaz civil e capaz processual, como, por exemplo, o menor com dezesseis anos**, que tem capacidade processual para a ação popular, embora não tenha plena capacidade civil. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 389, grifo nosso.).

E conclui:

Incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos. Mas se estiver devidamente representado, não há qualquer impedimento para que o incapaz celebre um negócio processual. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 389, grifo nosso..).

E a insegurança não termina aqui: embora nada conste do texto legal, parte da doutrina refere existir uma presunção de vulnerabilidade em favor da parte que celebra o NJP sem a assistência de advogado.

Neste sentido, Arruda Alvim:

Neste contexto, merecem especial atenção as situações em que uma das partes firma acordo processual desacompanhada de advogado. Se, por um lado, é certo que a presença do procurador não é requisito para a validade da convenção — vez que, a rigor, não se trata de ato postulatório —, parece claro, por outro, que, nestes casos, é grande a chance de que, por não deter conhecimento técnico, a parte acabe por dispor de seus direitos processuais sem ter a completa noção das consequências de seus atos. (ALVIM, 2016, p. 140).

Trícia Navarro Xavier Cabral segue na mesma linha de raciocínio:

Assim, ainda que o objeto da convenção verse acerca de algum direito processual ou sobre o procedimento, ela pode ser firmada por pessoas que não possuem o devido conhecimento técnico para tanto, só se exigindo a presença de advogado quando do ingresso do ato em sede processual. De qualquer forma, como o assunto ainda é incipiente no meio jurídico, juristas que participam de estudos sobre o tema produziram o seguinte enunciado: "Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Trícia Navarro Xavier Cabral, *in*: CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 45).

Enfim, Rafael Sirangelo de Abreu:

O segundo diz respeito a eventuais negócios que, previstos em determinado contrato, prevejam modificações procedimentais no que concerne a aspectos técnicos e pouco compreensíveis para alguém não-versado na prática jurídica e tenham sido estabelecidos sem a participação de advogado a orientar o signatário. Como se sabe, não são raros os contratos em que não há assistência de advogado para uma ou ambas as partes contraentes. Uma cláusula que estabeleça modificação em questões técnicas do processo pode, muito bem, passar despercebida por um leigo e mesmo por empresários versados em negócios empresariais (mas não no processo e, mais ainda, nos detalhes procedimentais). Nesses casos, a não-participação de advogado quando da lavratura do negócio pode significar a incapacidade do contraente de prever as consequências da sua manifestação de vontade. A vulnerabilidade técnica, nesse caso, especificamente quanto ao processo e suas previsões, pode significar a necessidade de não—aplicação do negócio, no ponto. (Rafael Sirangelo de Abreu, *in*: CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 296).

Para sintetizar o tema, o Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual)”³⁷.

O tema referente à presunção de vulnerabilidade do pactuante desacompanhado de advogado traz ainda outra questão: quando estará caracterizada a suscitada vulnerabilidade? Esta vulnerabilidade deverá ser “manifesta”, tal como exige o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015, ou, desta vez, apenas a vulnerabilidade “simples” bastará? E, afinal, qual o critério para que esta vulnerabilidade seja reconhecida (hipótese em que a presunção de vulnerabilidade se implementa)?

Aqui, mais uma vez, a doutrina se apegua à resposta-padrão referente à análise do “caso concreto”.

De fato, Fredie Didier Júnior suscita que a vulnerabilidade deverá ser analisada em cada caso, sempre no afã de conferir se ela ocorreu no momento de formação do negócio jurídico, “a ponto de desequilibrá-lo”. É este desequilíbrio que faria “manifesta” a “vulnerabilidade”:

Nesses casos, a vulnerabilidade precisa ser constatada in concreto: será preciso demonstrar que a vulnerabilidade atingiu a formação do negócio jurídico, desequilibrando-o. Não por acaso o parágrafo único do art. 190 diz que o órgão jurisdicional somente reputará nulo o negócio quando se constatar a “manifesta situação de vulnerabilidade (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 390).

Mais um vez: se os critérios para a aplicação do NJP são constatados apenas no caso concreto, então, não é possível reconhecer que o art. 190 do CPC/2015 confira segurança aos operadores do direito, por ocasião da aplicação do instituto em voga, dada a impossibilidade de prévia visualização das consequências jurídicas a serem obtidas com a celebração do NJP. Impõe-se, assim, consultar os julgados dos Tribunais, para constatar qual o significado atribuído ao conceito de partes plenamente capazes para que haja a compreensão desta limitação à liberdade de pactuar.

2.3. Caso de nulidade na doutrina

Outro aspecto que desperta dúvidas para a aplicação do NJP é a identificação das hipóteses de sua invalidade.

³⁷ Vide página 9 do documento denominado Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em < <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf> >; último acesso em 23 de junho de 2019.

Aqui, o problema é que a teoria da invalidade, tal como elaborada para o direito civil, não se amolda adequadamente ao processo civil. E isto afeta a forma de compreensão das invalidades para os fins de aplicação do NJP.

No processo civil, a distinção entre nulidade absoluta e relativa aparenta falhar. Tal conclusão é possível extrair da doutrina abaixo compilada.

De fato, Araken de Assis expõe que:

A classificação prevalecente dos vícios essenciais, aplicados ao NCPC, emprega dois critérios concorrentes¹: (a) natureza da norma; (b) interesse tutelado. O ato encontra-se acometido de nulidade absoluta, ocorrendo violação da norma cogente, cujos fins abrigam interesse público; nulidade relativa, transgredida norma cogente, tutelando interesse particular, e, por fim, se a norma violada for dispositiva, há anulabilidade.

É o sistema prevalecente, mas não se revela imune a críticas e reparos. (ASSIS, 2016, p. 1647).

Aparenta que o princípio da instrumentalidade é a diretriz que deverá nortear a aplicação das nulidades no processo civil, peculiaridade esta que é a nota distintiva com relação à nulidade no direito civil, a exemplo do que assevera Humberto Theodoro Júnior:

Isto quer dizer que o ato mesmo absolutamente nulo não prejudicará a validade da redação processual como um todo. Daí poder se afirmar que, pelo princípio da instrumentalidade dos atos processuais, como regra geral predominam as nulidades relativas do processo. (THEODORO JÚNIOR, 2015, vol. I, p. 576).

Antonio do Passo Cabral refere que todo e qualquer defeito relativo ao processo civil deverá ser analisado à luz do suscitado princípio, inexistindo, atualmente, razões para excluir as chamadas “nulidades absolutas” deste contexto:

Costumava afirmar a doutrina clássica que a regra da instrumentalidade das formas não se aplicaria às nulidades absolutas ou às nulidades cominadas, ou seja, o exame da finalidade só seria possível quando o interesse protegido pela norma fosse exclusiva ou predominantemente particular, vale dizer, apenas nas nulidades relativas, anulabilidades e irregularidades. (Antonio do Passo Cabral, *in*: CABRAL; CRAMER, 2016, p. 437).

Todavia:

Trata-se, à evidência, de uma visão completamente distorcida do sistema de invalidades e incompatível com o novo CPC. Note-se que a redação do art. 277 do novo CPC foi alterada com relação ao art. 244 do CPC/1973, suprimindo-se a expressão “sem cominação de nulidade”. A intenção do legislador é clara em evidenciar que a instrumentalidade das formas aplica-se a todo e qualquer tipo de defeito, e portanto também às chamadas “nulidades absolutas” ou “nulidades cominadas”. (Antonio do Passo Cabral, *in*: CABRAL; CRAMER, 2016, p. 437).

E arremata, para melhor ilustrar a diferença entre as nulidades da seara cível e da seara processual civil:

As nulidades processuais diferem das nulidades no direito material porque aquelas não existem aprioristicamente pela mera observação do vício. Os atos processuais somente serão invalidados caso outras circunstâncias sejam observadas. A invalidação, como vimos, não é consequência necessária do vício, mas apenas uma possibilidade aberta pelo ordenamento. (Antonio do Passo Cabral, *in*: CABRAL; CRAMER, 2016, p. 437).

Neste sentido, a tônica seria que todas as nulidades processuais seriam passíveis de superação, premissa esta que não é verdadeira para a teoria das nulidades no direito civil. Neste sentido, novamente Antonio do Passo Cabral:

Nesse diapasão, a doutrina é unânime em afirmar *que todas as nulidades são, em princípio, sanáveis e todos os atos processuais podem ser, em princípio, aproveitados*. Fala-se de um “princípio de conservação ou aproveitamento” dos atos processuais (DIDIER JR., 2014a, p. 302; WAMBIER, 2007, p. 145-146, 173), ou “princípio de convalidação”, “princípio da proteção”, que seria operado pelas regras relativizadoras das nulidades: só se pronuncia a invalidade se não se puder salvar o ato. A invalidação afigura-se, portanto, *ultima ratio*. (Antonio do Passo Cabral, *in*: CABRAL; CRAMER, 2016, p. 437).

De fato, a característica “processual” do NJP impõe atenção ao preceito *pas de nullité sans grief*, insculpido no art. 277 do Código de Processo Civil: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Neste mesmo sentido, os arts. 188 e 282, §§ 1º e 2º, ambos do CPC/2015:

Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.”

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Fredie Didier³⁸ e Arruda Alvim³⁹ confirmam, nesta seara, o acima exposto, a exemplo do teor do Enunciado ENFAM 42:

Não será declarada a nulidade sem que tenha sido demonstrado o efetivo prejuízo por ausência de análise de argumento deduzido pela parte.

Neste mesmo sentido, a propósito, o Enunciado n. 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “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”.⁴⁰

Como reflexo da maior amplitude da aplicação do princípio da instrumentalidade em tempos atuais (que não mais se resumiria à “forma”), e na seara do que acima fora aludido por Antonio dos Passos Cabral, Daniel Amorim Assumpção Neves traz exemplos de situações gravíssimas, para as quais, ainda assim, não haveria motivos para a repetição dos atos processuais. Os exemplos versam sobre desrespeito ao contraditório e nulidade de citação:

O contraditório é moldado essencialmente para a proteção das partes durante a demanda judicial, não tendo nenhum sentido que o seu desrespeito, se não gerar prejuízo à parte que seria protegida pela sua observação, gere nulidade de atos e até mesmo do processo como um todo. Qual o sentido, à luz da efetividade da tutela jurisdicional, em anular um processo porque neste houve ofensa ao contraditório em desfavor do vitorioso? O autor não foi intimado da juntada pela parte contrária de um documento e a seu respeito não se manifestou. Houve ofensa ao contraditório, não há dúvida, mas relevável se o autor ainda assim sagrou-se vitorioso na demanda. A citação ocorre em homônimo do réu, vício gravíssimo – chamado por alguns de vício transrescisório pela possibilidade de alegação a qualquer momento, até mesmo depois do prazo a ação rescisória – que impede a regular formação da relação jurídica processual. Ocorre, entretanto, que o pedido do autor foi rejeitado, ou seja, o réu, mesmo sem ter sido citado, sagrou-se vitorioso na demanda. Que sentido teria anular essa demanda por ofensa ao contraditório? A resposta é óbvia: nenhum. (NEVES, 2017, p. 42, grifo nosso.).

Neste mesmo sentido, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

É certo que o legislador procurou, justamente pelo caráter instrumental do processo, possibilitar o saneamento de determinados vícios, desde que eles

³⁸ “A decretação de invalidade processual deve obedecer ao sistema das invalidades processuais (examinado em capítulo próprio neste volume do Curso), o que significa dizer que não haverá nulidade sem prejuízo.” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 389).

³⁹ “Nulidade — caso não estejam presentes os requisitos de existência e de validade do negócio jurídico (partes capazes, objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei), a convenção deve ser invalidada, como todo outro negócio jurídico. Cuidando-se, porém, de um negócio jurídico de natureza processual, há que se atentar para o regime jurídico que este ramo do direito estabelece para as nulidades, especialmente para a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. Deste modo, ainda que descumprido um determinado requisito de validade da convenção processual, não há que se decretar a sua nulidade se não houver prejuízo ao interesse a ser protegido por aquela específica formalidade” (ARRUDA ALVIM, 2016, p. 219).

⁴⁰ Disponível em < <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf> >; último acesso em 28 de junho de 2019.

não tenham causado nenhum prejuízo para qualquer das partes e tenham alcançado a sua finalidade (art. 277 e 282, § 1º). É evidente, entretanto, que **tal proposição não pode ser aplicada naquelas hipóteses de violação aos princípios e às normas fundamentais que regulam a atividade processual, mesmo porque, seria praticamente impossível afirmar que não houve prejuízo** se a parte não teve oportunidade de manifestar, de apresentar provas, de saber o motivo pelo qual ficou vencida ou discriminada no que toca a determinados privilégios processuais etc. (WAMBIER, 2015, p. 75, grifo nosso.).

Admitindo-se, por hipótese, a existência de uma clara distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa na seara processual civil, tome-se, agora, a hipótese das anulabilidades (ou “invalidade relativa”).

A rigor, para os fins do NJP, o juiz poderá conhecer, de ofício ou a requerimento, as nulidades. Esta é a suma da redação do parágrafo único do artigo 190 do CPC (“De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo...”).

Chama a atenção o fato de o artigo não ter feito nenhuma diferenciação entre invalidade (ou nulidade) relativa e absoluta, diferentemente do que ocorre com a teoria civilista dos negócios jurídicos, para a qual somente a nulidade absoluta poderá ser reconhecida *ex officio* pelo juiz, tal como refere o art. 168 do Código Civil.⁴¹

No que tange às nulidades relativas, conforme o direito civil, estas deverão ser arguidas pelas partes, dentro dos respectivos prazos decadenciais⁴², dada a possibilidade de ratificação do ato⁴³.

A ausência de especificação quanto à espécie de invalidade que poderá ser reconhecida *ex officio* pelo juiz é outro indicativo de que a teoria civilista das nulidades não se aplica exatamente ao negócio jurídico processual.

De fato, Zulmar Duarte principia os seus comentários ao art. 278 do CPC com a explicação de que as nulidades relativas devem ser suscitadas na primeira oportunidade, sob

⁴¹ “Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm >; último acesso em 27 de junho de 2019.

⁴² “Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade. Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm >; último acesso em 27 de junho de 2019.

⁴³ Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm >; último acesso em 27 de junho de 2019.

pena de preclusão, ao passo que as nulidades absolutas poderiam ser reconhecidas a todo o instante. Todavia, logo em seguida, ele reconhece que tal regra comporta “temperamentos”:

No entanto, essa regra geral comporta temperamentos. Ainda que se trate de nulidade absoluta, a decretação da nulidade pode ser obstada pela aplicação da boa-fé objetiva (artigos 5º e 276 do CPC/2015), da instrumentalidade das formas (artigo 276 do CPC/2015) e o atingimento de sua finalidade (art. 277 do CPC/2015). (GAJARDONI *et al.*, 2019, p. 836).

