

Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC

Coordenador geral: FREDIE DIDIER JR.

1

NEGÓCIOS PROCESSUAIS

COORDENADORES

Antonio do Passo Cabral

Pedro Henrique Nogueira

TOMO 1

4ª edição

2019

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil

Fredie Didier Jr.¹

Sumário: 1. Nota do autor; 2. Notas sobre a relação entre a liberdade e o processo; 3. O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.

1. NOTA DO AUTOR

Este brevíssimo ensaio tem um único propósito: demonstrar a existência, no Direito Processual Civil brasileiro, do princípio do respeito ao autorregramento da vontade.

O objetivo é alertar aos estudiosos, inicialmente, da importância de inseri-lo no rol das normas fundamentais do processo civil, ao lado de outras normas clássicas (contraditório, devido processo legal etc.).

Em seguida, visa-se alcançar os operadores do Direito, a quem cabe a tarefa de concretizar e efetivar esse princípio.

O novo Código de Processo Civil trouxe muitas novidades. Quase todas elas são explícitas, decorrentes de previsões normativas expressas. Há, porém, novidades implícitas, que alteram o sistema em seus fundamentos.

Esta é uma delas.

2. NOTAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE A LIBERDADE E O PROCESSO

A liberdade é um dos principais e mais antigos direitos fundamentais (art. 5º, *caput*, CF/1988).

1. Livre-docente (USP), Pós-doutorado (Universidade de Lisboa), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA). Professor-associado de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.
www.frediedidier.com.br
facebook.com/FredieDidierJr

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

O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada², de acordo com ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas³ (gênero do qual as relações jurídicas são espécie).

Pode-se localizar o poder de autorregramento da vontade em quatro zonas de liberdade⁴: a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que mais bem sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio).

O Direito Processual Civil, embora ramo do Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por essa dimensão da liberdade⁵. O princípio da liberdade também atua no processo, produzindo um subprincípio: o *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*.

É certo que esse princípio não tem, no Direito Processual Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil. Por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto, mais restrito⁶. Isso, porém, não diminui a

2. Como salienta Oliveira Ascensão, “A autonomia privada nunca é absoluta. Sempre houve restrições ao seu exercício.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 78, v. II.).
3. Assevera Mario Segni: “La caratteristica del negozio nell’essere lo strumento con il quale il privato esercita il potere di dettare un’autonomia sistematizzazione della propria situazione giuridica” (SEGNI, Mario. *Autonomia Privata e Valutazione Legale Tipica*. Padova: CEDAM, 1972, p. 115).
4. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 78-80, v. II.
5. GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 215.
6. “Afinal, se o processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social”. (GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição

sua importância, muito menos impede que se lhe atribua o merecido destaque de ser um dos princípios estruturantes do direito processual civil brasileiro, uma de suas *normas fundamentais*⁷.

Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder. Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil⁸.

O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. *Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira.*

É curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p. ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil⁹.

processual – primeiras reflexões”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Disponível em www.revistaprocessual.com, 2007, v. 1, p. 8.)

7. “Há que se trabalhar com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico, mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade” (GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 235, p. 87).
8. CAPONI, Remo. “Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali”. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, 2010, p. 44, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 16.04.2014; “Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais”. Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 228, p. 362; CADIET, Loïc. “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 4-6, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.
9. “Chega a ser intrigante a dificuldade com que a doutrina trabalha a noção de participação das partes no processo, como se houvesse uma ruptura ontológica com a concepção ‘liberal’ e qualquer tentativa de recrudescer o protagonismo das partes macularia todo o monumento técnico construído no século XX. Essa crença na absoluta publicização do processo resultou em uma espécie de trauma cultural. [...] A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica. [...] a crença na onisciência e na onipotência do julgador, além de discutível ideológica e metodologicamente, pode levar à exclusão do diálogo no processo, alijando as partes da necessária participação para que seja construída a decisão final. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na verdade, uma ditadura mal disfarçada,

Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro¹

Leonardo Carneiro da Cunha²

Sumário: 1. Apresentação; 2. Fatos jurídicos, atos jurídicos, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos; 2.1. Distinção entre atos jurídicos e negócios jurídicos; 3. Fatos jurídicos processuais e atos-fatos jurídicos processuais; 4. Negócios jurídicos processuais; 4.1. Opiniões contrárias; 4.1.1. O publicismo no processo e o protagonismo do juiz; 4.1.2. O dogma da irrelevância da vontade; 4.2. Opiniões favoráveis; 4.3. Negócios jurídicos processuais típicos; 4.4. Negócios jurídicos processuais atípicos; 4.5. A ideia do modelo cooperativo de processo e os estudos mais recentes sobre negócios processuais; 5. O novo Código de Processo Civil brasileiro; 5.1. Generalidades; 5.2. Ampliação dos negócios processuais típicos; 5.3. A cláusula geral de negociação processual; 6. Limites aos negócios jurídicos processuais; 7. Bibliografia.

