

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

Arthur Fochesatto Panisson

OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Porto Alegre  
2016

Arthur Fochesatto Panisson

## OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Me. Rafael Abreu.

Porto Alegre  
2016

## RESUMO

O trabalho inicia posicionando a perspectiva da tutela dos direitos em vista da Constituição Federal de 1988, segundo a qual existe uma necessidade do procedimento se prestar a efetivar a tutela do direito material. Em seguida, aborda a existência de cláusulas gerais como técnica legislativa para propiciar a adequação do procedimento. Também, avalia o contexto do Código de Processo Civil de 1973, até a chegada do Novo Código de Processo Civil, no que atesta o surgimento de uma cláusula geral de atipicidade de negócios processuais. Assim, posiciona a eficácia dos negócios jurídicos processuais, no qual entende não haver a necessidade de homologação judicial, havendo apenas um controle do juiz quanto a validade do negócio jurídico processual. A segunda parte do trabalho traz algumas espécies de negócios processuais. Desta forma arrola, dentre outros, alguns negócios que visam alocar os custos da litigância. Também, retrata um negócio sobre a escolha consensual do perito pelas partes. Em seguida, debate a negociação processual como uma alternativa à utilização da arbitragem, no que também retrata a possibilidade das partes poderem pactuar a legislação aplicável no procedimento estatal adaptado. Finaliza ventilando a hipótese de que pode ocorrer uma redução da utilização da arbitragem. Em seguida, posiciona a possibilidade de pactuação de negócios processuais sobre tecnologia. Por fim, ventila a possibilidade de negócios processuais sobre a fase recursal, ao que constata a permissão do ordenamento para a pactuação da abstenção ao duplo grau de jurisdição. Conclui afirmando que a possibilidade de as partes pactuarem sobre o procedimento poderá acarretar em grandes mudanças na prática jurisdicional.

**Palavras-chave:** Negócios Processuais. Convenções Processuais. Autonomia da Vontade. Adaptabilidade do Procedimento.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	4
<b>2 A TUTELA JURISDICIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998</b> .....	6
<b>3 AS CLÁUSULAS GERAIS COMO TÉCNICA LEGISLATIVA PARA PROPICIAR A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO</b> .....	7
<b>4 A SUPERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 PELO CÓDIGO DE 2015 - SOB O ENFOQUE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS</b> .....	9
<b>5 EFICÁCIA E LIMITES DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS</b> .....	11
<b>6 NEGÓCIOS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE</b> .....	14
6.1 Negócios Processuais que aloquem os custos da litigância .....	14
6.1.1 Alocação de todos os custos para o vencido .....	14
6.1.2 Alocação do ônus sucumbencial em relação à proposta de autocomposição .....	15
6.2 Negócio processual sobre a escolha consensual do perito .....	16
6.3 A negociação processual como alternativa à arbitragem .....	17
6.4 Negócios Processuais e a Tecnologia .....	21
6.5 Negócios Processuais sobre a Fase Recursal .....	22
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	25
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	27

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise da disciplina dos negócios processuais, tendo como enfoque o Código de Processo Civil de 2015. Nessa linha, inicialmente, se buscará posicionar a concepção de tutela dos Direitos disposta na Constituição de 88, remetendo à necessidade de adaptação do procedimento, para, a partir disto, delinear a cláusula geral de atipicidade presente no novo diploma processualista.

Por conseguinte, se fará necessário balizar o momento da eficácia dos negócios processuais, bem como alguns limites impostos pelo ordenamento.

A segunda parte da pesquisa buscará alicerçar algumas espécies de negócios processuais que poderão ser utilizadas pelos operadores do Direito. A importância é clara, na medida em que, como se trata de inexplorada temática no Direito pátrio, será necessário um amplo exercício do espaço de criação dos operadores do Direito, os quais deverão pensar em possibilidades negociais processuais que beneficiem às partes em juízo.

Nesta linha, o trabalho por vezes utilizará exemplos importados da literatura jurídica de nações estrangeiras, as quais detêm maior experiência na utilização dos negócios processuais. Contudo, sempre se atentando em balizar as espécies importadas com as limitações impostas pelo Direito Pátrio.

A pesquisa, conforme se demonstra pela segunda parte, deterá um enfoque lastreado nas conseqüências práticas que cada negócio processual poderá trazer à realidade fática nacional. Neste contexto, se buscará, inclusive, relatar algumas conseqüências econômicas que poderão resultar da utilização de alguns negócios processuais, sobretudo no que tangem negócios insculpidos em vista de relações comerciais, onde há um maior espaço para o exercício da autonomia da vontade.

Neste cerne, se dará uma especial atenção aos negócios que visam alocar os custos da litigância. E, seguindo na linha prática, se posicionará o procedimento adaptado como uma alternativa à arbitragem.

Além disso, se esmiuçará o negócio processual sobre a escolha consensual do perito.

Por último, se buscará enfrentar a possibilidade da criação de negócios processuais sobre a fase recursal.

## 2 A TUTELA JURISDICIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998

A Constituição Federal de 1988 instituiu como meta principal a tutela dos direitos, através da proteção aos direitos fundamentais, ou seja, direitos tuteláveis pelo Estado contra ele ou contra a intervenção de terceiros.

A tutela dos direitos, no que concerne ao processo civil, tem como mote a tutela jurisdicional adequada e efetiva, através da regência de regras processuais, de eficácia e efeitos materiais, visando a outorga do direito material ao seu titular.

Esta concepção deriva diretamente da transposição do conceito de tutela jurisdicional, precisamente com relação ao direito de ação, pela modificação do conceito do direito de ação, antes tido estático, cujo fito era o direito ao processo e seu julgamento do mérito, e, recentemente, concebido na perspectiva dinâmica, de modo que para que o processo seja justo, o procedimento deve contar com um mínimo de direitos fundamentais que o resguardem.

Nesta concepção, o processo antes visto como fenômeno técnico científico, avesso aos valores e ao direito material, passa a ser o cerne da teoria do direito processual civil contemporâneo, sendo um meio de potencialização da participação das partes, através do diálogo judiciário como um democrático entre direitos fundamentais.