O critério para a invalidação do ato processual, então, não é a prática do ato inválido em si (isto é, vício na incidência da hipótese normativa), mas a sua consequência: deve ter ocorrido algum prejuízo para que o ato seja invalidado.

Para reforçar o argumento de que o regime das nulidades na seara processual civil não se amolda exatamente ao regime de nulidades conforme a teoria civilista, faz-se a comparação que segue.

O art. 104, II, do Código Civil, exige objeto lícito, possível, determinado ou determinável para a validade do negócio jurídico.

Para os fins do negócio jurídico processual, a premissa é verdadeira, mas há uma peculiaridade: o objeto do NJP, num primeiro momento, sempre será lícito, certo e determinado, porque, ou versará a respeito do procedimento, ou sobre a situação jurídica processual.

Tome-se o seguinte exemplo: imagine-se que a intenção das partes é obter a ratificação judicial de finalidade escusa, a exemplo do pedido para a declaração judicial de validade de negócio simulado. A celebração do negócio jurídico processual não estará eivada de nulidade, embora a finalidade almejada seja ilícita, porque o objeto do negócio jurídico processual, para os fins do art. 104 do Código Civil, serão os atos procedimentais ou a situação jurídica processual, e não o ato simulado em si. Assim, não se pode perder de vista que, com relação ao objeto do NJP, este é distinto do negócio jurídico principal, conforme admite Fredie Didier Júnior:

A convenção processual é autônoma em relação ao negócio principal em que estiver inserida. A invalidade do negócio principal não implicará, necessariamente, a invalidade da convenção processual. Essa regra, existente para a convenção de arbitragem (art. 8º, Lei n.º 9.307/1996), estende-se a todas as demais convenções processuais, por analogia”. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 388).

Neste mesmo sentido, o Enunciado 409 do FPPC:

(Art. 190; art. 8º, caput, Lei 9.307/1996) A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade

deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual. (Grupo: Negócios processuais).⁴⁴

A ilicitude do objeto, na verdade, advirá de previsão que cause prejuízo à defesa dos interesses das partes, e não ao direito material em si. Este “prejuízo”, todavia, apenas seria aferível com a análise do caso concreto, dada a inexistência de critérios gerais e abstratos capazes de permitir, *a priori*, a visualização de sua ocorrência. Disto, também é possível concluir ser aparentemente irrelevante o fato de ser o direito material disponível ou indisponível, para os fins do NJP.

Seja como for, inexistente um critério que se amolde às peculiaridades do processo civil, resulta lacunosa e falha a aplicação da teoria civilista das nulidades no processo civil.

Enfim, o art. 104, III, do Código Civil é relativo à forma, que poderá ser livre, desde que a lei não prescreva alguma solenidade específica.

Ocorre que, quanto à forma do NJP, já foi visto que o art. 277 do CPC prevê o princípio da instrumentalidade das formas.

Na seara processual civil, então, a pergunta principal, para o reconhecimento da invalidade do NJP é, na verdade, a existência de prejuízo. Noutras palavras: constatada uma causa de nulidade, é a consequência desta constatação que será decisiva para a invalidade do negócio jurídico processual.

Outro exemplo de que a invalidade do ato processual está atrelada à ideia de “prejuízo” pode ser extraído da compreensão da doutrina com relação aos significados das expressões inserção abusiva em contrato de adesão e manifesta vulnerabilidade (*vide* parágrafo único do art. 190 do CPC/2015): não é a inclusão em contrato de adesão que enseja a invalidade do NJP, mas, sim, a “abusividade” da inserção, que estaria caracterizada quando houver desequilíbrio entre as partes a ponto de comprometer o princípio da igualdade (princípio este que se insere no rol de princípios que constituem o “bem comum”). Neste sentido, Arruda Alvim:

Inserção abusiva em contrato de adesão — os contratos de adesão, que contém cláusulas preestabelecidas que pouco (ou quase nada) podem ser discutidas por uma das partes, são alvo de proteção especial pela lei, diante da facilidade com que podem receber disposições abusivas. **O Código de Defesa do Consumidor ocupa-se de estabelecer o conceito (art. 54, caput) e o regime jurídico aplicável aos referidos contratos (arts. 54, §§ 1.º a 4.º, e 18, § 2.º, do CDC); em complementação, o CC/2002 prevê critérios para a**

⁴⁴ Disponível em < Disponível em < <https://diarioprocessual.com/2018/03/20/enunciados-do-fppc-carta-de-recife-2018/> > é necessário usar o hiperlink “Carta de Recife” para o acesso a conteúdo (em formato “doc”). Último acesso em 04 de julho de 2019.

interpretação de tais contratos com vistas a preservar a igualdade entre as partes (arts. 423 e 424 do CC/2002). (ALVIM, 2016, p. 140).

Pelo que se observa do acima exposto, é possível concluir que a “abusividade da inserção em contrato de adesão” ou a manifesta vulnerabilidade, na ótica processual civil, são expressões que impõem o respeito à paridade de tratamento entre as partes, paridade esta que implica em “igualdade cognitiva” (bem compreender a consequências decorrentes do NJP celebrado), bem como a “igualdade de tratamento” (oportunidades equânimes de atuação no processo: mesmos prazos para a manifestação das partes, mesmas chances para a produção de provas, etc). Assim, na verdade, será o prejuízo a estas igualdades o critério para o reconhecimento da invalidade. Neste sentido, Rafael Sirangelo de Abreu, que cita vários exemplos, com base na vulnerabilidade (inclusive geográfica⁴⁵), para demonstrar a perda da “paridade de armas”:

“A vulnerabilidade em termos processuais (que pode repercutir no acesso equilibrado ao processo), como bem ressalta Fernanda Tartuce, deve ser identificada a partir de fatores objetivos, como a **insuficiência econômica, óbices geográficos, debilidades de saúde, desinformação pessoal, dificuldades na técnica jurídica e incapacidade de organização (vulnerabilidade organizacional)**”. Marcelo Pacheco Machado verifica a existência de restrições à liberdade de contratar quanto às normas processuais ou quanto a atos cujos efeitos se dão no processo também na disciplina do CDC, na medida em que algumas normas, de natureza cogente, na sua visão, impedem esse tipo de negócio quando estes “restringam excessivamente as possibilidade de acesso à justiça (CDC, art. 60 IV e VIII)” (TARTUCE, Fernanda. **Igualdade de vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 189-216 e MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil, *in: Novas tendências do processo civil*, v. III, Fredie Didier Jr. *et alii*. (org). Salvador: JusPodivm, 2014, p. 348, *apud* CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 295, grifo nosso.).

⁴⁵ A vulnerabilidade geográfica explica a razão para a invalidade da cláusula de foro de eleição, quando a opção implicar em manifesta perda de paridade de armas entre as partes, tal como assevera Rafael Sirangelo de Abreu: “Por fim, é possível cogitar de problemas de acessibilidade geográfica derivados de determinados negócios pré-processuais. Apesar de se tratarem de hipóteses de potencial menor incidência, eventuais cláusulas que (a) limitem ou determinem competência, impondo a instauração de futuros processos em comarcas que, em face da distância temporal entre a lavratura do negócio e sua aplicação, tenham se tornado de difícil acesso para um dos contratantes, em razão de mudanças na sua residência ou na própria sede da empresa ou (b) que limitem a prática de determinados atos processuais a certa localidade, em situação análoga a anterior. Nesses casos, pode ser necessária a intervenção judicial para afastar a aplicabilidade desses negócios em razão da mudança das bases contratuais que levaram à fixação daquela competência relativa (pense-se em um sujeito que fixou foro de eleição na localidade de sua residência, mas veio a mudar-se para outra localidade, onde a contraparte, de outro lado, não teria dificuldade em litigar) ou daquela previsão a respeito dos atos processuais (pense-se, por exemplo, na determinação de que prova fosse produzida em determinada localidade cujo acesso vem a se tornar excessivamente difícil para uma das partes).” (CABRAL; NOGUEIRA, 2016, p. 295).

O foco deverá se centrar na consequência (prejuízo), portanto. Note-se que esta solução se harmoniza com as recentes alterações dos arts. 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴⁶.

Neste contexto, a teoria civilista dos negócios jurídicos não é determinante para o reconhecimento da invalidade do pacto processual (isto é, do NJP): é apenas um de seus instrumentos para aferir a suscitada invalidade.

De certa forma, esta conclusão já seria previsível, na medida em que Antônio Junqueira de Azevedo já antecipava a insuficiência de sua teoria estrutural do negócio jurídico, posto que ela realmente não abarcaria temas de direito público (e o NJP é extremamente influenciado pelo direito público): “Pelo exposto, vê-se bem que esse livro não é uma obra completa sobre o negócio jurídico; diz respeito somente ao negócio de direito privado e nem mesmo como esboço desenvolve todo o assunto.” (AZEVEDO, 2007, p. vi).

Aqui, não é demais recordar Cláudio Fortunato Michelon Júnior, que afirma serem dois os critérios existentes para o reconhecimento das invalidades: “aqueles que se referem aos vícios na incidência da hipótese normativa” e “aqueles que tomam por base as peculiaridades do regime de consequências jurídicas das normas que cominam nulidades em sentido *lato*” (1998, p. 55). Inexiste dúvida de que a opção legislativa para o art. 104 do Código Civil abraça o primeiro critério (agora, com as mitigações dos artigos 20 e 21, ambos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), ao passo que o CPC/2015, em seus artigos 188, 277 e 282, preferiram o segundo critério. Daí a dificuldade da doutrina em amoldar a teoria civilista das nulidades à sistemática processual civil.

Na seara processual, caracterizada pela forte influência do direito público, há, portanto, um critério “diferente” para a declaração de invalidade do NJP, na medida em que o art. 277 do CPC se sobrepõe ao texto do art. 169 do Código Civil, em razão do princípio da especialidade.

⁴⁶ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá** com base em valores jurídicos abstratos **sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.**” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). “(Regulamento). Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). “(Regulamento) Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.” (Não há uso de negrito no texto original).

Comparem-se as redações dos artigos em questão: (CPC): “Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Art, 169: “O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”

Com base na premissa de que o critério efetivo de invalidade do NJP, tal como dos atos processuais em geral, é o “prejuízo”, e não exatamente a infringência aos ditames do art. 104 do Código Civil, que implicará na invalidade do NJP, impõe-se indagar: como aferir esse prejuízo?

Ocorre que esse “prejuízo” não é aferível previamente. Ele é constatado no caso concreto, dada a inexistência de uma normativa capaz de, abstratamente, conferir parâmetros para aferir o suscitado “prejuízo”. Daí, mais uma vez, a necessidade de consulta às decisões dos Tribunais, que, à vista do exposto por Engisch e Martins-Costa, preencherão os significados dos termos e expressões que disciplinam a liberdade de celebração do NJP.

3 AS DECISÕES JUDICIAIS COMPILADAS

Compilados os julgados dos cinco maiores Tribunais de Justiça do Brasil, foram localizadas 58 decisões relativas ao negócio jurídico processual.

Conforme a metodologia proposta, as suscitadas decisões serão atreladas a cada uma das cinco expressões “abertas”, constantes do art. 190 do CPC, agora, tratadas como “categorias”.

Passo seguinte, será realizada uma busca pelos elementos comuns dos casos relativos a cada uma das categorias, justamente no afã de identificar o “fator comum” que sirva de diretriz para a compreensão do significado das cinco expressões ou termos delimitadores da liberdade de pactuação.

Nas categorias em que houver apenas um julgamento, os parâmetros deste único julgamento serão tomados como identificadores da respectiva categoria.

Não é demais reforçar o que já fora dito logo no início deste trabalho: os precedentes judiciais abaixo relacionados indicam a tendência atual de posicionamento dos Tribunais Estaduais referentes à aplicação do negócio jurídico processual. O maturar das convicções e o desenvolvimento do instituto poderão ensejar alterações naquilo aqui exposto. Daí a necessidade de constante acompanhamento das decisões judiciais relativas ao instituto em voga.

3.1 Sobre os direitos passíveis de autocomposição

As decisões judiciais compiladas demonstram que a natureza do direito material (se disponível ou indisponível) não tem sido obstáculo para a celebração do NJP.

No caso dos denominados “direitos disponíveis”, as decisões abarcaram, na maioria das vezes, questões referentes às disputas creditórias, sempre não exemplificativas de relações de consumo.

Por sua vez, o único exemplo de direito material indisponível, abordado em NJP, é originário da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Neste caso, o NPJ versaria sobre a realização de prova pericial indireta, para a apuração do vínculo de paternidade respectivo⁴⁷.

⁴⁷ Autos do recurso de apelação n. 0436118-48.2013.8.19.0001. Não foi possível ter acesso a mais detalhes sobre o julgamento, porque tramitaria em segredo de justiça.

O mais interessante foi a percepção do que seriam os direitos passíveis de autocomposição: em nenhum dos julgados o tema foi abordado sob a ótica dos “direitos materiais” (estes sim, passíveis de serem indisponíveis). Noutras palavras, em nenhum momento foi afirmado que um dado negócio jurídico processual seria inadmitido porque o direito material controvertido seria indisponível e impassível de autocomposição.

Na verdade, o foco esteve centrado no direito processual civil objeto da pactuação.

Veja-se.

Embora o tema versasse sobre direitos materiais creditórios (claramente “disponíveis”), ocorreu que os julgados, em sua maioria, inadmitiram o NJP que previsse a instituição de “garantia”, consistente em penhora anotada na matrícula de imóvel, **com a extinção do processo**, enquanto se aguardava o pagamento do débito.

A controvérsia surgiu porque a penhora seria instituto do processo civil, especificamente destinado à constrição de bens em sede de incidente de cumprimento de sentença ou conforme o rito destinado à execução de título extrajudicial. Logo, afirmou-se que ele não poderia ser objeto de negócio jurídico processual, dado que seria ato exclusivo do Estado-juiz, ao passo que a penhora também não poderia subsistir, caso o processo fosse extinto (não mais haveria espaço para a penhora, porque a constrição seria instituto específico do processo). Nesta linha de raciocínio, àqueles interessados em obter alguma garantia para a satisfação de seu crédito, após a extinção do processo, impor-se-ia a constituição de hipoteca, incabível a penhora, portanto.