1. APRESENTAÇÃO

O presente relatório discorre sobre a existência de negócios jurídicos processuais.

Num primeiro momento, destaca-se a distinção entre fatos jurídicos, atos jurídicos, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos, para, em seguida, tratar dessa tipologia no âmbito processual.

Há uma acirrada discussão doutrinária sobre a distinção entre atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos. Também existe uma acesa discussão quanto à existência de negócios jurídicos processuais. Há, de um lado, autores que não os admitem, destacando-se, de outro lado, os que os admitem.

Partindo-se do pressuposto de que existem negócios processuais, o relatório relaciona os negócios processuais típicos no atual CPC brasileiro, passando, em seguida, a tratar da regulação dos negócios processuais no novo CPC do

-
1. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro.
 2. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-doutorado na Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Procurador do Estado de Pernambuco e advogado.

Brasil, discorrendo sobre os negócios típicos, atípicos, unilaterais, bilaterais e plurilaterais, bem como sobre os limites aos negócios processuais.

2. FATOS JURÍDICOS, ATOS JURÍDICOS, ATOS-FATOS JURÍDICOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os fatos tornam-se jurídicos pela incidência das normas jurídicas que assim os assinalam. Previsto o fato no enunciado normativo, sua ocorrência faz incidir a norma, daí surgindo o fato jurídico.

Os fatos jurídicos *lato sensu* podem ser fatos da natureza ou atos humanos. Quando a hipótese de incidência ou o suporte fático tem como elemento um ato humano, pode entrar no mundo jurídico como ato jurídico, negócio jurídico, ato ilícito ou ato-fato.

Os fatos da natureza, quando ingressam no mundo jurídico em razão da incidência normativa, revestem o colorido de fatos jurídicos *stricto sensu*. Os atos, que exteriorizam ou manifestam vontade humana, tornam-se atos jurídicos, quando sofrem a incidência da norma que os prevê.

Já os atos ilícitos são aqueles contrários ao direito, dos quais resulta consequência desvantajosa para quem os pratica. Há, ainda, os negócios jurídicos, cuja conceituação relaciona-se com a autonomia da vontade e com a escolha conferida ao interessado da categoria jurídica e da estruturação do conteúdo eficaz das respectivas relações jurídicas.

Como se percebe, os fatos jurídicos são aqueles que estão previstos no suporte fático e, por isso, sofreram a incidência de uma norma jurídica, ingressando no mundo do direito e podendo produzir efeitos jurídicos. Tais fatos podem ser atos humanos, passando, com a incidência, a ostentar a caracterização de atos jurídicos. Aqui a vontade humana é considerada relevante para a incidência da norma.

O mundo do direito, composto pelos fatos jurídicos, divide-se em três planos: existência, validade e eficácia. Todos os fatos jurídicos em sentido *lato* (aí incluídos os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos jurídicos, os negócios jurídicos, os atos ilícitos e os atos-fatos) devem passar pelo plano da existência: basta a composição do suporte fático, a partir da incidência da norma, para que o fato passe a existir juridicamente, ingressando no mundo do direito. Os fatos jurídicos *stricto sensu* não passam pelo plano da validade. De igual modo, os atos-fatos não passam pelo plano da validade. Por ele apenas passam os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, nos quais é relevante a vontade humana. É aí que opera o sistema de invalidades, exatamente porque

supervisão do professor Loïc Cadiet, para investigar sobre os negócios processuais, seus tipos, seu objeto e seus limites.

Nas X Jornadas Brasileiras de Direito Processual, realizadas em agosto de 2014 em Campos do Jordão/SP, sob a organização do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, houve uma mesa de discussão destinada aos negócios jurídicos processuais.

Já está programado para março de 2015 um evento, sob a organização do IBDP, a realizar-se na Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, exclusivamente dedicado a discutir os negócios jurídicos processuais.

O tema, como se vê, é pulsante na doutrina brasileira, despertando o estudo e da produção acadêmica.

5. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

5.1. Generalidades

O novo CPC adota um modelo cooperativo de processo, com valorização da vontade das partes e equilíbrio nas funções dos sujeitos processuais. Com efeito, nos termos do seu art. 6º, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, cabendo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (CPC, art. 7º), de modo a não proferir decisão contra uma parte sem que esta seja previamente ouvida (CPC, art. 9º). Enfim, o juiz não pode valer-se de fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes (CPC, art. 10).