Para isto a tutela jurisdicional deve ser adequada tanto no plano subjetivo, quanto no plano objetivo cabendo ao legislador infraconstitucional e ao órgão jurisdicional levar a cabo a adequação do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.<sup>1</sup>

No que toca ao procedimento, esse deve ser visto não apenas como rito - simples sequência de atos que se realizam no exercício da jurisdição - mas como um caminho que regula a atividade das partes e do órgão judicial, que privilegia o contraditório, a dialética, a boa-fé e a lealdade, para a obtenção da justiça no caso concreto.<sup>2</sup>

Logo, para efetivar-se a tutela do direito material o procedimento deve ser adequado às necessidades de cada caso para que sua efetividade seja plena e seu

---

<sup>1</sup>MARINONI; MITIDIERO, Luiz Guilherme, Daniel. *O Projeto do CPC – Críticas e Propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 23.

<sup>2</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental – Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 36.

caminho mais célere, de modo que os atos desnecessários possam ser descartados<sup>3</sup>.

### 3 AS CLÁUSULAS GERAIS COMO TÉCNICA LEGISLATIVA PARA PROPICIAR A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Para que se crie um espaço de adaptação processual, é necessária a presença de cláusulas gerais no ordenamento jurídico.

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa, seu enunciado é composto por uma linguagem tessitura propositalmente aberta, fluída ou vaga, que caracteriza seu amplo campo semântico<sup>4</sup>. São tipos de normas que utilizam conceitos jurídicos indeterminados, cujo enunciado é “[...] desenhado por uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estranhas ao corpus codificado [...]”<sup>5</sup>. Sendo que, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, resulta a constante formulação de novas normas<sup>6</sup>. Nesse contexto, a lição de Martins-Costa:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão destas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.<sup>7</sup>

Assim, cumpre ressaltar-se, inicialmente, a função das cláusulas gerais de permitir a mobilidade externa do sistema, tendo em conta ser uma norma de diretiva, “[...] assim concebida aquelas que não exaurem na indicação de um fim a perseguir,

---

<sup>3</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental – Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 79.

<sup>4</sup>MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, RS, n. 15, 1998, p. 129-154.

<sup>5</sup>MARTINS-COSTA, op. cit., p. 129 et seq.

<sup>6</sup>Ibid., p. 129 et seq.

<sup>7</sup>Ibid., p. 129 et seq.



indicando certa medida de comportamento que o juiz deve concretizar de forma generalizante, isto é, com a função de uma tipologia social.[...]"<sup>8</sup>.

As cláusulas gerais detêm uma função de integração intrassistemática entre as disposições contidas em várias partes do Código, sendo sua mobilidade interna<sup>9</sup>, bem como uma função de integração inter-sistemática que viabiliza a migração entre as disposições contidas no Código, na Constituição e nas leis especiais. De modo que, em razão da variabilidade do seu significado, estas possibilitam a permanente dialética entre os princípios e conceitos entre essas estruturas normativas, "[...] evitando a tão danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quando a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia.[...]"<sup>10</sup>.

Na espécie, a concretização das cláusulas gerais inserta nos Códigos com base na jurisprudência constitucional relativa aos "[...] direitos fundamentais, evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa."<sup>11</sup>.

As cláusulas gerais possibilitam "[...] facilitar esta migração, viabilizando a inflexão ponderada, no ordenamento privado, dos princípios da Constituição, sabendo-se hoje que as esferas do Direito público e do Direito privado não estão seccionadas por intransponível muro divisório [...]"<sup>12</sup>.

Diante disso, a presença de cláusulas gerais no ordenamento processual reforça o poder criativo da atividade do juiz e das partes.

As cláusulas gerais, pois, servem para a realização da justiça no caso concreto, de modo que no processo civil flexibilizam o ordenamento, abrindo ao julgador e às partes a possibilidade de conformarem o procedimento para atender às especiais circunstâncias do caso em tela.

---

<sup>8</sup>MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, RS, n. 15, 1998, p. 129-154.

<sup>9</sup>Ibid., p. 129 et seq.

<sup>10</sup>Ibid., p. 129 et seq.

<sup>11</sup>Ibid., p. 129 et seq.

<sup>12</sup>Ibid., p. 129 et seq.

#### 4 A SUPERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 PELO CÓDIGO DE 2015, ALICERÇANDO OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Frente ao referido contexto, restava claro que Código de Processo Civil de 1973, embora tenha passado por expressivas reformas, não tinha o condão prestar a tutela jurisdicional adequada e satisfatória aos anseios da nova realidade esculpida pela Constituição Federal de 1988.

A estrutura do Código de Processo Civil de 1973, tinha como padrão o procedimento comum ordinário, de acepção liberal, estruturado na ótica da garantia aos direitos fundamentais de primeira geração, principalmente, na tutela do princípio da igualdade formal e da segurança jurídica, como garantias do indivíduo frente ao Estado<sup>13</sup>, ficando restrita as partes e o órgão jurisdicional, não tendo poderes para gestionar a estrutura do processo.

Destarte, nessa concepção, o procedimento ordinário não possuía aptidão para prestar a tutela dos direitos, uma vez que sua rigidez não se adequava aos direitos de participação na organização e no procedimento, cuja nota fundamental é a cooperação das partes no ajuste do procedimento ao caso concreto, viabilizando-se, assim, a prestação da tutela jurisdicional de forma justa, tempestiva e adequada.

Nessa linha, a autonomia das partes para convencionarem sobre suas situações processuais encontrava grandes limitações. Não se tinha, no Brasil, uma possibilidade ampla de autorregramento do procedimento, como se pode verificar em outros sistemas jurídicos.<sup>14</sup>

O antigo diploma estabelecia apenas algumas convenções processuais típicas, deixando pouco espaço para o exercício e criação das partes. Assim, era apenas possível aos litigantes optarem por determinados procedimentos quando a

---

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 46

<sup>14</sup> Bruno Redondo assinala que: “o estudo e a previsão legal de mecanismos de adaptação do procedimento afiguram-se uma tendência mundial. Países como a Inglaterra – provavelmente, o caso mais estudado – França, Portugal e Noruega contêm em suas legislações processuais meios de adequação do rito ao caso concreto, com vistas a mais eficaz prestação jurisdicional, seja por meio de decisão dos juízes ou decorrente de convenção das partes. Entre as medidas adotadas estão a escolha do rito, a fixação de calendário, a possibilidade de julgamentos sumários e a suspensão do processo para a utilização de métodos autocompositivos de solução de conflitos, especialmente a mediação”. REDONDO, Bruno Garcia. *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado sob orientação da Profa. Dra. Tereza A. A. Wambier. São Paulo: PUC-SP, Programa de Mestrado em Direito, 2013, pág. 13.

ordem jurídica assim os permitia, não se admitindo expressamente uma livre disciplina sobre como a causa devia ser processada<sup>15</sup>.