Em sua maioria, os julgados compreenderam que a penhora poderia ser disciplinada em NJP. Todavia, não seria passível de autocomposição a estipulação de penhora, a título de “garantia” de dívida, concomitante à extinção do processo: na medida em que a penhora seria instituto processual civil, o processo deveria perdurar, para que a penhora fosse validamente mantida. Neste sentido foi o julgamento proferido pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em oportunidade na qual o juízo de primeiro grau inadmitiu o NJP, referente à penhora dos imóveis dados em garantia, justamente porque a extinção do processo faria impossível a manutenção do ato de constrição:

R.h. Encerrado e extinto o processo pelo acordo homologado, não há que se falar em penhora, pois encerrada a prestação jurisdicional. Quanto às custas, acolho o pagamento pela parte executada. Dessa forma, acolho parcialmente os embargos de declaração. Intimem-se.⁴⁸

⁴⁸ Autos do recurso de apelação n. 0229285-83.2019.8.21.7000. Ver fls 02 do voto respectivo.

Ao que consta, as partes já estavam cientes da impossibilidade de manutenção da penhora com a extinção do feito, daí porque ambas pleitearam a suspensão do trâmite processual, tal como lhes facultava o art. 922 do CPC/2015.

Neste contexto, o Tribunal gaúcho revogou a sentença de extinção do feito e ordenou a suspensão do trâmite processual, mantida a penhora sobre imóvel, enquanto não houvesse o pagamento da dívida:

Na hipótese dos autos, busca-se a conversão de averbação premonitória em penhora, a ser lançada no imóvel de matrícula n.º 22.776 do Cartório de Registro de Imóveis de Farroupilha, para que o bem fique em garantia do pagamento integral do débito, conforme pactuaram as partes na cláusula seis do termo de acordo firmado às fls. 229/232 destes autos.

A sentença recorrida homologou o acordo julgando extinto o feito, nos termos do artigo 487, III, b, do CPC (fl. 251).

Todavia, do acordo firmado entre as partes, acostado às fls. 102/109, verifica-se que não há pedido de extinção da execução, mas sim, de suspensão da ação até o termo final para o cumprimento do pactuado (fl.231).

Com efeito, o acordo de pagamento do débito de forma parcelada não gera quitação da dívida, permitindo tão somente a suspensão da execução, nos termos do art. 922 do CPC:

Art. 922. Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação.

Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso.

Ou seja, pactuado o parcelamento, o processo deverá ficar suspenso até o pagamento integral do débito, para que o devedor possa cumprir a obrigação de forma voluntária. Não cumprido o acordado o processo retomará seu curso, em observância ao princípio da economia processual, evitando que a parte tenha de ajuizar nova ação.⁴⁹

A 17ª Câmara de Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ofertou solução de igual teor.⁵⁰ De fato, a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau foi no seguinte sentido:

Vistos. Fls. 722/723: O pedido de lavratura de termo de penhora mascara verdadeira hipoteca celebrada entre as partes sem a concorrência do Juízo. Assim, deverão, para cumprir o acordo particular, celebrar hipoteca que é a garantia própria realizada entre particulares. O pedido visa, à toda evidência, afastar os custos da garantia real pelo abuso de forma. Note-se, ademais, que não está na disponibilidade das partes a prática de ato estatal. No mais, oficie-se como requerido no item II de fls. 724, expedindo-se o necessário, ficando incumbida das partes de protocolar os ofícios. Intimem-se.⁵¹

⁴⁹ Ver fls. 04 do voto respectivo.

⁵⁰ Autos do recurso de agravo de instrumento 2118535-58.2017.8.26.0000.

⁵¹ Vide página 2 do voto respectivo.

Aqui, é interessante destacar que o juízo de primeiro grau foi expresso ao referir que a penhora, porque se trataria de providência estatal, não seria suscetível de disposição pelas partes. Noutras palavras: a penhora não poderia ser objeto de autocomposição porque ela seria exemplo de ato exclusivamente estatal.

A objeção foi superada pelo Tribunal de Justiça paulista, sob o fundamento que a penhora poderia ser pactuada. O processo, todavia, não foi extinto, de maneira que prestigiado o entendimento, no sentido de que a penhora apenas seria mantida enquanto em trâmite a lide.⁵²

Há que se considerar, por outro lado, o interesse público na efetividade do processo, que importa na concessão, a quem tem o direito, do provimento jurisdicional perseguido em tempo razoável.

Neste sentido, a não realização da penhora, tal como pretendida pelas partes, obstruiria a finalidade precípua da execução de expropriar bens do executado para a satisfação do direito do exequente, inviabilizando a celeridade e economia da prestação jurisdicional, e desestimulando a conciliação.⁵³

Neste mesmo sentido, o julgamento proferido pela 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná.⁵⁴

O único julgado destoante é aquele originário da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná. No julgamento em voga, o NJP foi admitido, inclusive com a manutenção do ato de constrição, embora extinto o processo:

Assim, versando o processo sobre direito que admite autocomposição, e sendo o acordo verdadeiro negócio jurídico processual (art. 190, do CPC), nada impede a lavratura do auto de penhora, conforme vontade das partes, assim como seja expedido o pretendido ofício ao competente Cartório de Registro de Imóveis para anotações na matrícula.⁵⁵

De forma semelhante, foi possível observar ter sido admitida a manutenção de restrição de alienação fiduciária incidente sobre automóvel, enquanto se aguardava o cumprimento do acordo judicial para quitação da dívida. Na hipótese de novo inadimplemento, o automóvel seria imediatamente retomado pelo credor fiduciário, dispensando-se quaisquer outras providências originalmente constantes do Decreto-lei 911/1969, conforme entendimento exarado pela 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Trata-se originariamente de ação de busca e apreensão de bem dado em garantia fiduciária em que houve transação pelas partes, restando o processo extinto com resolução de mérito. Ante o descumprimento por parte do

⁵² Para a confirmação desta premissa, basta observar o trâmite processual disponibilizado pelo site do TJSP.

⁵³ Vide página 6 do voto respectivo.

⁵⁴ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 0040005-19.2018.8.16.0000.

⁵⁵ Autos do recurso de apelação n. 1714294-6.

financiado, sobreveio cumprimento de sentença homologatória, em que o devedor foi intimado para efetivar o pagamento do débito e ficou-se inerte. A parte exequente postulou a preferência pelo cumprimento de sentença de entrega de coisa (art. 538 do CPC⁵⁶), conforme previsão do art. 798, inciso II, “a”, do CPC⁵⁷, bem como em consonância com a cláusula n. 5 do acordo (fls. 28/29 da origem) negócio jurídico processual perfectibilizado nos termos do art. 190 do CPC.

Consta do acordo que o veículo objeto da alienação permaneceria gravado, bem como serviria de garantia ao pagamento, ficando autorizada a retomada do bem para o caso de inadimplemento. Uma vez descumprido tal pacto e promovido o cumprimento de sentença, deixou o réu de satisfazer sua obrigação, dando ensejo à retomada do caminhão VOLVO/FH 460, placas IXC-5284 pelo credor.⁵⁸

Outro exemplo de julgado referente à autocomposição abordou o tema referente à prolação de sentença sem relatório.

Convém contextualizar: o art. 489 do CPC/2015 narra quais são os elementos essenciais da sentença. Dentre eles, consta a necessidade de relatório, “que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo” (*vide* inciso I).

Mas se é o caso de se reconhecer a nulidade da sentença proferida, com imposição de novo julgamento (e conseqüente postergação da solução do conflito), porque a sentença não ostentou relatório? Afinal, o art. 38 da Lei 9099/95, referente aos Juizados Especiais Cíveis, dispensa o relatório. Por outro lado, o art. 93, IX, da Constituição Federal é intransigente com relação à existência de fundamentação, e não faz menção à necessidade de relatório. Qual teria sido o prejuízo às partes, se foram elas que, em NJP, dispensaram o relatório?

Conforme a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tal dispensa do relatório foi considerada inválida, porque não seria lícito dispor sobre um dos elementos essenciais para a prolação de válida sentença:

Preliminarmente, da análise da sentença (fls. 145/147) recorrida, verifico que o Julgador prolator dispensou a presença de relatório, sob o fundamento de negociação processual realizada com as partes por ocasião da audiência registrada à fl. 140 dos autos.

⁵⁶ Art. 538. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

⁵⁷ Art. 798. Ao propor a execução, incumbe ao exequente: [...] II - indicar: a) a espécie de execução de sua preferência, quando por mais de um modo puder ser realizada.

⁵⁸ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 0144320-75.2019.8.21.7000. Ver fls. 03 do voto respectivo.

Entretanto, à vista do contexto legal vigente, o relatório constitui elemento essencial da sentença e, *ipso facto*, não é dispensável, já que não se cuida do procedimento do Juizado Especial Cível.

Desse modo, conforme disposto no art. 190, parágrafo único do CPC, cumulado com o art. 489, I, também do CPC, percebe-se que não podem as partes negociarem a respeito de causas que venham a trazer nulidades para o processo, devendo o Magistrado controlar a validade destas convenções.

Ou seja, ao invés de abrigar a negociação processual realizada sobre elemento essencial da sentença, deveria o Juiz prolator muito antes coibi-la.⁵⁹

O julgado expõe, assim, a tendência à inadmissão do NJP quando este buscar flexibilizar formalidades expressamente consideradas essenciais pela lei.

De forma semelhante, o NJP também seria inadmissível quando tenta inovar o rol de recursos processuais. Aqui, as amostras basicamente ilustram que o elenco de hipóteses autorizadoras da interposição de recurso de agravo deveria ser interpretada de forma restrita.⁶⁰

Neste sentido, observe-se o julgamento proferido pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná:

Desta forma, considerando que as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento foram contempladas em rol taxativo, o presente recurso não há de ser conhecido, haja vista que, além de atacar decisão anterior, não consta a possibilidade da interposição de agravo de instrumento contra decisão que ordena a emenda à inicial.⁶¹

A posição foi reiterada, agora pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, dentre outros julgados⁶²:

Em primeiro lugar, o recurso não comporta conhecimento. Isso porque uma das importantes inovações do Código de Processo Civil de 2015 foi a previsão, no seu art. 1.015, de hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento. Por se tratar de rol taxativo, não se admite interpretação extensiva para permitir a interposição dessa modalidade recursal em face de decisões que não estejam nele expressamente previstas.⁶³

⁵⁹ Autos do recurso de apelação n. 0183946-04.2019.8.21.7000. Ver fls. 03 do voto respectivo.

⁶⁰ É interessante observar que este posicionamento aparenta contrariar a tese que admite o alargamento das hipóteses de interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 1015 do CPC), tal como defendida justamente por Fredie Didier Júnior. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 395).

⁶¹ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 0060052-77.2019.8.16.0000.

⁶² Outros exemplos: (1) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0060052-77.2019.8.16.0000; (2) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0057663-22.2019.8.16.0000; (3) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0056966-98.2019.8.16.0000; (4) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0043724-72.2019.8.16.0000; (5) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0043315-96.2019.8.16.0000; (6) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0047564-90.2019.8.16.0000; (7) autos do recurso de agravo de instrumento. Todos os julgamentos são originários do Tribunal de Justiça do Paraná.

⁶³ Nos autos do recurso de agravo de instrumento n. 0057663-22.2019.8.16.0000. A redação utilizada no julgamento do recurso de agravo de instrumento n. 0056966-98.2019.8.16.0000, também originário da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, é também semelhante. A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, nos autos do recurso de agravo de instrumento n. 0043724-72.2019.8.16.0000, ao citar Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro, também refere que não seria possível alargar as hipóteses de

Aparenta também existir uma tendência à inadmissão do NJP em ritos que envolvam concurso universal de credores, a exemplo da recuperação judicial e falência.

Aqui, o exemplo é ofertado pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Naquela oportunidade, dentre outras providências, o juiz de primeiro grau destacou que seria possível a celebração de NJP nos casos submetidos à Lei de Recuperações Judiciais e Falência (Lei 11.101/2005), de maneira que seria possível a deliberação dos credores para que houvesse (1) a contagem dos prazos em dias corridos e (2) a redução do prazo de fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação.⁶⁴

A questão referente à contagem dos prazos foi superada pelo entendimento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça, constante dos autos do REsp 1.699.528, que fixou a contagem de dias corridos como regra.

O segundo tema, referente à possibilidade de redução do prazo de dois anos para a fiscalização das obrigações assumidas pelo recuperando no plano de recuperação judicial, não foi analisado pelo seu mérito, em razão da perda de interesse recursal por fato superveniente. Ainda assim, é interessante destacar que, ao apreciar o pedido liminar formulado no recurso em voga, o desembargador relator compreendeu que o prazo em voga não estaria sujeito à disposição das partes, daí porque não poderia ser objeto do NJP. O fundamento para tanto foi a conclusão, no sentido de que o *stay period* previsto no rito das recuperações judiciais seria exemplo de norma cogente e, como tal, impassível de autocomposição:

Defiro parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela recursal, apenas para declarar a impossibilidade de deliberação em assembleia sobre o prazo de fiscalização da recuperação judicial.

O art. 190 do CPC permite às partes estipular mudança de procedimento apenas sobre direitos que admitam autocomposição e não sobre normas cogentes, como o biênio de fiscalização judicial.⁶⁵

Ocorre que este posicionamento aparenta destoar da conclusão alcançada pelo Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do REsp 1.408.973-SP, compreendeu, em votação não-

cabimento de recurso de agravo de instrumento, por meio do NJP. Enfim, a mesma afirmação foi feita nos autos do recurso de agravo de instrumento n. 0043315-96.2019.8.16.0000, originário da 6ª Câmara Cível; nos autos do recurso de agravo de instrumento n. 0047564-90.2019.8.16.0000 e n. 0046642-49.2019.8.16.0000, ambos originários da 16ª Câmara Cível. Todos os julgados são originários do Tribunal de Justiça do Paraná.

⁶⁴ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 2203562-72.2018.8.26.0000. Esta mesma discussão também ocorreu nos autos do recurso de agravo de instrumento n. 2205760-82.2018.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. O Tribunal em voga também reconheceu a impossibilidade de alteração do prazo bienal referente à fiscalização das obrigações assumidas pelo recuperando no respectivo plano.