Há, no novo Código, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de *juízo*, mas de *resolução de conflitos*. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador.

Põe-se a descoberto, no novo CPC, o prestígio da autonomia da vontade das partes, cujo fundamento é a liberdade, um dos principais direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal. O direito à liberdade

a permitir maior valorização da vontade dos sujeitos processuais, a quem se confere a possibilidade de promover o autorregramento de suas situações processuais. As convenções ou os negócios processuais despontam como mais uma medida de flexibilização e de adaptação procedimental, adequando o processo à realidade do caso submetido à análise judicial. As negociações processuais constituem meios de se obter maior eficiência processual, reforçando o devido processo legal, na medida em que permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso.

6. LIMITES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O grande desafio da doutrina, a partir da aprovação do novo CPC brasileiro, será identificar os limites para os negócios jurídicos processuais. Que há negócios não há mais dúvida. O próprio art. 190 do novo CPC deixa claro que há a possibilidade de negociação sobre o procedimento e sobre regras processuais.

Cumpra, desde logo, advertir que não se veda, prévia e genericamente, o negócio processual em contrato de adesão. Em tese, é possível, cabendo apenas ao juiz controlar validade da respectiva cláusula, recusando-lhe aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção *abusiva* em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. A simples circunstância de o contrato ser de adesão não é suficiente para se ter como nula ou ineficaz a cláusula que disponha sobre procedimento ou sobre regras processuais. É preciso, para que o juiz recuse-lhe aplicação, a evidência de uma abusividade, de uma nulidade ou de uma manifesta situação de vulnerabilidade.

A licitude do objeto do negócio processual passa pelo respeito às garantias fundamentais do processo. Não parece possível um negócio processual que permita, por exemplo, uma carta psicografada como prova, já que se revela ilícita tal prova⁵⁷. Também não parece possível um negócio processual que dispensa a fundamentação da decisão ou que imponha sigilo ou segredo de justiça, afastando a exigência constitucional de publicidade nos processos judiciais.

Os negócios jurídicos processuais devem situar-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador, não podendo autorregular situações alcançadas por normas cogentes. A legislação impõe, por exemplo, observância às normas de competência absoluta, permitindo, entretanto, negócios jurídicos típicos sobre competência relativa. Quer isso dizer que não é possível a celebração de negócio processual que modifique a competência absoluta.

57. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. “Carta psicografada como fonte de prova no processo civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 234, ago 2014, p. 33-61.

Dentro do processo, não há dever de o juiz examinar a integralidade do negócio, de sorte a já adiantar eventuais invalidades que pudessem dizer respeito a atos ou posições jurídicas futuras e, portanto, ainda eventuais. O controle há que ser feito em correspondência com a fase processual, justamente porque não há preclusão sobre o tema e porque, no momento de aplicar a regra, o juiz deixará de o fazer se entender que ela, por qualquer razão, é inválida. Nos tribunais, suposto haja margem para convenção que abranja essa fase, mesmo à míngua de regra expressa, parece lícito aceitar que o controle será feito pelo relator, cuja decisão ficará sujeita à revisão pelo colegiado.

Nesse particular, ao menos como regra, não haverá interesse processual para demanda cujo objeto seja exclusivamente a declaração de nulidade – total ou parcial – do negócio. Compete à parte – seja autora ou ré – alegar a nulidade de forma incidental, submetendo ao juiz da causa, que é funcionalmente competente – com a exclusão de qualquer outro – para determinar se e quais as regras processuais a reger a respectiva atividade. Não há utilidade para invalidação autônoma, inclusive sob a ótica estatal. De demanda autônoma só se poderá excepcionalmente considerar se a cognição necessária para apuração do vício – por exemplo, no caso de simulação – exigir processo cujo objeto seja exclusivamente a apuração da nulidade.

16. SEGUE: CASOS DE ANULABILIDADE

Os vícios geradores de anulabilidade do negócio processual são aqueles arrolados pela lei civil, cujo regime jurídico deve ser observado. Nesse caso, o negócio deve ser desconstituído por demanda autônoma. É que a iniciativa do interessado, neste caso, é indispensável: nos termos do art. 177 do Código Civil, a anulabilidade “não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade”. Ademais, a via autônoma é necessária porque o objeto do processo enseja cognição própria, que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia de direito material).