Do mesmo modo, a doutrina brasileira pouco tratava sobre convenções atípicas em matéria processual, sendo importante destacar o estudo de autoria de Barbosa Moreira, publicado em 1984<sup>16</sup>.

Mesmo após a promulgação da lei de arbitragem e, posteriormente, com o alvoroço em torno dos meios alternativos de solução de controvérsias, verificou-se uma grande omissão dos doutrinadores<sup>17</sup>.

A virada na concepção das tutelas dos direitos, concebendo o direito de ação em perspectiva dinâmica, cuja aptidão é a realização do direito material de acordo com o caso concreto, fez impulsionar, por consequência, a admissibilidade dos negócios processuais.

Nesse contexto, Antonio do passo Cabral acena que, a partir de meados da década passada, começa-se a visualizar uma clara tendência, na literatura brasileira, a favor da admissibilidade dos negócios processuais. Assim, destaca o crescimento do número de teses de doutorado e dissertações de mestrado defendidas sobre o tema, consubstanciando em uma evolução teórica que culminou em bases científicas inseridas na tramitação legislativa do Novo Código de Processo civil.<sup>18</sup>

Por consequência, a mudança de paradigma que o hodierno Código de Processo Civil vem propor é de consagrar verdadeira cláusula geral de atipicidade de negócios processuais<sup>19</sup>. Esta novidade, inscrita no artigo 190, infere que nas causas que admitirem autocomposição, podem as partes, desde que sejam capazes, estabelecer convenções sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

---

<sup>15</sup>NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo cpc (PL. 8.046/2010). In: *Novas Tendências do Processo Civil (Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil)*. Salvador: Ed. Juspodvim, 2013. Pág. 15.

<sup>16</sup> O processualista admitiu a existência de convenções processuais típicas, bem como situou o debate que permeava a Doutrina Alemã da época, acerca da possibilidade das partes celebrarem convenções processuais fora dos casos previstos em lei. “Convenções das partes sobre matéria processual”. *Temas de direito processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.87-92.

<sup>17</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016, p.127.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>19</sup> REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: Necessidade de rompimento radical com o sistema do cpc 1973 para a adequada compreensão da inovação do cpc 2015*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**, Salvador: Ed. jusPodivm, 2015. V. 1 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.)

Não haveria como o legislador prever e disciplinar as situações em que as convenções seriam convenientes, portanto acerta quando opta por um dispositivo que reflete um amplo exercício de liberdade e autonomia individual das partes. Afinal de contas, ele não pré-determina as adequações que podem ser efetuadas no procedimento, assim como também não define a identificação do objeto de convenções das partes em matéria processual (quais direitos, ônus, faculdades e deveres poderiam ser negociados). O que se nota, é uma ampliação extraordinária dos poderes de disposição das partes sobre os atos do processo.<sup>20</sup>

A disposição de cláusula geral atribui maleabilidade ao sistema, deixando margens de interpretação e construção para a jurisprudência e doutrina que, passo a passo, poderão construir uma tradição brasileira no tema.<sup>21</sup>

## 5 EFICÁCIA E LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A presença de uma cláusula geral que confere uma ampla liberdade de manifestação tem como consequência que os negócios processuais gerem efeitos imediatos, sendo desnecessária, portanto, a homologação judicial. Nesse entendimento, Antônio Passo Cabral enumera três razões principais pelas quais a homologação judicial não se demonstra como um pressuposto para a eficácia dos negócios processuais, ao que ensina:

“Primeiro, porque as convenções processuais decorrem diretamente da autonomia das partes no processo, normativamente justificada no permissivo geral de autorregramento da vontade, exercido nos limites extraídos da combinação dos princípios dispositivo e do debate. Acordos processuais são, como vimos no Cap. 1, atos determinantes. As partes podem produzir os efeitos pretendidos pelo negócio jurídico independentemente de intermediação de outro sujeito, decidindo no espaço que a autonomia lhes permite, e com isso o poder judicial de definir os contornos do procedimento cede pela interposição da atividade legítima das partes. A segunda razão é que pode haver acordos pré-processuais, celebrados antes do processo e comumente antes do próprio conflito. Submeter toda e qualquer convenção processual (inclusive as prévias) a controle judiciário seria certamente inconcebível. Ao revés, sua eficácia independe de qualquer atuação judicial, como dispõe o art. 158 do CPC73, reproduzido literalmente no art. 200 do Código de Processo Civil de 2015, no sentido de que os atos negociais das partes são eficazes desde o momento de sua prática. A regra geral, portanto, é de que os acordos processuais não dependem de homologação judicial, salvo se houver norma específica. Por fim, compreender a homologação prévia como necessária

---

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo Civil. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pag. 527.

<sup>21</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. p.149

significa negar a autonomia na qual a negociação se baseia, justificando uma estruturação teleocrática das relações entre Estado e indivíduo. Além de ser uma perspectiva limitadora das potencialidades da pessoa humana, esta concepção reforça as relações de dependência dos cidadãos em relação ao Estado, justamente o que o autorregramento da vontade quer evitar (Cap. 3).<sup>22</sup>

Tal concepção retrata a busca por uma ambiente processual em que o direito fundamental a autonomia das partes possa ser exercido sem restrições irrazoáveis e injustificadas<sup>23</sup>.

Desta forma, a homologação pelo juiz detém natureza excepcional, sendo exigida somente nos casos em que exista regra específica, como a exemplo, na desistência da ação.<sup>24</sup> É, também, conforme se revelam os Enunciados 133<sup>25</sup> e 261<sup>26</sup>, do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Em verdade, o juiz somente pode negar a aplicação do negócio processual no caso de verificar presente alguma invalidade (nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou quando verificar que uma das partes está em manifesta situação de vulnerabilidade). Portanto, o juiz não tem o poder de examinar a conveniência da celebração do acordo processual, limitando-se, como já dito, a um exame de validade.<sup>27</sup>

De maneira um pouco diversa é o entendimento de MARINONI, MITIDIERO E ARENHART, segundo o qual se demonstraria necessário um maior controle judicial nos negócios processuais. Nessa linha, criticam a ampliação da possibilidade de negociações processuais com o que chamam de uma tendência de contratualização e privatização do processo civil.<sup>28</sup>

Outrossim, caberá ao magistrado velar pelos interesses públicos, evitando que as pactuações avancem em um campo inadmissível à autonomia das partes.

---

<sup>22</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. Pag 231-232.