⁶⁵ Ver fls. 432 dos autos.

unânime, pela prevalência dos interesses particulares e patrimoniais, enquanto não ocorresse a convação em falência. Convém contextualizar: a questão controvertida se referia ao desinteresse de apenas um dos credores de Audifar Comercial Ltda – em recuperação judicial – em postergar o prazo de dois anos para o cumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial. A questão foi levada à Assembleia de Credores que, por maioria, autorizou a postergação do suscitado prazo. O credor insatisfeito recorreu de agravo ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Todavia, antes do julgamento pela respectiva Câmara, o credor-agravante desistiu do recurso e aderiu à vontade de prolongar o *stay period*. O pedido de desistência, todavia, foi indeferido pelo Tribunal paulista, sob o argumento de que o biênio referente ao cumprimento das obrigações assumidas pela recuperanda já havia sido superado, e porque o prazo para o cumprimento das suscitadas obrigações seria cogente e, como tal, não estaria sujeito à disposição das partes. Com isto, o Tribunal de Justiça de São Paulo convolou a recuperação judicial em falência. Em seguida, todavia, o Superior Tribunal de Justiça, em voto elaborado pelo Ministro João Otávio de Noronha, revogou a ordem de convação em falência, justamente por compreender que o pedido de desistência do recurso de agravo, porque formulado antes da quebra, poderia ser aceito, dado que, até então, prevaleceriam interesses particulares e patrimoniais dos credores. Aqui, forte a impressão de que foi determinante o fato de a unanimidade de credores ter admitido a modulação processual, em verdadeiro exemplo de negócio jurídico processual, embora, naquele voto, em nenhum momento tenha sido feita alusão ao instituto em voga.⁶⁶

De fato, a diferença entre o julgamento proferido nos autos do REsp 1.408.973-SP e a hipótese analisada pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aparenta ter sido a falta de unanimidade dos credores sobre a modulação do processo.

O universo de decisões compiladas traz outra discussão pertinente ao alcance dos chamados direitos passíveis de autocomposição: seria possível, às partes, superar o fenômeno preclusivo? Dois exemplos foram pincelados, referentes ao tema:

Por ocasião do julgamento proferido pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o executado havia apresentado exceção de pré-executividade. Sem prejuízo do exposto, o executado também ofertou embargos à execução e, nisto, suscitou argumentos que abrangeriam os temas suscitados na exceção. A rigor, a hipótese envolveria preclusão consumativa, porque já deduzida, numa primeira oportunidade, a pretensão. A rigor, não haveria necessidade de repropor a discussão, em sede de embargos à execução. Seja como

⁶⁶ Para maiores detalhes, observe-se também as decisões proferidas nos autos n. 0011913-45.2007.8.26.0224, em trâmite perante a 10ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos.

for, porque os argumentos expostos nos embargos seriam mais abrangentes, o executado pleiteou a desistência do pedido formulado na exceção de pré-executividade. O exequente-excepto concordou com o pedido. Ainda assim, o juízo de primeiro grau julgou a exceção, com a posterior condenação do excipiente ao pagamento das verbas de sucumbência. A referida decisão foi afastada pelo Tribunal, sob o argumento de que o pedido de desistência formulado pelo excipiente, com a anuência do excepto, seria exemplo de negócio jurídico processual, nos termos do art. 190 do CPC, de maneira que os argumentos expostos na exceção de pré-executividade não poderiam ter sido apreciados:

Concessa vênia à douta magistrada a quo, creio que razão assiste ao agravante. Em análise detida dos autos, vê-se que o recorrente formulou pedido de desconsideração da exceção de pré-executividade apresentada (petição de ordem 47), tendo o agravado também suscitado a preclusão lógica do incidente, ante o ajuizamento de embargos à execução, em preliminar de impugnação à exceção (doc. de ordem 56). Diante do exposto, não vejo óbice ao pedido do agravante, referente à desconsideração da exceção, haja vista que, na existência de meio de defesa mais amplo, que abrangeu a totalidade da matéria questionada no incidente, cristalina se mostra a perda de interesse da parte agravante na apreciação do meio impugnativo anterior. Ressalta-se que, de acordo com o instituto do negócio jurídico processual, é conferida às partes a liberdade para transacionarem mudanças no procedimento, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, com fulcro no Art. 190 do CPC, em observância aos princípios da cooperação e da economia processual.⁶⁷

O detalhe consiste em destacar que, na verdade, a hipótese envolveria um exemplo de negócio jurídico processual típico, qual seja, a desistência do pedido (no caso, o pedido exposto na exceção), em situação análoga à prevista no art. 485, § 4º, do CPC/2015. Houve, inclusive, a anuência da parte contrária com relação ao pedido de desistência. Ainda assim, é certo que o Tribunal mineiro não se apegou à redação do art. 485 do CPC para fundamentar a decisão. Apegou-se ele ao art. 190 do CPC, em raciocínio que denota ser admissível o emprego do NJP para vencer o fenômeno preclusivo, quando as partes concordarem, **mas no contexto de viabilizar uma discussão mais ampla**, e quando tal medida for exemplo de economia processual (no caso, aparentemente, porque o NJP permitiria julgar uma série de argumentos por meio de única decisão, a permitir, portanto, a concentração dos atos processuais e, por conta disto, a economia processual).

Afora tais circunstâncias, o NJP simplesmente não será admitido para superar o efeito preclusivo.

De fato, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul compreendeu não ser cabível incluir, em acordo, dívida representada por título que não fosse objeto da lide original.

⁶⁷ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 0262782-61-2019.13.0000. Ver fls. 02 do voto respectivo.

Noutras palavras: se um processo versasse sobre o título de crédito “A”, não seria possível a homologação de NJP que abrangesse o título de crédito “B”, porque este último não teria sido objeto de discussão na lide. Tal decisão foi proferida pela respectiva 18ª Câmara Cível:

A pretensão recursal não comporta acolhimento.

Enquanto suspenso o processo por força do acordo realizado com relação à cédula de crédito bancária de nº. 247.399.908, as partes postularam a homologação de nova transação referente ao contrato de nº. 7686902.

Contudo, consoante referido na decisão ora agravada, pretendem as partes transacionar sobre eventual débito atinente a contrato diverso daquele objeto da ação de execução, de modo que, para tanto, deverão buscar os meios próprios.⁶⁸

O pensamento exposto pelo Tribunal gaúcho aparenta se pautar novamente na preclusão consumativa: a pretensão deduzida sedimentaria a discussão, de maneira que não mais seria possível aumentar o objeto de discussão, mormente porque os autos já avançariam pela fase de cumprimento de sentença (daí porque inaplicável o art. 329 do CPC/2015 para o caso concreto).

Esta linha de raciocínio foi mantida em outro julgamento proferido pela mesma 18ª Câmara Cível do TJRS:

Embora a discussão proposta pelo recorrente seja outra (a respeito da possibilidade, ou não, de o juízo não homologar acordo em razão do pedido nele formulado, de suspensão ou extinção), não vislumbro como acolher a irresignação, vez que versa sobre ajuste totalmente estranho ao processo, e que não compõe a sua causa de pedir.

De observar que se trata de ação de execução de título executivo extrajudicial (cédula de crédito bancário), e não de ação de conhecimento pelo rito ordinário, onde, em tese, podem as partes concordar com o alargamento da discussão.

E na hipótese, sequer a aplicação do art. 190 do novo Código de Processo Civil, que introduziu no ordenamento jurídico o chamado “negócio jurídico processual” possibilita a introdução de nova avença no bojo da discussão, vez que não se trata de mudanças no procedimento ou outras questões processuais nele previstas.⁶⁹

Neste julgamento, foi reforçado o argumento, no sentido de que a ampliação do objeto da discussão não implicaria em alteração do procedimento ou das situações jurídicas processuais, daí porque o “alargamento da discussão” não seria passível de autocomposição.

Caso mais interessante foi ofertado pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Após ter sido reconhecida a revelia, as partes celebraram NJP para que

⁶⁸ Autos do agravo interno n. 0085760-43.2019.8.21.7000. Ver fls. 02 do voto respectivo.

⁶⁹ Autos do agravo de instrumento n. 0059339-16.2019.8.21.7000, também originário da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Ver fls. 03 do voto respectivo.

fosse devolvido o prazo de contestação para o réu. As partes pleiteavam uma resposta do Poder Judiciário, à luz dos argumentos expostos nos autos. Eles não queriam que o julgamento fosse pautado na presunção de veracidade decorrente da revelia: eles queriam a abordagem específica dos argumentos apresentados, inclusive com a possibilidade de dilação probatória.

Ocorre que pacto foi considerado inadmissível porque, com relação aos prazos processuais, as disposições do NJP apenas poderiam encurtá-los ou prolongá-los, mas jamais restituí-los:

Em audiência de conciliação fora deferido prazo para tentativa de negociação entre as partes e, por óbvio, não concretizando a compra e venda do terreno, o réu/agravante já estava intimado e com advogado devidamente constituído para apresentação de sua defesa, o que não o fez, não sendo legal a restituição de prazo requerida. O artigo 190 do Código de Processo Civil permite às partes tão somente ajustar o procedimento, dilatando ou diminuindo os prazos processuais, mas não restituir prazos, como pretende o agravante.⁷⁰

A hipótese versa novamente sobre a preclusão, agora temporal, porque não seria possível retroceder na marcha processual.

Neste contexto, o NJP poderia implicar na superação do fenômeno preclusivo, desde que não resulte em ampliação do objeto da lide ou retrocesso na marcha processual.

3.1.1 Conclusão parcial

Os julgamentos compilados para expor o significado da expressão direitos passíveis de autocomposição revelam que os Tribunais têm compreendido esta limitação sob o aspecto processual, na seara do que sugestionou Trícia Navarro Xavier Cabral (que afirmou ser inadmissível a celebração de NJP com relação a normas processuais cogentes⁷¹). O universo de decisões compiladas não indicou nenhuma limitação ao NJP que tivesse causa na indisponibilidade do direito material.

Neste contexto, seria possível afirmar a tendência atual para equiparar a expressão direitos impassíveis de autocomposição ao conceito de normas processuais cogentes. Sempre conforme o universo de decisões compiladas, estas normas processuais cogentes seriam:

a) As normas que informam a natureza de um determinado instituto de direito: assim, a penhora (instituto de direito processo civil), v.g., não poderia ser tomado como

⁷⁰ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 1017368-75.2017.8.13.0000. Ver fls. 02 do voto respectivo.

⁷¹ Vide página 25 supra.

um instituto referente ao estabelecimento de garantias reais, porque, para isto, o direito civil, em numeração restrita, já elegeu a hipoteca, o penhor e a anticrese. Não seria possível a utilização “cruzada”⁷² de institutos, portanto.

b) As normas para as quais a lei atribui a qualidade de “essencial” (exemplo do texto do art. 489 do CPC/2015) ou se refiram a hipóteses *numerus clausus* (a exemplo do art. 1.015 do CPC/2015, que alude somente às hipóteses previstas em lei).

c) As normas que se refiram à preclusão, de maneira que o NJP não poderia causar a retroação da marcha processual ou ensejar a ampliação do objeto da discussão (aqui, estaria sedimentada a sujeição ao art. 329 do CPC/2015).

d) Também não seria possível modular o processo, sem que todas as partes concordem com as alterações (a exemplo do que ocorreu com as discussões referentes à alteração do *stay period* nas ações de recuperação judicial). Não é demais observar que este pode ser um fator que implique na dificuldade de implementação do NJP em procedimentos que envolvam grande número de interessados na lide, a exemplo dos incidentes de assunção de competência (art. 947 do CPC/2015), incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 do CPC/2015), hipótese de repercussão geral (art. 1.035 do CPC/2015) etc.

3.2 Capacidade das partes

O universo de decisões compiladas identificou apenas um caso relativo à celebração de NJP pertinente a direito indisponível. Neste, houve a celebração do pacto, aceito pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Neste caso, o NPJ versaria sobre a realização de prova pericial indireta, para a apuração do vínculo de paternidade respectivo⁷³. Embora a lide envolvesse incapazes, não houve nenhuma discussão quanto à impossibilidade de celebração do NJP.

Outro tema que tangencia a questão referente à capacidade das partes é a discussão sobre a necessidade de assessoramento, por advogado, para a celebração do NJP.

A 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirmou categoricamente a desnecessidade de atuação de advogado:

Assim, conforme dispõe o art. 190 do CPC as partes podem versar sobre direitos que admitam autocomposição, sendo "lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades

⁷² Institutos de direito processual utilizados em substituição a institutos de direito civil.

⁷³ Autos do recurso de apelação n. 0436118-48.2013.8.19.0001. Não foi possível ter acesso a mais detalhes sobre o julgado, porque tramitaria em segredo de justiça.

da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo". *In casu*, restado incontroverso que na cláusula 7.3 do acordo entabulado os réus/agravados dispensaram a necessidade de intimação para o cumprimento de sentença e/ou prosseguimento do feito em caso de descumprimento do acordo (fl. 06, doc. 11), a designação de hasta pública, antes da intimação dos executados para adimplemento voluntário da obrigação é a medida que se impõe. Dessa maneira, considerando que o acordo em tela foi celebrado por partes capazes e versa sobre direitos disponíveis, não havendo nos autos nem mesmo indício de prova que aponte a existência de vício que o invalide, não se mostra justificável a desconsideração de cláusula expressa em detrimento da necessidade de intimação. Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para reformar a decisão agravada e determinar o prosseguimento da medida executiva, com designação de hasta pública dos bens, nos termos do art. 886 c/c 887 do CPC.⁷⁴

Neste mesmo sentido, a 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do São Paulo⁷⁵.

No julgamento proferida pela 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a posição adotada foi no sentido de que a invalidade do NJP seria reconhecida caso evidenciado o vício na declaração de vontade de algum dos pactuantes: a assistência de advogado seria irrelevante para tais fins.

Assim, na espécie, o que se tem da avença celebrada é que o credor anuiu em receber a dívida de forma parcelada e sem atualização, enquanto que os agravados acordaram com a efetivação, no caso de inadimplência, de atos processuais de constrição antecipados e facilitados em caso de eventual descumprimento. Referida convenção revela-se compatível com os princípios e garantias constitucionais. De outro lado, a assertiva dos devedores de que assinaram o instrumento sem orientação jurídica não pode ser aceita, ausente qualquer comprovação da ocorrência do vício de consentimento, dolo, erro, fraude ou coação que pudesse inquiná-lo de nulidade.⁷⁶

⁷⁴ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 0396366-30.2019.8.13.0000. Ver fls. 02 do voto respectivo. Neste mesmo sentido, os autos do recurso de apelação n.0024475-39.2015.8.13.0460 (número verificador de autenticidade do acórdão: 104601500244750012017706751).

⁷⁵ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 2160459-20.2015.8.26.0000: "A espécie foi de acordo apresentado nos próprios autos da ação monitória, envolvendo direito privado, de natureza eminentemente patrimonial e disponível a critério dos interessados, colocando fim ao litígio mediante concessões mútuas, transação formalizada nos moldes do art. 840 do Código Civil, apenas e tão somente dependendo de homologação judicial, art. 269, III, do Código de Processo Civil, para a obtenção da eficácia de título executivo judicial a que se referiu o art. 475-N, V. Prescindindo o negócio jurídico processual da atuação de procurador constituído, bastando a subscrição do instrumento pelos próprios figurantes na medida em que o ato consistiu em declaração unilateral de vontade, com vinculação eficaz, produzindo efeitos imediatos a sua constituição nos termos do art. 158 do Código de Processo Civil, donde a desnecessidade de reconhecimento de firma, providência não exigida por lei, cabendo ao juízo a homologação na origem." (Ver fls. 02 do voto respectivo.).