Se for eventualmente proposta demanda para anular o negócio, a competência será do juízo perante o qual pendente o processo cujas regras o negócio pretende regular; ou, se ainda não instaurado, o órgão a quem competiria desse último conhecer. Não se trata apenas de tema prejudicial, a gerar conexão e, portanto, reunião de processos (CPC, art. 55). Conforme já realçado, a competência, nesse caso, é ditada por critério *funcional*: discutindo-se quais as

regras devem prevalecer em dado processo, é do respectivo juízo a competência para determinar o quê prevalecerá. Portanto, o critério funcional prevalece sobre qualquer outro, notadamente sobre o critério (objetivo) da matéria. Para argumentar, se por alguma razão aqui não divisada, não for possível o processamento conjunto das demandas, então, em argumentação, será caso de se aplicar suspensão por prejudicialidade.

Proposta que seja a demanda pelo legitimado, se houver pluralidade de partes, em atual ou potencial litisconsórcio, o reconhecimento da invalidade prevalecerá perante todos, tendo em vista o caráter indivisível da relação controvertida. Não há como conceber regras processuais válidas para uma parte e não válidas para outros litisconsortes (CC, arts. 105 e 177, parte final). Portanto, tratar-se-á de litisconsórcio unitário.

Tendo em vista que o prazo decadencial para a demanda anulatória é de quatro anos, a contar do dia em que cessar a incapacidade (CC, art. 178), pode ocorrer que ela seja aforada quando já proferida e transitada em julgado sentença de mérito. Assim, se procedente a demanda, será preciso anular o processo desde o momento em que vigoraram as regras constantes do negócio processual desconstituído.

O caráter híbrido da situação – que envolve direito material e processual – fica consideravelmente evidente. De um lado, há vício em negócio jurídico sob a ótica dos requisitos exigidos pelo direito material. Contudo, invalidar o negócio significa invalidar atos processuais e, para tanto, é preciso considerar o regime do CPC: a) a invalidade de um ato não prejudica outros que eventualmente sejam independentes; b) não se reconhece invalidade quando se puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a decretação daquela; c) aproveitam-se os atos, ainda que desconformes ao modelo legal, desde que não haja prejuízo à defesa de qualquer das partes (CPC, artigos 279 e 280). Portanto, quer para aferir o interesse de agir, quer para se julgar o mérito de eventual ação anulatória por vício de incapacidade é preciso considerar o regime de invalidades estabelecido pelas regras de processo. O mesmo vale para outras hipóteses de anulabilidade do negócio.

17. O ESTABELECIMENTO DE CALENDÁRIO ENTRE PARTES E JUIZ

Além de permitir que as partes convençionem sobre matéria processual, a possibilita o acordo abranger também o órgão judicial. Isso pode ocorrer específica e limitadamente para o estabelecimento de um “calendário para a prática dos atos processuais” (art. 191, *caput*).

A lei determina que o calendário “vincula as partes e o juiz”, de tal sorte que os prazos nele previstos somente serão modificados em casos

acordos não surtiriam efeitos imediatos de caráter processual, embora obrigassem os interessados a proceder segundo eles. Lent⁶ procurou identificar negócios processuais no âmbito dos atos processuais praticados pelas partes; seriam verificados quando os efeitos processuais se produziram quando queridos pela parte. Mais recentemente, também Leible⁷ e Jauernig⁸ admitem, embora excepcionalmente, a existência de contratos processuais (v.g. compromisso arbitral), segundo a ZPO.

Na Itália, Chiovenda⁹ admitiu claramente a figura dos negócios processuais, visto que em certos atos a lei relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes. Assim se daria com os atos unilaterais praticados com o fim de criar, modificar ou extinguir direitos processuais (v.g. renúncia, aceitação da herança etc.)¹⁰⁻¹¹⁻¹². Fazzalari, mais recentemente, também admitiu a existência dos negócios processuais, que, segundo ele, melhor seriam denominados “atos processuais negociais”¹³ (v.g. renúncia a alguma faculdade processual).

6. LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Tedesco*. Tradução Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1959, p. 122.
7. LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. 306.
8. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 174.
9. Antes de Chiovenda, Ferrara (FERRARA, Luigi. *Studii e Questioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1908, p. 43 e segs.) aceitava a noção de negócio jurídico processual por influência dos autores alemães que o criaram, desenvolveram e discutiram (Wach, Trutter, Bulow, Kholer). Sobre a difusão do conceito de negócio jurídico processual na doutrina do processo penal, conferir: PANAIN, Remo. *Le Sanzioni degli Atti Processuali Penali*. Napoli: Jovene, 1933, p. 96 e segs.
10. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1913, p. 775-776. Lição posteriormente repetida em: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 25-26.
11. Nesse sentido, atribuindo caráter de negócio processual à composição judicial amigável, mas negando-lhe à desistência e ao compromisso: MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJE, 1970, v. I, p. 292. Aceitando também a figura dos negócios processuais, mas com poucas variações doutrinárias: DONDINA, Mario. *Atti Processuali Civili (civili e penali)*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, I. Torino: UTET, 1957, p. 1.520; ROCCO, Ugo. *Diritto Processuale Civile – Parte Generale*. Napoli: Jovene, 1936, p. 318; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1964, p. 419; PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938, p. 75; INVREA, Francesco. La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v, IX, parte I. Padova: CEDAM, 1932, p. 44; BETTI, Emilio. *Negoziio Giuridico*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, XI. Torino: UTET, 1957, p. 220, dentre outros.
12. Concepção bem particular foi a desenvolvida por Carnelutti. Parte o autor italiano da premissa de que as noções de direito subjetivo e negócio jurídico seriam correlatas. A partir daí, enumera as características do negócio processual: (a) ser um ato de exercício de um poder cuja finalidade prática consista em determinar a conduta alheia por meio de seu efeito jurídico, (b) sendo o poder jurídico exercitado um direito subjetivo. Uma ampla relação de atos concretos poderiam ser reconduzidos ao conceito de negócio processual (compromisso, requerimentos das partes, revogações etc.) (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, III. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 124-125).
13. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 416.

da avença devam seguir o rito dos juizados especiais⁵⁶, ou, em sentido oposto, o rito comum, com exclusão do rito especial⁵⁷.

6. ACORDOS DE PROCEDIMENTO NO CPC DE 2015

No CPC/2015, art. 190, *caput*, é possível vislumbrar (a) negócios jurídicos processuais que recaem sobre ônus, faculdades e deveres das partes e (b) negócios processuais que dizem respeito ao procedimento, denominados “acordos de procedimento”⁵⁸.

Os acordos de procedimento vão ao encontro da ideia de favorecer e prestigiar, sempre quando possível, as soluções de controvérsias obtidas diretamente pelos próprios litigantes.

Se a solução consensual do litígio é benéfica, porque representa, além do encerramento do processo judicial, a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir que os litigantes possam, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinar a forma do exercício das suas faculdades processuais conforme suas conveniências, ou até mesmo delas dispor, conforme o caso⁵⁹.

O art. 190 do CPC/2015 prevê:

“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.”

O *caput* do art. 190 do CPC/2015 admite a celebração entre as partes de negócios jurídicos bilaterais (acordos) sobre o procedimento. Trata-se de

56. Obviamente que a validade dessa convenção se condicionaria à adequação do valor da causa e da complexidade da pretensão a ser deduzida. Assim, v.g., tratando-se de pretensão a receber crédito, de menor complexidade e de valor inferior a quarenta salários mínimos, não haveria óbice e nem razão para recusar valor a um acordo no qual se pactuasse a escolha do procedimento previsto na Lei n. 9.099/95, com renúncia à opção pela demanda sob o rito ordinário, sumário ou até mesmo monitorio, em tese também admitidos.

57. Tratando-se de pacto de procedimento oriundo de relações jurídicas de consumo, a estipulação negocial deverá se adequar às regras de facilitação da defesa do consumidor em juízo (CDC, art. 6º, VIII). Por isso, seria de duvidosa validade a exclusão do rito especial dos juizados especiais formulada em contrato de adesão pré-disposto unilateralmente por fornecedor de produtos ou serviços.

58. Em sentido próximo à divisão aqui adotada, mas adotando outra terminologia (acordos obrigacionais e acordos dispositivos para designar, respectivamente, os negócios processuais sobre situações jurídicas e os acordos de procedimento), conferir: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 72).

59. Como ressalta Loïc Cadiet, as convenções das partes não são apenas instrumentos para solução da controvérsia, mas também técnica complementar de gestão do processo civil (CADJET, Loïc. *Les conventions relatives au procès en droit français*. In: *Accordi di Parti e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 19-20).

que l'illustrent la conciliation judiciaire et la médiation judiciaire. Reste enfin la *contractualisation de la justice* qui, à proprement parler, ne devrait désigner que la contractualisation à l'œuvre au sein même de l'institution judiciaire, conçue comme administration de la justice, au sens organique ou organisationnel du terme. Mais il arrive en pratique qu'on l'emploie pour désigner aussi la contractualisation du procès parce que le procès est la manière ordinaire d'administrer la justice, cette fois-ci au sens substantiel ou matériel du terme³.