<sup>23</sup> DIDIER JR. Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da vontade no Processo Civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**, Salvador: Ed. JusPodvim, 2015. V. 1 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.) p. 22

<sup>24</sup>“Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.”

<sup>25</sup> Enunciado 133 (art. 190; art. 200, parágrafo único): “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.”

<sup>26</sup> Enunciado 261 (art. 190; art. 200) “o art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190.”

<sup>27</sup> CABRAL, Op. cit., p. 228

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 529-533

Deve-se estar ciente que as convenções das partes devem repousar no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador, não podendo atingir situações abrangidas por normas cogentes. A licitude do objeto negocial passa pela observação dos direitos fundamentais processuais. Não parece possível admitir-se que um negócio disponha sobre a dispensa de fundamentação das decisões, ou que imponha sigilo ou segredo de justiça, afastando a exigência de publicidade nos processos judiciais<sup>29</sup>.

Ainda neste entendimento, há de se balizar uma proteção ao núcleo essencial dos direitos processuais envolvidos na negociação processual, balanceando esta proteção com o exercício de autonomia da vontade das partes<sup>30</sup>. Assim, a título exemplificativo, podem-se reputar como inválidos os seguintes negócios processuais: acordos que estabeleçam obstáculo intransponível ao acesso à justiça; pactuação que prorrogue excessivamente os prazos processuais, ferindo, portanto, a duração razoável do processo; cláusula de eleição de foro que obrigue o hipossuficiente a viajar longas distâncias; acordo probatório que modifique a regra legal ao ponto de gerar prova impossível de ser produzida uma das partes<sup>31</sup>; negócio jurídico que afaste os deveres inerentes à boa-fé e cooperação.<sup>32</sup>

Nesse sentido:

“no equilíbrio entre público e privado, sob o manto do princípio *in dubio pro libertate*, as negociações são amplamente permitidas, e em vista disto o controle do juiz restringe-se a verificar, em momento posterior, se as partes extrapolaram o espaço que o ordenamento jurídico lhes atribui a atuar. Trata-se de um meio termo entre a autonomia das partes e o interesse público, assegurando, como regra, a liberdade de conformação do procedimento por meio da negociação dos litigantes, sem deixar de lado o controle do juiz.”<sup>33</sup>

Enfim, para que se faça um exame da invalidade de uma negociação processual deve-se, primeiramente, balancear o respeito a autonomia da vontade das partes em vista da proteção ao núcleo essencial dos direitos processuais fundamentais.

---

<sup>29</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**, Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. V. 1 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.) p. 59

<sup>30</sup> Ibid. p. 331

<sup>31</sup> Ibid. p. 339

<sup>32</sup> Enunciado 6 do Fórum Permanente de Processualistas (arts. 5º, 6º e 190) “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.” (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)

<sup>33</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. p. 228

## **6 NEGÓCIOS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE**

A seguir, delinear-se-ão algumas espécies de negócios processuais, sobretudo aquelas que melhor se encaixariam em relações estritamente comerciais, onde há amplo espaço para exercício da autonomia da vontade, em vista do maior equilíbrio entre as partes.

### **6.1 Negócios processuais que aloquem os custos da litigância**

Diante da existência de um conflito, em maioria das vezes, as partes realizarão um cálculo econômico para decidirem se ingressarão com alguma demanda judicial. A análise está ligada às expectativas de ganho, frente aos custos que o processo pode gerar.<sup>34</sup> Assim, se faz necessário relacionar algumas possibilidades de negócios processuais que visem modificar os custos advindos da litigância.

#### **6.1.1 Alocação de todos os custos para o vencido**

Um interessante negócio processual, a ser importado do direito estadunidense<sup>35</sup>, versa sobre a alocação de todo custo arcado pela parte vencedora do processo. Assim, pode-se definir que a parte vencida, além de arcar com o já previsto ônus sucumbencial (custas processuais e honorários advocatícios), terá de restituir todos os gastos que a parte contrária obteve com o litígio. Dentre estas despesas, pode-se elencar: gastos razoáveis (nos parâmetros do mercado) despendidos com honorários advocatícios, o tempo gasto em audiências ou perícias, e a perda de oportunidades que a demanda possa ter gerado.

De fato, este negócio processual viria a amplificar e facilitar a aplicação de um entendimento já observado pela jurisprudência pátria. Nessa linha, relata-se julgado do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual a parte que deu causa ao processo resta condenada a restituir os valores

---

<sup>34</sup> MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise Econômica do Processo. In TIMM, Luciano (Org). Direito e Economia no Brasil. 2ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 392

<sup>35</sup> KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. "Contractualizing Procedure". Texas Law Review. Vol. 91:1475. 2013. Pag. 8.

despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, conforme ementa a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VALORES DESPENDIDOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. 1. Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. 2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1134725/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 24/06/2011).

Uma das conseqüências deste negócio processual seria, inicialmente, criar incentivos positivos para o cumprimento dos contratos. Isto porque a parte que violasse algum pacto contratual e, por conseqüência, tivesse contra si ajuizada uma demanda, poderia sofrer uma condenação que, além de obrigá-la a cumprir o contrato e arcar com o ônus sucumbencial, a faria ter de restituir todos os custos de litigância da parte que sofreu o descumprimento.

Outro efeito que poderia resultar desta convenção processual, seria a possível geração de um incentivo negativo ao ajuizamento de demandas fadadas ao insucesso ou mesmo com poucas chances de êxito. Uma vez que a parte, realizando um cálculo muito simples, chegaria à conclusão de que não valeria à pena assumir o risco econômico da improcedência da demanda em vista da baixa possibilidade de êxito.

### **6.1.2 Alocação do ônus sucumbencial em relação a proposta de auto-composição**

Os meios de autocomposição são bastante incentivados no novo CPC. O diploma, sobretudo nos princípios que guiam a sua ideologia, demonstra um claro compromisso de promover a solução consensual dos litígios. Esta concepção resta consubstanciada no seu artigo 3<sup>36</sup> e, mais objetivamente, na norma que prevê a citação do demandado no procedimento comum para comparecer a audiência de mediação (art. 334), bem como na importância outorgada à categoria de mediadores

---

36. Artigo 3. § 2 “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”



e conciliadores (arts. 165 a 175)<sup>37</sup>. Por essas razões, importante destacar negócio processual que se alinha a ideologia de incentivo à autocomposição presente no novo diploma.