⁷⁶ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 2002087-65.2018.8.26.0000. Ver fls. 181 dos autos respectivos.

3.2.1 Conclusão parcial

O universo de decisões compiladas revelou a tendência quanto à admissão dos incapazes como celebrantes do NJP, desde que devidamente representados ou assistidos.

Desnecessária a assessoria de advogado para a celebração de NJP.

3.3 Casos de nulidade

O universo de decisões compiladas revelou dois julgamentos alusivos à falha na hipótese de incidência, capaz de ensejar nulidade. No caso a seguir, a nulidade foi superada com base no princípio da instrumentalidade.

O caso concreto teria molde no art. 166, VII, do Código Civil, no sentido de que o negócio jurídico seria nulo, quando a lei lhe proibir uma determinada prática, sem cominar sanção: na 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, discutia-se a possibilidade de compensação de dívidas, valendo-se, para tanto, da verba honorária pericial. A rigor, tal prática é expressamente vedada pelo art. 85, § 14, do CPC/2015, sem que haja cominação de sanção. Todavia, sob o argumento de que o interesse na solução do conflito prevaleceria sobre a redação do artigo em voga, o TJRS admitiu a compensação:

Nessa ordem de coisas, havendo expressa e reiterada concordância entre as partes acerca da compensação entre as verbas honorárias, não há por que deixar de acolher o pedido, notadamente porque o Novo Código de Processo Civil tem como um de seus objetivos promover a solução consensual do litígio (artigos 3º e 190 do CPC). E, nesse contexto, a expressa concordância das partes quanto à compensação se sobrepõe ao disposto no art. 85, § 14, do CPC.

Isso posto, DOU PROVIMENTO à apelação para permitir a compensação de honorários requerida pelas partes.⁷⁷

É possível que a decisão tenha sido tomada com base em uma peculiaridade do caso concreto: as partes eram a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Nova Hartz, de maneira que o regime público referente ao pagamento de verba honorária talvez tenha sido um motivo para tal decisão. Seja como for, o Acórdão referido não traz nenhuma fundamentação mais específica para explicar a vulneração do art. 85 acima referido.

O segundo exemplo informa ter sido admitido que as hipóteses de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores seriam aplicáveis ao NJP.

⁷⁷ Autos do recurso de apelação n. 0041106-39.2017.8.21.7000. Ver fls. 04 do voto respectivo.

Tal foi a conclusão alcançada pela 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Lá, a posição adotada foi no sentido de que a invalidade do NJP seria reconhecida, caso evidenciado o vício na declaração de vontade de algum dos pactuantes.

Assim, na espécie, o que se tem da avença celebrada é que o credor anuiu em receber a dívida de forma parcelada e sem atualização, enquanto que os agravados acordaram com a efetivação, no caso de inadimplência, de atos processuais de constrição antecipados e facilitados em caso de eventual descumprimento. Referida convenção revela-se compatível com os princípios e garantias constitucionais. De outro lado, a assertiva dos devedores de que assinaram o instrumento sem orientação jurídica não pode ser aceita, ausente qualquer comprovação da ocorrência do vício de consentimento, dolo, erro, fraude ou coação que pudesse inquiná-lo de nulidade.⁷⁸

3.3.1 Conclusão parcial

O universo de decisões compiladas revela a tendência dos Tribunais em admitir a aplicação dos defeitos dos negócios jurídicos e do texto do art. 166 do Código Civil ao NJP. Todavia, reconhece a possibilidade de superação de nulidade do NJP em favor da aplicação do princípio da instrumentalidade.

3.4 Parte manifestamente vulnerável

Um dos temas de maior ocorrência foi a prefixação da verba honorária advocatícia. Tal cláusula, quando pactuada entre as partes, desde antes da propositura da demanda, tem sido aceita.

Neste sentido, foi observado que a prefixação da verba honorária advocatícia não implicaria na manifesta vulnerabilidade de parte, capaz de ensejar a invalidade do NJP, ainda que o percentual respectivo tenha sido estabelecido no seu máximo. Compreenda-se a importância do exposto: a verba honorária advocatícia pode ser fixada, como regra, entre 10% e 20% do valor causa, observado os demais critérios do art. 85 do CPC. Neste contexto, a prefixação da verba honorária no seu patamar máximo poderia implicar em situação da manifesta vulnerabilidade, dada a uma suposta desproporcionalidade entre o valor estabelecido e o trabalho desempenhado pelo advogado.

⁷⁸ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 2002087-65.2018.8.26.0000. Ver fls. 181 dos autos respectivos.

Não obstante o receio supramencionado, no universo de decisões compiladas, nenhuma invalidade foi reconhecida sob esta ótica. Para ilustrar, observe-se o julgamento proferido pela 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Aponta a exequente que, de acordo com o disposto na Cláusula 2ª, § 3º, do contrato, o inadimplemento de qualquer parcela acarretaria o vencimento antecipado de todas as demais vincendas, sujeitando os executados ao pagamento do saldo devedor integral, acrescido de multa de 10% (dez por cento), juros moratórios de 1% ao mês e correção monetária, calculados “*pro rata die*” desde o inadimplemento até o efetivo pagamento, além de honorário advocatícios de 20% (vinte por cento) e custas processuais no caso de execução judicial.⁷⁹

O pacto supramencionado teria sido inadmitido pelo magistrado de primeiro grau, sob o argumento de que a verba honorária seria fixada nos termos do art. 827 do CPC/2015.

O Tribunal de Justiça afastou o argumento, por compreender que as partes poderiam ajustar o valor devido a título de verba advocatícia, sem que disto se possa extrair alguma invalidade:

Nesse contexto, cuidando-se de ajuste entre as partes envolvendo questão meramente patrimonial, não há porque afastar a cláusula existente na avença celebrada entre as partes prevendo a fixação de honorário advocatícios no caso de inadimplemento.⁸⁰

Neste mesmo sentido, o julgamento pela 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸¹.

A manifesta vulnerabilidade também não foi reconhecida quando o pacto atribuiu a somente uma das partes o ônus de custear as despesas processuais.

Neste sentido, o julgamento pela 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

O item “4” da petição conjunta em que se manifestou a transação foi assim redigido: “Cada parte arcará com os honorários de seus patronos, sendo que eventuais custas finais, remanescentes ou devidas em razão do presente acordo serão de responsabilidade dos executados (v. fls. 116).”⁸²

⁷⁹ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 2224651-54.2018.8.26.0000, originário da Ver fls. 03 do voto respectivo.

⁸⁰ Ver fls. 05 do voto respectivo.

⁸¹ “Na espécie o executado se responsabilizou pelo pagamento das custas finais, nos termos da cláusula 5ª da composição amigável formalizada entre o credor (instituição financeira) e os devedores, pág. 76, homologada judicialmente, pág. 78, donde a ilegitimidade do exequente em arcar com as referidas taxas judiciárias, impondo a reforma da decisão agravada.” Ver página 212 dos autos.

⁸² Autos do recurso de apelação n. 1020739-41.2017.8.26.0564. Ver fls. 196 dos autos.

Não obstante, o juízo de primeiro grau, ao sentenciar, condenou os exequentes ao pagamento das despesas processuais. Esta decisão foi reformada pelo Tribunal respectivo, para admitir o NJP: “Assim é que a transação celebrada entre as partes neste feito caracteriza o chamado negócio jurídico processual, no que concerne à cláusula que atribuiu aos executados a responsabilidade pelas “custas finais”.”⁸³

E arremata: “Desse modo, a r. sentença será parcialmente reformada, para atribuir aos executados a responsabilidade pelo pagamento de taxa judiciária prevista no art. 4º, III, da Lei Estadual 11.608/03, nos termos da transação.”⁸⁴

O mesmo resultado foi alcançado pela 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸⁵.

Os pactos processuais (NJP), destinados a meramente distribuir a verba sucumbencial entre as partes, foram admitidos. No caso do julgamento proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi admitida a celebração de NJP para dispensar o sucumbente do pagamento da verba honorária advocatícia sucumbencial. Aqui, também não se cogitou de alguma manifesta vulnerabilidade por parte do litigante que dispensava ao pagamento da respectiva verba honorária:

A sentença de e-fls. 157 acolheu em parte a tese autoral, ao homologar o pedido de desistência e condenar o autor, ora apelante, ao pagamento “das despesas processuais e dos honorários advocatícios, nos termos do art. 90, *caput*, CPC, que fixo em 5% sobre o valor atualizado da causa, em atenção ao que dispõe o art. 85, §2º, do mesmo Diploma Legal”.

De fato, não tendo as partes realizado instrumento de transação, aplicou-se ao caso a norma inserta no art. 90, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, devendo as despesas e os honorários ser pagos pela parte que desistiu, no caso dos autos, a autora apelante.

Ocorre que, em apelação a parte autora requereu a exclusão da condenação ao pagamento de honorários advocatícios e o réu em contrarrazões afirmou não se opor ao pedido da recorrente. Logo, é forçoso reconhecer que a opção das partes a respeito da divisão da sucumbência deve prevalecer no caso vertente, consoante prevê o art. 190 do CPC/2015.⁸⁶

A renúncia quanto ao recebimento de créditos também não tem ensejado a hipótese de invalidação do NJP com base em manifesta vulnerabilidade.

⁸³ Ver fls. 198 dos autos.

⁸⁴ Ver página 200 dos autos respectivos.

⁸⁵ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 2142738-84.2017.8.26.0000: “Ocorre que da leitura da transação homologada prevê que a obrigação do pelo pagamento da taxa judiciária final é da agravada, recebendo homologação judicial.” Ver fls. 48 dos autos.

⁸⁶ Autos do recurso de apelação n. 0372799-77-2011.8.19.0001. Ver fls. 199 dos autos.

Tome-se o exemplo do julgamento proferido nos autos da ação rescisória pelo Tribunal de Justiça do Paraná. Lá, foi admitido o NJP cujo teor, dentre outras providências, previa a renúncia ao crédito previsto no art. 968, II, do CPC/2015 (caução, que reverterá ao réu da ação rescisória, caso o pedido seja julgado inadmissível ou improcedente por unanimidade de votos – art. 974, parágrafo único, do CPC/2015):

Porque feita em conformidade com o que dispõe o NCPC, art. 190, reputo válida a cláusula de renúncia à multa rescisória entabulada entre as partes e autorizo a Secretaria desta c. Câmara expedir o respectivo alvará de levantamento, nos termos requeridos em item “b” da petição de fl. 41.

Ao cabo, condeno o Autor ao pagamento das custas e despesas do processo (NCPC, art. 90, caput), mas não aos honorários advocatícios da parte adversa porque igualmente renunciados de maneira expressa pelo advogado subscritor do negócio jurídico processual de fls. 32/33.⁸⁷

Situação mais gravosa se refere à possibilidade de o NJP servir para considerar penhoráveis bens que, por lei, seriam impenhoráveis. Noutras palavras: o NJP poderia prever exceções à impenhorabilidade fixada em lei (art. 833 do CPC/2015)?

A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirmou que seria possível aumentar o rol de exceções às hipóteses de impenhorabilidade constantes do Código de Processo Civil:

Note-se, portanto, que não se pode ampliar o rol de exceções (afinal, normas excepcionais interpretam-se restritivamente), sem que o Judiciário exerça verdadeira função legislativa; salvo mediante concordância do executado (art. 190 do CPC).⁸⁸

A rigor, seria sustentável o argumento de manifesta vulnerabilidade para inadmitir o NJP que versasse sobre exceções à impenhorabilidade legais. O julgamento em voga denota que, na verdade, haveria uma tendência para a admissão de exceções ao dispositivo legal.

Afora a hipótese de ônus pecuniário sobre alguma das partes, tema dos julgados acima referidos, a tese relativa à manifesta vulnerabilidade também foi suscitada em acordos processuais referentes a temas não pecuniários, a exemplo da dispensa de intimação das partes quanto à prática de atos processuais.

Tal situação foi observada no julgamento proferido pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. No suscitado caso, o juízo de primeiro grau compreendeu

⁸⁷ Autos n. 1642056-5. Ver fls. 06 do voto respectivo.

⁸⁸ Autos do recurso de recurso de agravo de instrumento n. 0025539-02.2019.8.19.0000. Ver fls. 03 do voto respectivo.

pela impossibilidade de dispensa de intimações judiciais, ainda que por meio do NJP, porque tal situação deixaria alguma das partes em situação de vulnerabilidade:

No entanto, embora no acordo judicial homologado constasse expressamente que a parte agravada/executada abria mão da intimação para cumprimento de sentença, na hipótese de descumprimento do acordo, o douto magistrado *a quo*, entendendo pela vulnerabilidade dos executados, determinou a sua intimação para adimplir voluntariamente a obrigação, indeferindo a designação de *hastá pública*, sendo esta a decisão agravada.⁸⁹

A hipótese de vulnerabilidade foi, todavia, afastada, porque simplesmente não existiria:

Assim, conforme dispõe o art. 190 do CPC, as partes podem versar sobre direitos que admitam autocomposição, sendo "lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo". *In casu*, restado incontroverso que na cláusula 7.3 do acordo entabulado os réus/agravados dispensaram a necessidade de intimação para o cumprimento de sentença e/ou prosseguimento do feito em caso de descumprimento do acordo (fl. 06, doc. 11), a designação de *hastá pública*, antes da intimação dos executados para adimplemento voluntário da obrigação é a medida que se impõe. Dessa maneira, considerando que o acordo em tela foi celebrado por partes capazes e versa sobre direitos disponíveis, não havendo nos autos nem mesmo indício de prova que aponte a existência de vício que o invalide, não se mostra justificável a desconsideração de cláusula expressa em detrimento da necessidade de intimação.⁹⁰

A prévia renúncia às faculdades processuais também poderia implicar na alegação de manifesta vulnerabilidade.