C'est la contractualisation de la procédure que je vais parler ici.

2. La contractualisation du procès ne se réduit pas, en effet, à la seule contractualisation du litige, qu'il s'agisse d'en anticiper la survenance au moyen de clauses contractuelles relatives aux différends, ou d'en élaborer la solution grâce aux différentes formes de négociation et de conciliation, judiciaire ou conventionnelle; elle doit également s'entendre de la contractualisation de la procédure elle-même⁴. Cette contractualisation de la procédure évoque d'emblée l'arbitrage et il est vrai que l'arbitrage trouvant sa source dans la convention des parties peut apparaître comme une procédure de type contractuel. Mais l'observation, pour être moins évidente, plus inédite, vaut aussi –elle vaut en vérité surtout– pour la procédure devant les juridictions étatiques. Ici, le contrat se diffuse très sensiblement au sein du procès; au moyen d'accords processuels (on peut aussi parler d'actes processuels conventionnels), il devient, en quelque sorte, à l'instar sinon à l'égal de la loi et de la décision unilatérale du juge, une technique complémentaire de gestion de la procédure, du moins en matière civile. À la lecture des *index* des ouvrages de droit judiciaire privé, la chose ne va pourtant pas de soi car, le plus souvent, n'y figurent ni le mot accord, ni le mot contrat, ni le mot convention, et l'expression «accord processuel» ou «accord sur la juridiction» encore moins. De quoi s'agit-il? Seuls nous intéressent ici les accords conclus par les parties au cours d'un procès qui les oppose, à l'exclusion des accords conclus par les parties en l'absence de litige car le juge n'est pas requis, alors, de vider une querelle, de régler un différend. Il peut certes y avoir des accords soumis à la juridiction gracieuse; l'exercice de la juridiction gracieuse peut parfois même être soumis au consentement du requérant⁵, mais la juridiction gracieuse ne peut pas faire l'objet d'un accord entre les parties, il ne peut y avoir d'accord sur la juridiction gracieuse. Les

3. Pour une vue générale, voir P. Ancel, V° « Contractualisation », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

4. Voir L. Cadet, « Les conventions relatives au procès en droit français - Sur la contractualisation du règlement des litiges », *Revista di processo*, 2008, n° 160, pp. 101 sq.

5. Voir par exemple article 1173 du Code de procédure civile, en matière d'adoption : « Le tribunal peut, avec l'accord du requérant, prononcer l'adoption simple, même s'il est saisi d'une requête aux fins d'adoption plénière ».

Einverständliches Parteihandeln im deutschen Zivilprozess

Prof. Dr. Peter Schlosser

Inhaltsverzeichnis: I. Einleitung; II. Erster Hauptteil: Unmittelbarer einverständlicher Einfluss der Parteien auf den Gang des Verfahrens; 1. Verpflichtungen zur Vornahme oder Unterlassung von Dispositionsakten über den Streitgegenstand; 2. Andere Parteivereinbarungen, insbesondere solchen zur Beweiserhebung; 3. Wirkungsweise anerkannter Verfahrensvereinbarungen; 4. Besonderheiten des Prozessvergleichs; III. Zweiter Hauptteil: Indirekte Anerkennung von Prozessvereinbarungen; 1. Nach der Rechtsprechung „heilbare“ Mängel; 2. Nach der Rechtsprechung nicht „heilbare“ Mängel; IV. Schlussfolgerungen.

I. EINLEITUNG

Das deutsche Recht steht noch immer unter dem Bann, es dürfe keinen „Konventionalprozess“ geben¹. Das hat schon das ehemalige Reichsgericht in einer seiner ersten Entscheidungen² festgehalten. In einem See-Versicherungsfall hatten die Parteien - vermutlich auf dem Formblatt der Versicherung - vereinbart, solche Beweis- und Gegenbeweismittel sollten ausreichen, die nach kaufmännischer Sicht genügen. Daraus hat man bis jetzt die Schlussfolgerung gezogen, Vereinbarungen der Parteien könnten nur dann „unmittelbar“ auf den Prozess einwirken, wenn das Gesetz sie ausdrücklich zulasse. Man kann die wenigen Beispielfälle leicht aufzählen: Der einfachste Fall ist § 404 Absatz 4 ZPO, der lautet:

„Einigen sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige, so hat das Gericht dieser Vereinbarung Folge zu leisten.“

Die Parteien können nach § 224 ZPO auch Vereinbarungen über Fristen treffen, wenn es sich nicht um solche Fristen, wie die Fristen zur Einlegung von Rechtsmitteln, handelt, die das Gesetz ausdrücklich als „Notfristen“ bezeichnet.