Assim, pode-se pactuar que, sobre a parte obtentora de um julgamento de mérito menos vantajoso que a proposta de autocomposição formulada pela parte adversa, recairá o ônus sucumbencial da demanda. Esta medida poderá influir, inclusive, no comportamento dos advogados, vez que terão mais incentivos a proporem bons acordos. Nessa linha, quanto melhores forem os acordos propostos pelos causídicos, maiores serão as chances de receberem honorários sucumbenciais das partes que não aceitarem os acordos e, ao final, obterem julgamentos menos vantajosos.

Esta possibilidade negocial restou consignada como Enunciado no VI Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o que é um indicativo de que poderá ser amplamente utilizada no sistema pátrio.

## 6.2 Negócio processual sobre a escolha consensual do perito

Previsão importantíssima do Novo Código de Processo Civil, disposta no artigo 471<sup>38</sup>, é a possibilidade das partes, em comum acordo, escolherem o perito que atuará na lide. Essa espécie de convenção demonstra-se muito proveitosa, especialmente em demandas que envolvam questões técnicas-científicas complexas, nos quais as partes conhecem melhor do que o juiz os profissionais capacitados à realização da perícia.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. O Novo Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 180

<sup>38</sup>“Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

I - sejam plenamente capazes;

II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

§ 1o As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados. § 2o O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz.

§ 3o A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.”

<sup>39</sup>ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo cpc. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**, Salvador: Ed. jusPodivm, 2015. V. 1 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.). p. 266.

Nesse contexto, destaca-se o exemplo fornecido por Kapeliuk e Klement no qual retratam o caso em que duas partes pactuam um contrato de prestação de serviços de alta tecnologia. Assim, uma das partes tem de prestar o serviço nos exatos termos contratuais, observando a qualidade e a efetividade do serviço prestado, enquanto, em contrapartida, a outra deverá pagar o valor relativo a qualidade e quantidade dos serviços recebidos. Como as partes sabem que o Poder Judiciário não estaria apto a verificar adequadamente a performance do serviço prestado, poderia ocorrer uma perda de incentivo ao devido cumprimento do contrato. Por outro lado, se as partes nomeassem um perito que entendesse a complexidade da prestação do serviço, para atuar na hipótese da ocorrência de um litígio judicial, isto poderia acarretar em um grande estímulo ao cumprimento contratual, pois as partes estariam cientes de que em juízo a prestação da obrigação estaria sendo avaliada por quem detêm o conhecimento para avaliar o devido cumprimento do contrato.<sup>40</sup>

Portanto, o presente negócio processual, além de criar um incentivo positivo ao cumprimento contratual, evita o comportamento oportunista das partes e, de forma substancial, resulta em uma maior conformação a um processo justo, vez que confere prova mais robusta e verossímil para a apreciação do juízo.

### **6.3 A negociação processual como alternativa à arbitragem**

Se a negociação processual traz vantagens no sentido de adaptar o procedimento estatal à autonomia da vontade das partes, então por qual motivo não pactuar, desde logo, a arbitragem como meio de resolução do conflito. Esta é uma pergunta relevante, de modo que se fazem necessários elencar algumas possíveis vantagens e desvantagens do procedimento estatal adaptado frente à escolha pela via arbitral.

A arbitragem, sob uma perspectiva econômica, em regra, gera um desembolso financeiro muito maior para as partes. A via arbitral é integralmente custeada pelos próprios litigantes, ao contrário da jurisdição estatal que, apesar de exigir o pagamento de custas pelas partes, ainda assim é subsidiada pelos impostos de toda a população. Além disto, importa o fato de que no Brasil o custo de

---

<sup>40</sup> KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. "Contractualizing Procedure". Texas Law Review. Vol. 91:1475. 2013. p.15

contratação de advogados com *expertise* em arbitragem é, na maior parte das vezes, maior do que daqueles atuantes na jurisdição estatal<sup>41</sup>. Enfim, de forma geral, a arbitragem não é adequada a todos os casos, pois custa muito caro.

Além disto, há uma importante distinção entre os incentivos dos juízes estatais e dos árbitros privados. Enquanto os juízes recebem salários fixos, os árbitros recebem quando são contratados para atuar em um processo arbitral. Desta forma, ao contrário dos magistrados estatais, os árbitros estão expostos à concorrência do mercado. Isso implica, possivelmente, que o árbitro acabe se preocupando em proferir uma decisão que faça as partes o recontratarem em futuros litígios, ao contrário de um juiz estatal que tem maior liberdade para julgar com o que entende como verdadeiramente justo, amparando-se apenas pelo ordenamento jurídico e não por incentivos pessoais<sup>42</sup>. Nessa linha, a depender das partes e do tipo de causa em jogo, pode-se entender como vantajosa a opção por um juízo estatal.

Assim, o procedimento estatal adaptado pela vontade das partes emerge como um ótimo mecanismo alternativo à arbitragem, uma verdadeira terceira via de acesso à justiça, o qual incorpora a flexibilização formal e adaptações ao procedimento dentro da própria justiça estatal.<sup>43</sup>

Neste entendimento, Leonardo Greco assevera que:

“Se, respeitados certos princípios inderrogáveis, na arbitragem as partes podem ditar o procedimento a ser seguido pelos árbitros, porque não permitir que, perante os juízes profissionais, as partes possam dispor sobre o modo que consideram mais adequado de direção do seu processo, os prazos a serem observados, a escolha de comum acordo do perito a atuar na instrução da causa e tantas outras questões em que a lei atualmente é imperativa, ou em que a margem de flexibilidade está entregue ao poder discricionário do juiz? Tudo isso, sem abrir mão da justiça estatal, ao contrário, prestigiando-a e fortalecendo-a, dela usufruindo o que ela tem de melhor, que é a sua experiência na composição dos conflitos e a sua estruturação hierárquica, que garante sempre ao vencido uma segunda oportunidade de julgamento por magistrados mais experientes. São os contratos de *procédure*, adotados na França, e a ampliação dos espaços de contratualização do processo judicial, que, sujeitos à supervisão do juiz para evitar abusos, podem constituir uma opção valiosa para recuperar a credibilidade nos juízes e agasalhar postulações sem que essa autonomia teriam de dirigir-se a uma arbitragem por interlocutores inexperientes, sem o

---

<sup>41</sup> MAZZEI, Rodrigo. CHAGAS, Barbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**, Salvador: Ed. jusPodivm, 2015. V. 1 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.). p. 537

<sup>42</sup> KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. “Contractualizing Procedure”. *Texas Law Review*. Vol. 91:1475. 2013. p. 30

<sup>43</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. p. 208

duplo grau de jurisdição, ou serem resolvidas pela força ou por acordos iníquos, impostos pelo litigante mais forte”.<sup>44</sup>

Portanto, a utilização das negociações processuais pode ser vista como uma tentativa de reunir os benefícios da arbitragem e da jurisdição estatal, buscando-se um processo melhor adaptado às necessidades das partes.