A renúncia prévia aos recursos pode ser prevista no NJP, a exemplo do julgamento proferido pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná:

A renúncia consiste na manifestação de vontade de não recorrer, prévia à interposição do recurso. Sob esse aspecto, diferencia-se da desistência, que consiste na manifestação de vontade de não se levar adiante o recurso já interposto. A renúncia é ato que se pode praticar unilateralmente. Não depende de anuência do adversário (art. 999 do CPC/2015) nem de litisconsorte (art. 117 do CPC/2015). Tradicionalmente se afirmava que a renúncia (i) não poderia ser prévia à própria existência da decisão recorável (ou seja, teria de ser conhecido o teor da decisão, para conscientemente a parte abrir mão de impugná-la) e (ii) não poderia ser condicionada nem sujeita a termo. Mas esses parâmetros consideravam apenas a hipótese de renúncia como ato unilateral da parte. No sistema do CPC atual, em que vigora a ampla liberdade para as partes convencionarem ajustes no procedimento e em suas faculdades e poderes processuais (art. 190 do Código de Processo Civil/2015), esses requisitos devem ser redimensionados. Observados seus pressupostos (v. vol. 1, cap. 27), o negócio jurídico processual bilateral pode sim estabelecer, antes

⁸⁹ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 0396366-30.2019.8.13.0000. Ver fls. 02 do voto respectivo.

⁹⁰ Ver fls. 02 do voto respectivo.

mesmo de determinadas decisões serem proferidas, que as partes se obrigam a delas não recorrer. E isso pode estar inserido num contexto negocial processual que envolva termos e condições. Assim, aqueles dois requisitos antes afirmados pela doutrina e jurisprudência aplicam-se agora, e quando muito, apenas às renúncias veiculadas em manifestações de vontade unilaterais, nos termos do art. 999 do CPC/2015.⁹¹

3.4.1 Conclusão parcial

O universo de decisões compiladas reforça a conclusão, no sentido de que as disposições patrimoniais são aceitas, ainda que se referiam a temas sensíveis, tal como a relação legal de bens impenhoráveis.

Disposições não patrimoniais, a exemplo da dispensa de intimação pela imprensa oficial, também foram admitidas, superando-se a crítica de vulnerabilidade manifesta.

3.5 Inserção abusiva em contrato de adesão

Os exemplos acima pincelados revelam que os pactos relativos ao crédito disputado foram admitidos para negociação.

Assim, foi visto que a prefixação da verba honorária advocatícia foi, em regra, admitida.⁹²

Também teria sido admitida a previsão para a distribuição da verba sucumbencial, assim como a estipulação para que o ônus das despesas processuais fosse suportado por apenas uma das partes.⁹³

Foi visto ser admissível o pacto que agilizasse a satisfação do crédito, por meio da indicação de garantia pelo devedor, ainda que tal previsão consista em penhora.

⁹¹ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 0000835-66.2017.8.16.0035.

⁹² Retome-se: Esta foi a hipótese encontrada nos seguintes casos: (1) 2224651-54.2018.8.26.0000, originário da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; (2) autos n. 2072680-22.2018.8.26.0000/5000, originário da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁹³ Retome-se: (1) recurso de apelação n. 0372799-77-2011.8.19.0001, cujo trâmite ocorreu perante a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; (2) autos do recurso de apelação n. 1020739-41.2017.8.26.0564, cujo trâmite ocorreu perante a 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; (3) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2142738-84.2017.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; (4) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2032162-92.2015.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No que tange aos aspectos não pecuniários, não haveria problema no acordo processual que previsse a dispensa de intimações relativa à prática de atos processuais⁹⁴.

Em razão do exposto, aparenta que o melhor exemplo de NJP seria aquele que reunisse todas as características acima referidas. O problema é que esta impressão se revelou falsa: em caso julgado pela 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁹⁵, as partes acrescentaram, num contrato de locação, várias disposições processuais, pecuniárias e não-pecuniárias. Assim, os pactuantes dispensaram a caução referida no art. 59, *caput*, da Lei de Locações; previram redução dos prazos processuais; previram a imediata desocupação do imóvel pelo locatário inadimplente; custeio de “eventuais provas sempre pelo locatário” e recurso apenas no efeito devolutivo.

Ao que consta, o somatório de vantagens pecuniárias e não-pecuniárias em favor de um dos pactuantes ensejaria uma hipótese análoga à inserção indevida em contrato de adesão, conforme a compreensão da respectiva relatora:

O contrato foi firmado entre pessoas físicas para fins de locação de imóvel comercial. Muito embora aparentemente as partes estejam em situação de equivalência, igualdade, horizontalidade, a prática cotidiana demonstra que não é esta a relação travada entre locadores e locatários. Trata-se de verdadeiro contrato firmado na modalidade adesiva, no qual cabe ao locatário simplesmente aceitar ou não as cláusulas do pacto firmado pelo locador. Ademais, aquele que não é proprietário de imóvel deve se submeter às condições do mercado e dos locadores, em regra com maior poder econômico e aconselhamento jurídico, inclusive. Trata-se de relação diagonal (na ideia do professor chileno Sergio Gamonal Contreras, quando desenvolveu seus estudos sobre relações jurídicas assimétricas, ainda que relativas a outra seara do Direito), figurando o locador na parte mais elevada e o locatário na inferior, afastando-se da ideia de horizontalidade na qual as partes estão no mesmo patamar.

Nota-se, inclusive, que especificamente no caso dos autos a cláusula que previu o “negócio jurídico processual” limitou-se a prever benefícios ao locador, como a redução dos prazos, desocupação do imóvel de forma imediata e sem garantia, recursos apenas com efeito devolutivo e custeio de eventuais provas sempre pelo locatário, a quem não foi prevista qualquer garantia ou vantagem. Em verdade, não se configurou negócio processual fruto de autonomia de vontades, mas sim de um modo de afastar a aplicação da lei específica quando esta se mostrava desfavorável ao autor da ação de despejo ou credor dos respectivos aluguéis.⁹⁶

⁹⁴ Retome-se: autos do recurso de agravo de instrumento n. 0396366-30.2019.8.13.0000, originário da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

⁹⁵ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 2233478-88.2017.8.26.0000.

⁹⁶ Ver fls. 04 do voto respectivo.

É interessante observar que a fundamentação apresentada poderia perfeitamente sustentar a hipótese de manifesta vulnerabilidade, posto que a inserção indevida em contrato de adesão seria inadmissível justamente por fragilizar demasiadamente uma das partes.

3.5.1 Conclusão parcial

No universo de decisões compiladas, este foi o único caso declaradamente reputado como exemplo de inserção indevida em contrato de adesão.

Trata-se de situação de interesse porque as alterações procedimentais ou relativas à situação jurídica, de naturezas pecuniária e não-pecuniária, embora fossem elas isoladamente admissíveis, quando somadas numa única avença, implicaram na inadmissibilidade do NJP.

Não há uma explicação para tal situação. Seja como for, trata-se de um claro alerta aos operadores do direito: a soma de várias vantagens, pecuniárias e não-pecuniárias, em favor de apenas uma das partes, implicaria na invalidade do NJP.

3.6 Outros casos: eficácia e ineficácia do NJP perante terceiros

Na medida em que o estudo se refere aos limites da liberdade de celebrar negócios jurídicos processuais, não seria possível deixar de abordar os julgados relativos à eficácia do pacto. Terceiros também seriam atingidos pelo acordo processual? Noutras palavras, qual o limite das disposições no que se refere ao interesse de terceiros?

A concepção de que terceiros não poderão ser prejudicados em razão da celebração dos negócios jurídicos também se faz presente na aplicação do NJP. Este é o caso do julgamento proferido pela 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁹⁷. No caso, o NJP preveria a dispensa de pagamento dos emolumentos referentes ao levantamento de protesto, muito embora o notário não fizesse parte do NJP (as partes não eram beneficiárias da gratuidade de justiça). A avença, neste sentido, foi inadmitida:

Ocorre, no entanto, que o acordado traz encargos e emolumentos na esfera de sustação de protesto, inclusive com a previsão de baixa nos registros mediante expedição de ofício, ou seja, almeja, com o acordo, apaga-los por ordem judicial, o que não pode ser concebido, por observância do disposto no parágrafo único do artigo 190 do CPC.⁹⁸

⁹⁷ Autos do recurso de Agravo de Instrumento n. 2058169-19.2018.8.26.0000.

⁹⁸ Ver fls. 644 dos autos respectivos.

Da mesma forma, o julgamento proferido pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, que considerou ilegal a avença que estipulava a verba honorária advocatícia de sucumbência, sem que o advogado beneficiário tivesse anuído ao pacto:

[...] da análise do contrato executado (mov. 1.3 dos autos da execução) vê-se que título foi pactuado apenas entre o vendedor e o comprador, com os co-devedores figurando como avalistas e tendo sido assinado por duas testemunhas. Não há, desse modo, a presença de advogado, que seria o próprio beneficiário da referida e que cláusula sétima.⁹⁹

Se a convenção, todavia, beneficiar terceiro, o NJP tende a ser admitido, a exemplo da situação que acrescenta outros responsáveis ao pagamento da dívida. Foi neste teor a decisão proferida pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Dentre os argumentos trazidos pela agravante para questionar a cláusula em destaque, estão i) o desrespeito às regras de sujeição passiva na obrigação tributária; ii) a falta de notificação prévia acerca da realização da audiência; iii) os prejuízos que o acordo lhe gerara tornavam a notificação prévia requisito para a validade da avença; iv) as convenções particulares não podem ser opostas ao Fisco.

Cotejando estes fundamentos com a disposição impugnada, conclui-se que razão não assiste à agravante. Notadamente, os argumentos carecem de juridicidade porque partem de premissa equivocada: o acordo não reformula a sujeição passiva na relação jurídica de direito material; ela altera (com efeito, amplia) a sujeição passiva da relação processual, sem impactos sobre a primeira.¹⁰⁰

Uma situação diferente foi observada no julgado exarado pela 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo: o NJP envolvia a responsabilização dos executados pelo pagamento das custas judiciais (taxa judiciária). O acordo foi homologado pelo juízo, sem ressalvas. O Tribunal de Justiça paulista, além de admitir a validade do NJP, compreendeu que o fato de o acordo processual ter sido homologado pelo juízo implicaria também na vinculação do Estado quanto à persecução de seu crédito tributário:

A circunstância de o juiz ter homologado a transação sem nenhum tipo de ressalva implica ter o Estado-juiz, a quem compete o ordenamento e a fiscalização do recolhimento regular da taxa judiciária, chancelado a cláusula de inversão da responsabilidade pelo recolhimento da parcela final daquela taxa.

⁹⁹ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 0001331-05.2017.8.16.0162/1.

¹⁰⁰ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 0401642-47.2016.8.13.000.

Tal chancela, no meu sentir, faz a avença oponível ao Estado, até à luz do princípio da boa-fé, que envolve todos os sujeitos da relação processual, entre o Estado-juiz, segundo o texto do art. 5º do CPC.¹⁰¹

O julgado é interessante porque, a prevalecer este entendimento, estaria consolidada a possibilidade de mudança do sujeito passivo da obrigação tributária, por meio do NJP, circunstância esta que ensejaria uma flexibilização do comando exposto no art. 146, III, “a”, da Constituição Federal (caberia à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição dos respectivos contribuintes, dentre outros aspectos). Também ocorreria uma flexibilização do art. 123 do CTN, para o qual, em suma, as convenções particulares não seriam eficazes em face da Fazenda Pública.

E não se trata de julgamento isolado: na 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo também foi reconhecida a validade da cláusula que atribuía aos executados o recolhimento das custas processuais, embora o juízo de primeiro grau tenha recordado que o acordo entre particulares não vincularia a Fazenda Pública, quanto ao recebimento de seu crédito (art. 123 do CTN):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto de decisão mandando a exequente recolher a taxa judiciária final.

A agravante moveu execução por título extrajudicial em face da agravada.

As partes transigiram, prevendo-se no referido ajuste (cláusula 5ª) que eventuais despesas, custas processuais finais e administrativas, assim com despesas para baixa do protesto, seriam atribuídas à executada (fls. 22/24 do recurso), recebendo homologação judicial (fls. 25).

E arremata: “Ocorre que da leitura da transação homologada prevê que a obrigação do pelo pagamento da taxa judiciária final é da agravada, recebendo homologação judicial”¹⁰².

É verdade que, neste último caso, o Tribunal paulista não fez expressa menção à vinculação da Fazenda Pública ao NJP (a implicar na alteração do responsável pela obrigação tributária). Todavia, é certo que a decisão atacada expressamente inadmitia a validade do pacto com base no art. 123 do CTN. Neste contexto, é possível concluir que o julgamento também cogitou da flexibilização dos textos dos artigos 146, III, “a”, da Constituição Federal e art. 123 do CTN.

¹⁰¹ Autos do recurso de apelação n. 1020739-41.2017.8.26.0564, cujo trâmite ocorreu perante a Ver fls. 110 dos autos.

¹⁰² Autos do recurso de agravo de instrumento n. 2142738-84.2017.8.26.0000. Ver fls. 48 dos autos.

Note-se que a questão referente ao atrelamento do Estado-juiz ao NJP, porque sobreveio a admissão do acordo processual pelo juiz (ou até, mesmo, a sua homologação expressa), enseja desdobramentos: seria possível às partes, em NJP, impor ônus ao Estado-juiz? Por exemplo: seria possível às partes pactuarem que seria de incumbência do Estado-juiz expedir mandados para a atualização do nome do proprietário na matrícula do imóvel (embora tal providência possa ser efetivada diretamente pelas partes, sem a intervenção do juízo)? Seria possível, neste mesmo exemplo, impor ao Estado-juiz o dever de atualizar a matrícula do imóvel, sem a necessidade de recolhimento de emolumentos? Afinal, conforme os julgados acima expostos, se o Estado estaria vinculado ao pacto processual, a ponto de alterar a identidade do sujeito passivo da obrigação tributária, não estaria ele também obrigado a assumir os ônus que lhe teriam sido impostos pelas partes no negócio jurídico processual?

A hipótese ventilada foi enfrentada pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. No julgamento em questão, restou estabelecido que o NJP não poderia impor, ao Poder Judiciário, a incumbência de expedir ofício para a alteração do quadro societário da pessoa jurídica a que se faz alusão: tal incumbência seria das partes, dada a inexistência de óbice normativo para que tal ato fosse efetivado pelas partes, mediante o pagamento de emolumentos:

Insurge-se a ré da “ação de obrigação de fazer c/c pedido indenizatório”, sustentando que, no acordo entabulado entre as partes, foi estabelecida a expedição de ofício, pelo juízo, à JUCESP, para retirada do nome do autor (sócio Aldo Dallemule) e a transferência para a agravante “Beta Hospitais” das quotas das empresas “Hospital São Lucas”, “Hospital Diadema” e “Samisa”.

Alega que a decisão não foi devidamente fundamentada, e contraria o disposto no art. 190, parágrafo único, NCPC, o qual estabelece as hipóteses taxativas em que o magistrado não pode validar o negócio jurídico processual avençado entre as partes.¹⁰³

E arremata:

Todavia, como regra, referidos acordos – que nada mais são do que espécies de negócio jurídico – não podem criar obrigações para terceiros que dele não participaram ou anuíram (princípio da relatividade contratual), de maneira que não podem as partes impor obrigação ao juízo para o cumprimento de suas tratativas.