1. Statt aller *Rosenberg/Schwab/Gottwald* Zivilprozessrecht, 17. Aufl. (2010), § 66 Nr. 4; *Stein/Jonas/Leipold* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. (2005), Vorbemerkung zu § 128 Randnummer (künftig Rn.) 300.
2. Amtliche Sammlung der Entscheidungen in Zivilsachen (RGZ) 20, 399, 402.

Contracting for procedure¹

Kevin E. Davis² & Helen Hershkoff³

Table of Contents: abstract; introduction; i.An overview of contract procedure; A. Contract Procedure and Commercial Practice;B. Contract Procedure and Judicial Review; II.Contract procedure as a private concern A. Efficiency;B. Substantive Fairness;C. Litigant Autonomy;D. Fair Process; III. The public dimension of contract procedure; A. Contract Procedure and Outsourcing; 1. Dispute Resolution as an Inherently Governmental Function;2. Outsourcing Can Be a Planned or De Facto Regulatory Practice;3. Contract Procedure as De Facto Outsourcing; B. Contract Procedure and Negative System Effects; 1. Information About the Dispute;2. Information About the Adjudicative Process; C. Contract Procedure and Democratic Decision Making;D. Summary; IV.Challenges in defining the limits of contract procedure; A. Securing Transparency Through Information Disclosure;B. Encouraging Procedural Accountability Through Rulemaking Oversight;C. Promoting Legitimacy Through Choice-of-Law Inspired Judicial Review; Conclusion:aconstitutional transformation too far?

ABSTRACT

Judicial decisions of public courts increasingly are based on “contract procedure,” private rules of procedure that the parties draft and assent to before a dispute even has arisen. These rules govern such matters as the forum in which the proceeding will be conducted, whether a jury will be involved in adjudicating the dispute, the scope of rights of discovery, and rules of evidence. The practice deserves greater attention and should raise more profound concerns than the academic literature currently suggests. We argue that contract procedure operates as a form of privatization that effectively

1. Originally published in 53 William and Mary Law Review 507-565 (2011)
 2. Beller Family Professor of Business Law, New York University School of Law.
 3. Herbert M. and Svetlana Wachtell Professor of Constitutional Law and Civil Liberties and Co-Director, Arthur Garfield Hays Civil Liberties Program, New York University School of Law.
 The authors thank the Filomen d’Agostino and Max Greenberg Research Fund of New York University School of Law for financial support; Dana Burwell, Marek Denisiuk, Andrew Friedman, David Goett, Inayat Ali Hemani, Ryan Hooper, Brian Leary, Wonjun Lee, Geng Li, Daniel Marx, Jessica Rubin-Wills, and Robert Swan for research assistance; Robert Anselmi for administrative support; and Gretchen Feltes and Linda Ramsingh for library assistance. The authors jointly presented a version of this Article at the New York University School of Law Faculty Workshop, and Helen Hershkoff presented versions at the Emory Law School Faculty Colloquium and at the William & Mary School of Law’s Symposium; the authors thank participants at those events and also express appreciation to Clayton Gillette, Catherine Kessedjian, Michael Levine, Stephen Loffredo, Alan Schwartz, and Vincenzo Varano for written comments and helpful discussion. © 2011.

Procedural Contracts in Germany

*Dr. Christoph A. Kern
Professor da Universidade de
Heidelberg, Alemanha.*

Table of Contents: I. Introduction; II. Types of Procedural Contracts; 1. Procedural Contracts in the Strict Sense; a) Definition; b) Theoretical Considerations; c) Admissibility of Such Contracts; d) Effects of Such Contracts; 2. Contracts Creating an Obligation with Respect to Proceedings; a) Definition; b) Theoretical Considerations; c) Admissibility of Such Contracts; d) Effects of Such Contracts; III. The Law Governing Procedural Contracts; 1. Principle; a) Rules of Substantive Contract Law; b) Examples; c) Conflict of Law Rules; 2. Irrelevance of the Substantive Rights in Dispute; 3. Additional Requirements for the Conclusion of the Contract; IV. Triangular Procedural Contracts?; V. Conclusion.

I. INTRODUCTION

Whether, and if so, with regard to which issues, the parties can by agreement modify the rules of procedural law is a difficult question for all legal systems.

On the one hand, the rules of procedural law aim at guaranteeing fair and just proceedings before public courts, leading to correct results at low costs and in an acceptable amount of time¹. As public courts are institutions created and run by the State, these institutions must not act in a way which contradicts the legislature's ideas of procedural fairness and procedural justice.