Neste contexto, questão bastante interessante a ser absorvida da arbitragem<sup>45</sup> para o procedimento estatal adaptado, seria a possibilidade de julgamento com base em legislação previamente escolhida pelas partes.

Tal disposição não é nova nos ordenamentos espalhados pelo mundo, sendo, por exemplo, comumente utilizada em contratos envolvendo grandes companhias nos Estados Unidos.<sup>46</sup> Em direção ao Continente Europeu, cumpre relatar-se a experiência Francesa, donde a legislação condiciona a validade deste tipo de negócio processual ao momento em que é pactuado. Assim, é previsto que a escolha da legislação pelas partes somente tem validade se pactuada depois de iniciado o litígio, impossibilitando, portanto, uma prévia estipulação nos contratos. Esta restrição não parece o melhor caminho, conforme expõe Loic Cadiet:

A estas condiciones comunes se le añade para el acuerdo de amigable composición, la exigencia suplementaria de que el litigio haya sido nacido. Esta condición no supone que el juez haya sido designado, pero prohíbe, en cambio, que se estipulen anticipadamente las cláusulas del acuerdo de amigable composición. Lo que hace es desmarcar al acuerdo de amigable composición, no solo del acuerdo de Derecho aplicable, sino también de la amigable composición arbitral dónde si se pueden estipular las cláusulas compromisorias. La discriminación no está justificada: la amigable composición judicial no permite que el litigio se aleje de su juez natural; tampoco priva a las partes de la posibilidad de apelar la sentencia dictada en equidad. Tiende a extenderse, justificadamente, la opinión de que la obligación de haber incoado el proceso litigioso hipoteca inoportunamente el desarrollo de un proceso de la amigable composición judicial. Abandonar esta condición favorecería es establecimiento de cláusulas de amigable composición judicial entre las partes, ya que éstas son más propicias a un acuerdo sobre la forma de solucionar los conflictos en el momento de la firma del contrato que cuando el litigio aparece realmente. Este cambio

---

<sup>44</sup> GRECCO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.). Processo Civil – estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 301-302.

<sup>45</sup> “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

<sup>46</sup> HOFFMAN. David A. Whiter Bespoke Procedure?. University of Illinois Law Review. Vol. 2014. p. 10 Disponível em <https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ill-ontent/articles/2014/2/Hoffman.pdf>, acessado em 13.05.2016.

relacionaría más íntimamente el componente contractual y procesal en los acuerdos procesales.<sup>47</sup>

De fato, o momento mais propício – e talvez o único - para que este tipo de negócio processual seja pactuado é, pelo que se nota, durante a formação da relação contratual de direito material, momento em que as partes ainda estão colaborando entre si, ao contrário do momento em que ocorre algum litígio, onde as partes dificilmente chegarão a qualquer consenso.

Um dos argumentos que visa amparar a aceitabilidade deste negócio processual reside em verificar que, se o juiz estatal tem o dever de executar uma sentença arbitral<sup>48</sup> baseada em legislação escolhida pelas partes, parece razoável que também possa julgar uma demanda formando sua convicção através de legislação escolhida por elas<sup>49</sup>. Contudo, em se admitindo esta espécie de negócio processual, se demonstra necessário tomarem-se algumas cautelas na escolha e na forma da legislação aplicável.

Inicialmente, há de se relatar que a legislação escolhida não poderia atentar contra a ordem pública. Não seria possível, por exemplo, proferir julgamento admitindo uma cobrança de dívida de jogo, ainda que a legislação escolhida a permitisse.

Em segundo, infere-se que na atual conjuntura do Judiciário Brasileiro, levando-se em conta o excesso de carga de trabalho e escassez de recursos, seria inviável que juízes e servidores apreciassem causas em que fossem escolhidas legislações extensas e complexas. Desta forma, para não se diminuir a eficiência do Poder Judiciário, seria importante que as próprias partes, no contrato, já definissem e especificassem as bases legais que pretendessem ser utilizadas em um possível julgamento. A título exemplificativo, não há como se conceber que o Judiciário Brasileiro, ao julgar um litígio empresarial, o pudesse fazer através de um negócio processual que genericamente previsse a utilização da legislação do estado de

---

<sup>47</sup> CADIET, Loic. “Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de La contractualización del proceso y de la justicia en Francia”. Civil Procedure Review, v.3, n.3, p. 22-23, disponível em [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com), acessado em 12.05.2016.

<sup>48</sup> “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:  
VII - a sentença arbitral;”

<sup>49</sup> GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro: UERJ, v.1, out. – dez. 2007. Disponível em <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/7721/5663>, acessado em 12.05.2016.

Delaware (EUA)<sup>50</sup>, sem fazer constar as disposições exatas que seriam aplicáveis ao possível litígio, bem como sua devida tradução para a língua portuguesa. Assim, se tem na própria eficiência<sup>51</sup> necessária à jurisdição estatal, um limite para a pactuação deste negócio processual. Além disso, este negócio só poderia ser livremente convencionado para litígios que versassem sobre direitos patrimoniais disponíveis.<sup>52</sup>

Caso o Poder Judiciário abrace a utilização destas possibilidades negociais, imagina-se, inclusive, que possa ocorrer uma redução da importância e utilidade da arbitragem<sup>53</sup>, especialmente em causas que não sejam de alta monta, ou que não se exija confidencialidade.<sup>54</sup>

#### 6.4 Negócios Processuais e a Tecnologia

A recente informatização do Poder Judiciário é uma tendência já concebida por todos operadores do Direito Pátrio. A digitalização do papel, afirmada pelo advento do processo eletrônico, é marco sem volta na prática forense. Ao mesmo tempo, existe uma limitação de recursos no Poder Judiciário, dificultando, portanto, a implementação dos meios tecnológicos mais avançados. A tecnologia chega com maior rapidez no âmbito privado de nossas vidas, para, somente em momento posterior, ser utilizada na prestação dos serviços públicos.