Aliás, como bem ressaltou o MM. Juiz de origem, a providência solícita nos embargos declaratórios compete diretamente às partes interessadas e não ao juízo, sendo que os agravantes sequer indicaram a impossibilidade de cumprimento de acordo por atos próprios, sem a necessidade de expedição do ofício requerido.¹⁰⁴

¹⁰³ Ver fls. 67 dos autos.

¹⁰⁴ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 2146522-69.2017.8.26.0000. Ver fls. 69 dos autos respectivos.

O julgamento em questão também é interessante porque admite uma exceção ao exposto: o ato, embora de incumbência das partes, ainda assim poderá ser efetivado pelo Estado-juiz, quando tal medida se revelar a única remanescente para dar solução ao conflito. Esta possibilidade, considerada extrema, está documentada noutro julgamento proferido pela mesma Câmara do mesmo Tribunal:

Por conseguinte, não se desconhece que, em outra ação envolvendo os mesmos contratos de cessão de quotas sociais, movida por cedente diverso do ora agravado em face da “Beta Serviços Médicos Ltda”, esta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, sob a Relatoria do Des. Enio Zuliani, determinou a expedição de ordem à JUCESP para averbação das alterações contratuais, caso não houvesse o cumprimento voluntário (Apelação nº 9000053-78.2010.8.26.0161, j. em 24/02/2015).¹⁰⁵

3.6.1 Conclusão parcial

Aparenta existir rigor na aplicação do princípio da relatividade dos contratos, de maneira que terceiros não seriam atingidos pelos efeitos do pacto.

Todavia, existiriam algumas peculiaridades com relação ao Estado.

De fato, em primeiro lugar, o NJP apenas poderia obrigar o Estado-juiz a cumprir disposições originalmente de incumbência das partes, caso não haja outro meio para a solução do conflito.

A exceção seria a vinculação da Fazenda Pública, que estaria obrigada a exigir suas dívidas perante a pessoa indicada no NJP.

3.7 Outros casos: o NJP e a questão temporal

Qual o limite temporal para a aplicação do NJP?

Até o presente momento, não foram localizados exemplos de julgados que tenham confirmado a premissa, no sentido de que o NJP, celebrado antes do advento do atual CPC, seria válido.

Pelo contrário: a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná considerou ilegal a avença que estipulava a verba honorária advocatícia de sucumbência, porque, dentre outros motivos, ainda não estaria em vigor o texto do art. 190 do CPC:

[...] além disso, embora o art. 190, do CPC/2015 autorize às partes convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, o contrato executado foi

¹⁰⁵ Autos do recurso de apelação n. 9000053-78.2010.8.26.0161. Ver fls. 70 dos autos respectivos.

pactuado em 17.12.2011, ou seja, durante à vigência do Código de Processo Civil/1973, o qual, diferente da lei processual civil em vigor, não previa expressamente a possibilidade de convenção das partes acerca dos deveres do processo”. Por tais razões, o Acórdão recorrido deu provimento parcial ao apelo do recorrente apenas para redistribuir o ônus de sucumbência, mantendo a ilegalidade da cláusula *pro rata* sétima do contrato executado.¹⁰⁶

Quanto a este último aspecto, note-se que esta decisão põe “em xeque” a premissa fixada no Enunciado 493 do FPPC: “(art. 190) O negócio processual celebrado ao tempo do CPC-1973 é aplicável após o início da vigência do CPC-2015. (Grupo: Direito Intertemporal).”¹⁰⁷

3.7.1 Conclusão parcial

O universo de decisões compiladas revelou um único julgamento atinente ao reconhecimento da validade de NJP celebrado em data anterior ao advento do art. 190 do CPC. O julgado pincelado compreendeu pela inadmissibilidade do pacto, dentre outros motivos, também porque ainda não estaria vigente o CPC/2015 na data de sua celebração.

3.8 Outros casos: aspectos meramente procedimentais

Outros julgamentos constantes do universo de decisões compiladas versam sobre temas pouco relevantes para a solução do conflito, dado que mais se referem à praxe procedimental.

É a hipótese do julgamento proferido pela 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que fixou o entendimento segundo o qual a homologação do NJP implicaria na formação de título executivo judicial, atacável por meio de impugnação ao cumprimento de sentença.¹⁰⁸

Em dois julgamentos proferidos pela 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi admitida a celebração de NJP de forma tácita, isto é, em razão do comportamento das partes.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 0001331-05.2017.8.16.0162/1, ao apreciar pedido formulado em embargos de declaração.

¹⁰⁷ Disponível em < <https://diarioprocessual.com/2018/03/20/enunciados-do-fppc-carta-de-recife-2018/> > é necessário usar o hiperlink “Carta de Recife” para o acesso a conteúdo (em formato “doc”). Último acesso em 23 de junho de 2019.

¹⁰⁸ Autos do recurso de agravo de instrumento n. 2192892-72.2018.8.26.0000.

¹⁰⁹ Autos dos recursos de agravo de instrumento n. 0013617-32.2017.8.19.0000 e autos n. 0015812-87.2017.8.19.0000.

Por outro lado, de forma majoritária, os Tribunais compreenderam que, se as partes pugnaram pela suspensão do trâmite processual, o juízo monocrático não poderia extinguir o processo.¹¹⁰

4 CONCLUSÃO

O negócio jurídico processual, como permissão geral às partes para a modulação do processo, surge com o advento do art. 190 do CPC/2015, cuja redação é exemplo de “norma aberta” ou “cláusula geral”, conforme as nomenclaturas utilizadas por Judith Martins-Costa e Karl Engisch.

É justamente a peculiaridade de sua técnica de redação que faz com que os significados dos termos e das expressões constantes no suscitado artigo devam ser revelados pelo estudo das decisões judiciais relativas ao tema.

Assim, esta pesquisa identificou 58 julgamentos, compilados dos cinco maiores Tribunais de Justiça do país.

Embora o universo de decisões compiladas seja reduzida, ela já permite observar tendências quanto aos significados dos termos e expressões utilizados no art. 190 do CPC/2015.

Neste contexto, a resposta à primeira pergunta de pesquisa (quais os limites para a celebração do negócio jurídico processual, conforme a visão dos cinco maiores Tribunais de Justiça do Brasil?) pode ser assim exposta:

I - No que tange ao significado da expressão direitos passíveis de autocomposição:

a) A expressão direitos passíveis de autocomposição se vincularia aos direitos processuais objetos do pacto processual. Não foram localizados julgados que negassem a validade do NJP com base no direito material. Tal constatação poderá representar uma tendência, no sentido de que o significado da expressão direitos passíveis de autocomposição

¹¹⁰ Tal situação foi observada nos seguintes julgados: (1) recurso de apelação n. 5155355-13.2017.8.13.0024, originário da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; (2) autos do recurso de apelação n. 1.0515.13.008166-1/001, originário da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; (3) autos do recurso de apelação n. 1.0000.19.035435-7/001, originário da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; (4) autos do recurso de apelação n. 1.0024.13.034011-0/001, originário da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; (5) autos do recurso de apelação n. 5056327-72.2017.8.13.0024, originário da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

não teria relação com os direitos materiais (disponíveis ou indisponíveis), mas designaria, isto sim, normas processuais cogentes.

b) Assim, não seriam passíveis de autocomposição:

b.1) As normas que informam a natureza de um determinado instituto de direito: assim, a penhora (instituto de direito processo civil), v.g., não poderia ser tomada como um instituto referente ao estabelecimento de garantias reais, porque, para estes, o direito civil, em numeração restrita, já elegeu a hipoteca, o penhor e a anticrese. Não seria possível a utilização “cruzada”¹¹¹ de institutos, portanto;

b.2) As normas para as quais a lei atribui a qualidade de “essencial” (exemplo do texto do art. 489 do CPC/2015) ou se refiram a hipóteses *numerus clausus* (a exemplo do art. 1.015 do CPC/2015, que alude somente às hipóteses previstas em lei);

b.3) As normas que se refiram à preclusão, de maneira que o NJP não poderia causar a retroação da marcha processual ou ensejar a ampliação do objeto da discussão (aqui, estaria sedimentada a sujeição ao art. 329 do CPC/2015);

b.4) Também não seria possível modular o processo, sem que todas as partes concordem com as alterações (a exemplo do que ocorreu com as discussões referentes à alteração do *stay period* nas ações de recuperação judicial). Não é demais observar que este pode ser um fator que implique na dificuldade de implementação do NJP em procedimentos que envolvam grande número de interessados na lide, a exemplo dos incidentes de assunção de competência (art. 947 do CPC/2015), incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 do CPC/2015), hipótese de repercussão geral (art. 1.035 do CPC/2015 etc).

II - No que tange à capacidade das partes:

a) O fato de a lide envolver incapazes não seria relevante: a tendência seria de os incapazes serem admitidos a celebrar o NJP, desde que devidamente representados ou assistidos;

b) Desnecessária a assessoria de advogado para a celebração de NJP.

III – No que tange aos casos de nulidade

a) Os defeitos do negócio jurídicos (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude contra credores) e as hipóteses do art. 166 do Código Civil são aplicáveis ao NJP;

b) O princípio da instrumentalidade deverá ser observado nas hipóteses de NJP.

¹¹¹ Institutos de direito processual utilizados em substituição a institutos de direito civil.

IV – Parte manifestamente vulnerável

- a) Disposições patrimoniais são aceitas;
- b) Disposição não patrimoniais são aceitas, desde que não versem sobre direitos processuais reputados expressamente essenciais pela lei.

V – Inserção indevida em contrato de adesão

- a) A cumulação de vantagens pecuniárias e não pecuniárias em favor de somente um dos pactuantes ensejaria a invalidade do NJP.

VI – Outros casos: eficácia e ineficácia do NJP perante terceiros

- a) Aplicação do princípio da relatividade dos contratos, de maneira que terceiros não seriam atingidos pelos efeitos do pacto;
- b) O NJP apenas poderia obrigar o Estado-juiz a cumprir disposições originalmente de incumbência das partes, caso não haja outro meio para a solução do conflito;
- c) A exceção seria a vinculação da Fazenda Pública, que estaria obrigada a exigir suas dívidas perante a pessoa indicada no NJP;

Dois aspectos peculiares do universo de decisões compiladas

O estudo das decisões judiciais ora compiladas trazem outros dois aspectos de interesse para o estudo.

O primeiro aspecto se refere à identidade do recorrente. De fato, na celebração de negócios jurídicos em geral, a praxe é que o recorrente ou o proponente da ação seja uma das partes prejudicada com a celebração do pacto desvantajoso. Assim, um dos pactuantes suscita o ilícito contratual, qualquer que seja a sua natureza (vício de consentimento, teoria da imprevisão, etc.) no afã de a tutela jurisdicional sanar a eiva.

No universo de decisões compiladas, as partes celebraram o NJP e coube ao juiz o papel de recusar validade ou eficácia a ele. Noutras palavras: a discussão judicial apenas ocorreu porque o juiz considerou que um dos pactuantes teria sido prejudicado, muito embora a suposta “vítima” sequer tivesse se manifestado neste sentido. Tal situação pode ser identificada em 25 julgamentos constantes do universo de decisões compiladas¹¹².

¹¹² Nos seguintes casos: (1) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2160459-20.2015.8.26.0000, originário da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do São Paulo (o juízo monocrático exigiu o reconhecimento de firma no acordo); (2) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2118535-58.2017.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 17ª Câmara de Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (o juízo monocrático exigiu a lavratura de hipoteca e, por isso, inadmitiu a anotação da penhora na matrícula do imóvel); (3) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2233478-88.2017.8.26.0000, originário da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (compreendeu que a

hipótese versaria sobre indevida inclusão em contrato de adesão); (4) autos do recurso de agravo de instrumento n. 1008941-98.2016.8.26.0344, originário da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (inadmitiu a penhora e exigiu hipoteca para constituição de garantia referente a bem imóvel); (5) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2224651-54.2018.8.26.0000, originário da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (o juízo de primeiro grau se recusou a aplicar a verba honorária advocatícia prevista no NJP respectivo); (6) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2002087-65.2018.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (o juízo monocrático compreendeu não ser admissível cláusula de NJP que previsse o imediato arresto de bens do devedor); (7) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2045753-87.2016.8.26.0000, originário da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (foi determinada a intimação da partes contrária, para os fins do art. 523 do CPC/2015, embora o NJP dispensasse tal providência); (8) autos do recurso de apelação n. 1020739-41.2017.8.26.0564, cujo andamento ocorreu perante a 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (o juiz monocrático atribuiu a verba de sucumbência de forma diferente daquela avençada no NJP); (9) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2142738-84.2017.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (o recolhimento da verba de sucumbência foi atribuído de forma diferente daquela prevista no NJP); (10) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2032162-92.2015.8.26.0000, originário da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (o juízo monocrático atribuiu as custas de forma diversa daquela prevista no NJP); (11) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2058169-19.2018.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (o juízo de primeiro grau inadmitiu o NJP porque prejudicaria terceiros); (12) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2146522-69.2017.8.26.0000, originário da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo (o juízo de primeiro grau inadmitiu o NJP porque oneraria sem motivo o serviço cartorário judicial); (13) autos do recurso de apelação n. 0183946-04.2019.8.21.7000, originário da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (o tribunal entendeu que o NJP não poderia ter previsto a dispensa do relatório na sentença); (14) autos do recurso de apelação n. 0229285-83.2019.8.21.7000, cujo trâmite ocorreu perante a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (o juízo monocrático inadmitiu a penhora como forma de garantia de dívida); (15) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0085760-43.2019.8.21.7000, cujo trâmite ocorreu perante a 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (o NJP foi inadmitido, tanto pelo juízo monocrático quanto pelo tribunal, porque incluiria dívida que não seria objeto dos autos da execução); (16) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0059339-16.2019.8.21.7000, cujo trâmite ocorreu perante a 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (o NJP foi inadmitido, tanto pelo juízo monocrático quanto pelo tribunal, porque incluiria dívida que não seria objeto dos autos da execução); (17) autos do recurso de apelação n. 0313361-11.2017.8.21.7000, cujo trâmite ocorreu perante a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (o juízo monocrático negou eficácia ao NJP que preveria a realização de uma segunda audiência para os fins do art. 334 do CPC); (18) autos do recurso de apelação n. 0041106-39.2017.8.21.7000, cujo trâmite ocorreu perante a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (o juízo monocrático inadmitiu o NJP porque o seu texto contraria o art. 85, § 14, do CPC/2015); (19) autos do recurso de apelação n. 0372799-77.2011.8.19.0001, cujo trâmite ocorreu perante a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (o juízo de primeiro grau atribuiu as verbas de sucumbência em desconformidade ao previsto em NJP); (20) autos do recurso de apelação n. 0040005-19.2018.8.16.0000, originário da 10ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná (o juízo monocrático inadmitiu a penhora como forma de garantia imobiliária); (21) autos do recurso de apelação n. 1714294-6, originário da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná (o juízo monocrático recusou a penhora como forma de garantia imobiliária); (22) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0396366-30.2019.8.13.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná; (23) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0262782-61.2019.8.13.0000, originário da 18ª Câmara Cível de Minas Gerais (o juízo monocrático negou o pedido de desistência de pedido formulado em exceção de pré-executividade e julgou o incidente, contrariando a vontade das partes); (24) autos do recurso de agravo de instrumento n. 1017368-75.2017.8.13.0000, originário da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (o juízo monocrático e o tribunal inadmitiram o NJP porque às partes não seria possível dispor sobre a desconsideração dos efeitos da revelia, para reabertura da discussão e análise de provas); (25) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0559520-98.2017.8.13.0000, originário da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (o juízo monocrático deixou de aplicar a presunção de veracidade constante do art. 400 do CPC, que havia sido expressamente pactuada pelas partes no NJP)