Em vista disto, surge a possibilidade de pactuações sobre procedimentos que poderão, em prazo mais curto, trazer avanços tecnológicos ao transcurso das demandas. Nesse contexto, nada impede que as partes pactuem a realização de uma audiência através de videoconferência, especialmente naquelas que envolvam

---

<sup>50</sup> O estado de Delaware, situado nos Estados Unidos da América, é o local em que grande parte das maiores companhias empresariais do mundo constituem sociedade, além de inúmeras empresas espalhadas pelo globo utilizarem sua legislação em litígios arbitrais. Isto ocorre em vista de que estado possui uma legislação empresarial extremamente avançada e dinâmica, especialmente em relação ao campo societário. Sobre o tema:

[https://corp.delaware.gov/whycorporations\\_file\\_portuguese.pdf](https://corp.delaware.gov/whycorporations_file_portuguese.pdf)

<sup>51</sup> O Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 8º, prevê a eficiência como um dos nortes dos julgadores, no qual exprime: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

<sup>52</sup> GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”. Revista Eletrônica de Direito Processual. 1. Ed. 2007. p. 21, Disponível em [www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com), acessado em 12.05.2016.

<sup>53</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. p. 210.

<sup>54</sup> A confidencialidade é característica da jurisdição arbitral que não pode ser transportada para o procedimento estatal adaptado, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro resta assentado o princípio da publicidade dos atos processuais (CF. Art. 5º, LX).

o depoimento de testemunhas de diferentes comarcas, de modo que, na falta dos equipamentos necessários nas serventias judiciárias, poderiam as partes disponibilizar os meios tecnológicos para a realização do ato.<sup>55</sup>

Além disso, poderiam as partes acordar que, nas demandas que ainda não tramitam eletronicamente, cada petição e documentos protocolados na serventia judiciária teriam também de, ao mesmo tempo, serem enviados para o endereço de e-mail definido pelo procurador da parte contrária. Esta medida evitaria, sobretudo, que as partes tivessem de se deslocar ao foro para obterem cópias de cada novo peticionamento da parte contrária, o que resultaria, portanto, em maior eficiência na gestão do tempo e dinheiro gastos com o processo.

O sistema Judiciário deve acompanhar os anseios da sociedade e dos operadores do Direito, sempre, é claro, observando o devido processo legal. As possibilidades de utilização da tecnologia são amplas e podem, inclusive, serem pactuadas em conjunto com os juízes.<sup>56</sup>

## 6.5 Negócios Processuais em Fase Recursal

Questão de suma importância ao campo das negociações processuais reside na possibilidade de pactuarem-se negócios que disponham sobre a fase recursal. O grande debate centra-se em definir os limites deste tipo de negociação. Assim, inicialmente, se faz necessário abordar o princípio da taxatividade dos recursos, segundo o qual somente são considerados como recursos aqueles indicados, em rol taxativo, pela legislação pertinente.<sup>57</sup>

O referido princípio detém o condão de conciliar a segurança do provimento jurisdicional, já que torna possível o controle e revisão das decisões judiciais, propiciando uma solução justa ao conflito, com a celeridade da justiça, já que previamente define e limita os recursos possíveis.

---

<sup>52</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. p. 329.

<sup>56</sup> A título exemplificativo: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81256-juiz-do-tjgo-usa-whatsapp-para-aprimorar-funcionamento-de-juizado-especial> Acesso em 05/05/2016.

<sup>57</sup> No novo Código de Processo Civil, os recursos previstos, encontram-se no art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.

Desta forma, se o legislador determinou a existência de determinados recursos em lei, não seria razoável que fosse permitido aos litigantes criar novas modalidades recursais atreladas aos seus interesses, ainda que por convenção.<sup>58</sup>

Mesmo que a taxatividade já impeça a negociação para criação de novas fases recursais, subsiste ainda a necessidade de observação dos princípios da igualdade e duração razoável do processo, como conceitos de ordem pública processual. Isto porque as partes teriam mais chances de ver o seu litígio analisado mais de uma vez pelo Judiciário, o que não seria justo perante outros indivíduos que litigam judicialmente, sobretudo porque os tribunais pátrios já se encontram completamente congestionados.<sup>59</sup>

Superada a questão acerca da criação de novas possibilidades de recursos, importante relatar-se tema que certamente gerará amplo debate na doutrina e jurisprudência. Nessa linha, relata-se a possibilidade de as partes pactuarem a abstenção ao duplo grau de jurisdição.

Isto é, poderiam as partes, em se tratando de direitos disponíveis, antes de prolatada a sentença, ou mesmo antes do início da demanda, convencionar que o processo ocorresse em instância única.

A questão deve ser debatida centrando-se em definir se o princípio do duplo grau de jurisdição constitui uma garantia constitucional inafastável, ou se pode ser restrita pelo legislador ordinário, que de certa maneira previu a possibilidade de abstenção ao duplo grau através de cláusula geral de atipicidade negocial.

O posicionamento mais adequado é de que o duplo grau de jurisdição no processo civil não está inafastavelmente garantido pela Constituição<sup>60</sup>. O próprio ordenamento já excepciona o duplo grau de jurisdição em alguns casos, como nas execuções fiscais com valor menor ou igual a 50 OTN (Art. 34 da Lei 6.830/1980), e nas competências originárias do Supremo Tribunal Federal. Existem ainda

---

<sup>58</sup> LIPIANI, Júlia, SIQUEIRA, Marília. Negócios Jurídicos Processuais Sobre a Fase Recursal. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais, Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. V. 1 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.) p. 456.

<sup>59</sup> Ibidem. p. 457

<sup>60</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo Civil. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 508.



manifestações do STF pela não obrigatoriedade de uma dupla revisão das decisões.<sup>61</sup>

O ordenamento não obriga as partes a recorrerem das decisões de primeiro grau, vez que não existe como regra um reexame necessário das decisões de primeiro grau, pelos Tribunais. Vê-se, conseqüentemente, que o ordenamento aceita que a tutela prestada em primeira instância conformaria um processo justo.<sup>62</sup>

Outra negociação a ser balizada é a possibilidade das partes restringirem a matéria que poderá ser alegada em sede recursal.<sup>63</sup> Nessa linha, o negócio processual poderia prever que as partes somente poderiam recorrer caso a sentença de primeira grau estivesse divergente da jurisprudência dos Tribunais pátrios (Tribunais de Segunda Instância, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). Ademais, as possibilidades são amplas, de modo que os litigantes, determinando as matérias a serem recorridas, poderão evitar o comportamento da parte que se utiliza do recurso para fins protelatórios, conferindo maior celeridade à duração do processo.

---

<sup>61</sup>STF, AIAGR n 209.954/SP, Min. Rel. Marco Aurélio, DJ 04.12.98); STF, RE 357.311/SP. 1ªT., rel. Min. Moreira Alves, j. DJ 21.02.2003.