Dentre estes 25 julgamentos, em 15 deles, a parte recorrida não apresentou defesa, como expressão de sua falta de resistência à pretensão de afastamento do julgado que inadmitia o NJP¹¹³, ao passo que, noutros 4 julgamentos, o recorrido aderiu à pretensão do recorrente, para expressar claramente que o NJP atenderia à vontade das partes e poria fim ao conflito¹¹⁴. Em apenas 5 casos, houve efetiva controvérsia entre as partes, quanto à invalidade

¹¹³ As hipóteses foram as seguintes : (1) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2233478-88.2017.8.26.0000, originário da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; o agravado, além de não ter sido a pessoa a recorrer, sequer apresentou sua contraminuta, como se realmente não fizesse questão do julgamento a seu “favor”. A propósito, o mesmo ocorreu nos (2) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2160459-20.2015.8.26.0000, originário da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do São Paulo; (3) autos do recurso de agravo de instrumento n. 1008941-98.2016.8.26.0344, originário da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; (4) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2224651-54.2018.8.26.0000, originário da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; (5) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2045753-87.2016.8.26.0000, originário da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; (6) autos do recurso de apelação n. 1020739-41.2017.8.26.0564, cujo andamento ocorreu perante a 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; (7) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2032162-92.2015.8.26.0000, originário da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; (8) autos do recurso de apelação n. 0229285-83.2019.8.21.7000, cujo trâmite ocorreu perante a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; (9) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0085760-43.2019.8.21.7000, cujo trâmite ocorreu perante a 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; (10) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0059339-16.2019.8.21.7000, cujo trâmite ocorreu perante a 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; (11) autos do recurso de apelação n. 0372799-77.2011.8.19.0001, cujo trâmite ocorreu perante a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; (12) autos do recurso de apelação n. 0040005-19.2018.8.16.0000, originário da 10ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná; (13) autos do recurso de apelação n. 1714294-6, originário da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná; (14) autos do recurso de agravo de instrumento n. 1017368-75.2017.8.13.0000, originário da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; (15) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0559520-98.2017.8.13.0000, originário da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

¹¹⁴ Os julgados foram os seguintes: (1) nos autos n. 2118535-58.2017.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 17ª Câmara de Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o agravado apresentou contraminuta, para aderir ao pedido formulado pelo agravante, bem como destacou que a não homologação do NJP causaria prejuízos maiores às partes. (2) O mesmo aconteceu nos autos do recurso de agravo de instrumento n. 2058169-19.2018.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como nos (3) autos n. autos do recurso de apelação n. 0041106-39.2017.8.21.7000, cujo trâmite ocorreu perante a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e (4) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0262782-61.2019.8.13.0000, originário da 18ª Câmara Cível de Minas Gerais.

do NJP¹¹⁵. Em 1 julgado, o voto-relator não esclareceu, em seu relatório, qual teria sido o comportamento do *ex adverso*.¹¹⁶

O segundo aspecto está no fato de que, tal como acima visto, a regra foi admitir o NJP conforme estipulado pelas partes. A resistência ao reconhecimento da validade e da eficácia do NJP apenas implicou na postergação da solução do conflito, com prejuízo à duração razoável do processo, dada a necessidade de processamento do recurso respectivo. De fato, das 58 decisões, apenas 9 concluíram pela inadmissibilidade do NJP.¹¹⁷

Estes dois aspectos levam a outra conclusão: no caso de dúvida quanto à validade do NJP, o correto será admiti-lo, dado o interesse na priorização da solução do conflito.

Enfim, quanto à segunda pergunta de pesquisa (O NJP, tal como praticado no Brasil, atende ao desiderato de solucionar os conflitos?), a resposta é no sentido de que, aparentemente, os operadores do direito, no Brasil, ainda não observaram que o NJP, conforme a experiência britânica, serviria também como instrumento para impor o dever de *disclosure*. A inclusão do dever de *disclosure* nos negócios jurídicos em geral, por meio de cláusula veiculadora do NJP, permitiria que as partes melhor compreendessem as suas “posições” frente à parte contrária, de maneira que melhor teriam condições de ponderar sobre a conveniência na celebração de acordo ou se realmente seria necessária a judicialização do conflito.

Enfim, cumpre apenas lembrar que as conclusões aqui alcançadas apenas ilustram o atual nível de compreensão do negócio jurídico processual, de maneira que as ponderações aqui feitas poderão variar à luz de novos julgados referentes ao tema.

¹¹⁵ As exceções ao exposto estão documentadas nos (1) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2203562-72.2018.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e (2) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2205760-82.2018.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em ambas as hipóteses, o recurso foi interposto pela parte que se sentiu prejudicada com a avença. Nos (3) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2002087-65.2018.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o agravado apresentou defesa, sob o argumento que estaria em posição de manifesta vulnerabilidade, porque não assistido por advogado, na ocasião em que elaborada a avença. Nos (4) autos do recurso de apelação n. 0313361-11.2017.8.21.7000, cujo trâmite ocorreu perante a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (o juízo monocrático negou eficácia a o NJP que preveria a realização de uma segunda audiência para os fins do art. 334 do CPC). Enfim, os (5) autos do recurso de agravo de instrumento n. 0396366-30.2019.8.13.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná.

¹¹⁶ O julgado seria o seguinte: (1) autos do recurso de agravo de instrumento n. 2142738-84.2017.8.26.0000, cujo trâmite ocorreu perante a 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

¹¹⁷ Conforme segue: a) com relação aos julgamentos proferidos pelo **TJSP**, nos (1) autos n. 2233478-88.2017.8.26.0000; (2) autos n. 2203562-72.2018.8.26.0000; (3) autos n. 2205760-82.2018.8.26.0000; (4) autos n. 2058169-19.2018.8.26.0000; (5) autos n. 2146522-69.2017.8.26.0000; b) com relação aos julgamentos proferidos pelo **TJRS**, os (1) autos n. 0183946-04.2019.8.21.7000; (2) autos n. 0085760-43.2019.8.21.7000; (3) autos n. 0059339-16.2019.8.21.7000; c) com relação aos julgamentos proferidos pelo **TJMG**, os (1) autos n. 1017368-75.2017.8.13.0000.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento processual no novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2019.
- ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- ANDREWS, Neil. **The modern civil process**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral - institutos fundamentais. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. II, tomo I.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BELLINETTI, Luiz Fernando; HATOUM, Nida Saleh. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no Art. 190 do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, p. 49-71, out. 2016. DTR\2016\24001.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**: volume 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CÂMARA, Helder Moroni. **Negócios jurídicos processuais**: condições, elementos e limites. São Paulo: Almedina, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1.
- ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. 12. ed. atual. Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015, parte geral. São Paulo: Forense, 2019.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo do novo processo civil**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2017.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito processo civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 40, p. 47-74, 1998.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

APÊNDICE

	Origem	Data	Número do processo	Relator
01	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	02-09-2015	2160459- 20.2015.8.26.0000	Achile Alesina
02	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	30-11-2017	2118535- 58.2017.8.26.0000	Paulo Pastore Filho
03	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	21-08-2018	2233478- 88.2017.8.26.00000	Maria Lúcia Pizzotti
04	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	16-10-2017	1008941- 98.2016.8.26.0344	Nelson Jorge Júnior
05	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	11-12-2013	0026905- 25.2011.8.26.0562	Mendes Pereira
06	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	03-02-2015	1064246- 28.2013.8.26.0100	Alvaro Passos
07	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	26-08-2013	0000086- 31.2010.8.26.0095	José Malerbi
08	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	04-12-2018	0000266- 92.2014.8.26.0067	Luiz Antonio Costa
09	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	21-11-2018	0030579- 24.2007.8.26.0506	Maria Lúcia Pizzotti
10	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	22-05-2018	1006303- 81.2016.8.26.0477	Cláudia Grieco Tabosa Pessoa
11	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	20-02-2019	2203562- 72.2018.8.26.0000	Cesar Ciampolini
12	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	04-02-2019	2205760- 82.2018.8.26.0000	Sérgio Shimura
13	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	26-01-2019	2192892- 72.2018.8.26.0000	Mendes Pereira
14	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	05-12-2018	2224651- 54.2018.8.26.0000	Sergio Gomes
15	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	09-08-2018	2072680- 22.2018.8.26.0000/50000	Marino Neto

16	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	14-04-2018	2002087-65.2018.8.26.0000	Sergio Gomes
17	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	22-09-2016	2045753-87.2016.8.26.0000	Luis Fernando Nishi
18	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	17-09-2018	1020739-41.2017.8.26.0564	Ricardo Pessoa de Mello Belli
19	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	01-11-2017	2142738-84.2017.8.26.0000	Francisco Giaquinto
20	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	07-04-2015	2032162-92.2015.8.26.0000	César Peixoto
21	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	13-04-2018	2058169-19.2018.8.26.0000	Hélio Nogueira
22	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	16-08-2017	2146522-69.2017.8.26.0000	Alexandre Lazzarini
23	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	24-02-2016	9000053-78.2010.8.26.0161	Enio Zuliani
24	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	19-11-2019	0183946-04.2019.8.21.7000	Marlene Marlei de Souza
25	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	30-10-2019	0229285-83.2019.8.21.7000	Leoberto Narciso Brancher
26	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	25-07-2019	0144320-75.2019.8.21.7000	Judith dos Santos Mottecy
27	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	27-06-2019	0085760-43.2019.8.21.7000	Pedro Celso Dal Prá
28	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	13-03-2019	0059339-16.2019.8.21.7000	Pedro Celso Dal Prá
29	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	26-10-2017	0313361-11.2017.8.21.7000	Paulo Sergio Scarparo
30	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	29-03-2017	0041106-39.2017.8.21.7000	Ricardo Torres Hermann
31	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	07/08/2019	0436118-48.2013.8.19.0001	Ines da Trindade Chaves de Melo

32	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	11-11-2019	0025539-02.2019.8.19.0000	Alexandre Freitas Camara
33	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	20-06-2018	0372799-77.2011.8.19.0001	Maria Isabel Paes Goncalves
34	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	19-09-2017	0013617-32.2017.8.19.0000	Andre Emilio Ribeiro von Melentovytch
35	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	19-09-2017	0015812-87.2017.8.19.0000	Andre Emilio Ribeiro von Melentovytch
36	Tribunal de Justiça do Paraná	27-11-2019	0060052-77.2019.8.16.0000	Shiroshi Yendo
37	Tribunal de Justiça do Paraná	11-11-2019	0057663-22.2019.8.16.0000	Lauro Laertes de Oliveira
38	Tribunal de Justiça do Paraná	08-11-2019	0056966-98.2019.8.16.0000	Lauro Laertes de Oliveira
39	Tribunal de Justiça do Paraná	26-09-2019	0043724-72.2019.8.16.0000	Marques Cury
40	Tribunal de Justiça do Paraná	25-09-2019	0043315-96.2019.8.16.0000	Marques Cury
41	Tribunal de Justiça do Paraná	23-09-2019	0047564-90.2019.8.16.0000	Lauro Laertes de Oliveira
42	Tribunal de Justiça do Paraná	18-09-2019	0046642-49.2019.8.16.0000	Lauro Laertes de Oliveira
43	Tribunal de Justiça do Paraná	05-09-2019	0000835-66.2017.8.16.0035	Albino Jacomel Guérios
44	Tribunal de Justiça do Paraná	13-02-2019	0040005-19.2018.8.16.0000	Fernando Ferreira de Moraes
45	Tribunal de Justiça do Paraná	03-10-2018	1714294-6 2	Luiz Fernando Tomasi Keppen
46	Tribunal de Justiça do Paraná	05-09-2018	0001331-05.2017.8.16.0162/1	Hamilton Mussi Corrêa
47	Tribunal de Justiça do Paraná	17-08-2017	1642056-5	Domingos Ribeiro da Fonseca

48	Tribunal de Justiça Minas Gerais	26-11-2019	0396366- 30.2019.8.13.0000	Sérgio André da Fonseca Xavier
49	Tribunal de Justiça Minas Gerais	28-06-2017	0024475- 39.2015.8.13.0460	Otávio Portes
50	Tribunal de Justiça Minas Gerais	29-10-2019	5155355- 13.2017.8.13.0024	João Cancio
51	Tribunal de Justiça Minas Gerais	18-06-2019	0081661- 20.2013.8.13.0515	Manoel dos Reis Moraes
52	Tribunal de Justiça Minas Gerais	29-05-2019	5009269- 76.2017.8.13.0702	Mônica Libânio
53	Tribunal de Justiça Minas Gerais	22-06-2017	0340110- 05.2013.8.13.0024	Evangelina Castilho Duarte
54	Tribunal de Justiça Minas Gerais	30-07-2019	0262782- 61.2019.8.13.000	João Cancio
55	Tribunal de Justiça Minas Gerais	27-11-2018	505327- 72.2017.8.13.0024	João Cancio
56	Tribunal de Justiça Minas Gerais	04-04-2018	1017368- 75.2017.8.13.0000	José Flávio de Almeida
57	Tribunal de Justiça Minas Gerais	24-01-2018	0559520- 98.2017.8.13.0000	Saldanha da Fonseca
58	Tribunal de Justiça Minas Gerais	25-01-2018	0401642- 47.2016.8.13.0000	Kildare Carvalho