<sup>62</sup>OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e o Duplo Grau de Jurisdição. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**, Salvador: Ed. jusPodivm, 2015. V. 1 (Coleção , Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.) p. 437.

<sup>63</sup>FABBI, Alessandro. 'PRIVATIZING' CIVIL JUSTICE THROUGH PROCEDURAL AGREEMENTS: A COMPARATIVE LAW ANALYSIS. p. 28. Disponível em:  
[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/AlessandroFabbi2.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/AlessandroFabbi2.pdf)

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, conclui-se que o recente surgimento dos Negócios Processuais deriva da própria concepção insculpida na Constituição Federal de 1988, segundo a qual processo se afirma como mecanismo de efetivação da tutela dos direitos, superando, portanto, a ideologia do Código de Processo Civil de 1973.

Nessa linha, o legislador do Novo Código de Processo Civil acerta quando erige cláusula geral de atipicidade de negócios processuais. Uma vez que a abertura da cláusula possibilita às partes um amplo exercício da autonomia da vontade, podendo adaptar o procedimento conforme necessidades do caso.

A presença de uma cláusula geral de atipicidade também limita o espaço de controle dos juízes, tendo como consequência um plano de eficácia dos negócios que independe de prévia homologação judicial.

No que tangem os limites das pactuações negociais, parece correto o entendimento de que na verificação da validade negocial, deve-se contrabalancear o espaço de exercício de autonomia da vontade em contrapartida a direitos fundamentais processuais que possam estar sendo afetados. Aqui, pode-se permitir que os negócios processuais mitiguem alguns direitos fundamentais processuais, contudo, desde que não se atinjam seus núcleos essenciais.

No campo das espécies de negócios processuais, constatou-se a existência de alguns que visam alocar os custos da litigância. Nesse contexto, a inserção destes negócios na atividade jurisdicional deve ser estudado em conjunto com a economia. As pactuações que transferem de uma parte a outra os custos de litigar, acabam por criar incentivos às partes, e estes incentivos podem gerar, inclusive, uma diminuição no ajuizamento de demandas, bem como um aumento na composição dos litígios, por isso o alinhamento ao estudo econômico.

O procedimento adaptado se coloca, ainda, como uma possível alternativa à arbitragem, podendo, ao mesmo tempo, encampar as qualidades da jurisdição estatal e arbitral. Nesse contexto, a escolha da legislação aplicável, caso recepcionada pelos juízes, poderá atrair muitos litigantes que hoje utilizam a arbitragem para resolver suas pendências comerciais.

Possibilidade que se alinha aos interesses hodiernos da sociedade, são os negócios processuais sobre a utilização de tecnologia pelas partes. Nessa linha, os negócios processuais aceleram a inserção dos meios tecnológicos na prestação

jurisdicional, que com o advento do processo eletrônico demonstra um alinhamento a esta concepção.

Ainda é cedo para se tirarem conclusões definitivas sobre como se comportarão os negócios processuais na nova realidade processual trazida pelo recente Código de Processo Civil. Em primeiro, dependerá que os advogados compreendam e estudem suas diversas possibilidades, balizando, como consequência disto, o início da utilização na atividade profissional. Em segundo, que os juízes reconstruam as normas atinentes à negociação processual em um permanente diálogo com a ideologia que permeia o Novo Código de Processo Civil, qual seja, de um processo colaborativo. O dever do juiz de diálogo com as partes implica em aceitar um espaço de exercício de autonomia. Não poderá conceber-se uma relação assimétrica, onde o magistrado se posiciona acima das partes e imponha limites irrazoáveis ao espaço de criação propiciado pela cláusula geral de atipicidade.

Enfim, a depender principalmente da aceitação pelo Poder Judiciário, a possibilidade de negociação processual poderá se demonstrar como um ótimo mecanismo de obter-se uma tutela jurisdicional mais justa, adequada e efetiva.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Fórum permanente de processualistas civis. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Sobre Negócios Processuais**. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>.> Acessado em 04/06/2016.

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

CADIET, Loic. “Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de La contractualización del proceso y de la justicia en Francia”. *Civil Procedure Review*, v.3, n.3, p. 22-23, disponível em [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com), acessado em 12.05.2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídico-processuais no processo civil brasileiro**. Relatório do I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual. Peru, Nov. 2014. Disponível em: <[https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro).> Acessado em 22/08/2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**, Salvador: Ed. jusPodivm, 2015. V. 1 (Coleção , Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.)

FABBI, Alessandro. ‘**PRIVATIZING’ CIVIL JUSTICE THROUGH PROCEDURAL AGREEMENTS: A COMPARATIVE LAW ANALYSIS**. p. 28. Disponível em: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/AlessandroFabbi2.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/AlessandroFabbi2.pdf)

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental – Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro: UERJ, v.1, out. – dez. 2007. Disponível em <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/7721/5663>, acessado em 12.05.2016.

GRECCO, Leonardo. **Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual**. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.). *Processo Civil – estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012

HOFFMAN, David A. **Whiter Bespoke Procedure?**. *University of Illinois Law Review*. Vol. 2014. p. 10 Disponível em <https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-ontent/articles/2014/2/Hoffman.pdf>, acessado em 13.05.2016.

KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. "Contractualizing Procedure". *Texas Law Review*. Vol. 91:1475. 2013.

LIPIANI, Júlia, SIQUEIRA, Marília. Negócios Jurídicos Processuais sobre a Fase Recursal. 2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**, Salvador: Ed. jusPodivm, 2015. V. 1 (Coleção , Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.)

MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise Econômica do Processo. In TIMM, Luciano (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2014

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2010

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC – Críticas e Propostas**. São Paulo: RT, 2010

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, RS, n. 15, 1998

MAZZEI, Rodrigo. CHAGAS, Barbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**, Salvador: Ed. jusPodivm, 2015. V. 1 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.). p. 537

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Convenções das partes sobre matéria processual". **Temas de direito processual – terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo cpc (PL. 8.046/2010). In: **Novas Tendências do Processo Civil (Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil)**. Salvador: Ed. Juspodvim, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e o Duplo Grau de Jurisdição. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**, Salvador: Ed. jusPodivm, 2015. V. 1 (Coleção , Grandes Temas do Novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr.)

REDONDO, Bruno Garcia. Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro. **Dissertação de Mestrado sob orientação da Profa. Dra. Tereza A. A. Wambier**. São Paulo: PUC-SP, Programa de Mestrado em Direito, 2013.