On the other hand, the rules of procedural law which are in force at a certain point in time are not the exclusive way of organizing court proceedings so that they meet the requirements of fairness and justice. Were this otherwise, the rules of procedural law would remain unchanged unless new ideas of fairness and justice come up, and civil procedure would be identical in all countries which share the same ideas of fairness and justice – both is obviously not the case. In addition, many procedural rules appear to be primarily of a rather technical nature. This suggests that numerous alternative solutions exist, which in turn could mean that it can be left to the parties to choose the applicable rules.

Such a liberal approach seems particularly adequate for civil procedure. Civil procedure deals with proceedings in which the parties seek to enforce or

1. See, e.g., Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab & Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17th ed., Munich: C.H. Beck 2010, § 1 mn. 5 et seq.; Christoph A. Kern, Perception, Performance and Politics: Recent Approaches to the Qualitative Comparison of Civil Justice Systems, *Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)* 14 (2009), 445, 456 = *Percepção, Performance e Política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil*, in: *RePro* 198, ano 36, agosto 2011, 321, 335.

Contracts and procedural law: some remarks on Dutch law

Marte Knigge¹ and Bart Krans²

Sumário: 1. Contract and proceedings: bits and pieces; 2. Contracts on collective settlement of mass damages; 3. Agreements concerning alternative dispute resolution; 4. Jurisdiction agreements; 4.1. International jurisdiction; 4.2. Territorial competence; 4.3. Subject matter competence; 5. Agreements concerning evidence; 6. Terms; 7. Some agreements on court proceedings; 8. General conditions; 9. Changes ahead: quality and innovation; 10. Changes ahead: the Netherlands commercial court; 11. To conclude

1. CONTRACT AND PROCEEDINGS: BITS AND PIECES

In this chapter we will discuss some elements of the possibilities to design one's own procedural regime in state proceedings. Of course, one can choose for an 'own' regime by opting for some form of arbitration. Arbitration clauses may also pave the road to another procedural regime than state proceedings.³ Although interesting, important for practice, and topic of many publications in the Netherlands, that is not the main type of mechanisms we are referring to in this chapter.

For this book on contracts and procedures, we will address the question: to what extent is it possible, according to Dutch law, to derogate from general procedural law by agreement? The law explicitly allows some of these agreements. Hereafter, we will discuss several topics on the crossroad of contracts and civil procedure law for Dutch law. After some short remarks on collective settlement of mass damages (section 2) we briefly go into agreements on alternative dispute resolution (section 3). Then we turn to contracts concerning court proceedings: jurisdiction agreements (section 4), agreements as to evidence (section 5), agreements on the periods in the procedure (section 6), agreements on terms (section 6) and two types agreements concerning state proceedings which are difficult to categorize (section 7). We will conclude that part with some remarks on clauses in general terms.

1. Professora da Universidade de Leida, Holanda.

2. Professor da Universidade de Leida, Holanda.

3. Since January 2015 a renewed Arbitration Act came into force in the Netherlands. The Dutch Arbitration Act is a part of the Dutch Code of Civil Procedure. An English translation of the Dutch Arbitration Act on arbitration can be found on www.nai-nl.org/en/ under Rules, Clauses & Legislation (last consulted in December 2016).

Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali ¹

Remo Caponi²

1. - Il seminario su «Accordi di parte e processo» si colloca nella migliore tradizione interdisciplinare della *Trimestrale*, che tanto affascina gli studiosi insofferenti delle barriere mentali frequentemente erette a difesa dei famigerati settori scientifico-disciplinari.

2. - Il tema può essere sviluppato in almeno due direzioni fondamentali.

La prima ha ad oggetto gli accordi diretti alla composizione delle liti, nei loro riflessi sul processo civile ⁽³⁾.

La seconda ha ad oggetto gli accordi che, secondo una prima e generica definizione, incidono sullo svolgimento del processo civile.

3. - Imbocchiamo la seconda direzione: gli accordi processuali.

È questo un angolo visuale privilegiato per osservare come la tensione tra diritti (e autonomia) delle parti e poteri del giudice, cioè autorità dello Stato, si profili ed evolva nell'epoca moderna, nel processo civile.

La riflessione non cade quindi su questo o quell'accordo processuale, bensì sul problema stesso del rapporto tra autonomia privata delle parti e disciplina legislativa del processo civile statale, con l'obiettivo di estendere i margini della negoziabilità delle regole processuali, per scoprire ciò che effettivamente non è negoziabile.

-
1. Il testo ha costituito la base dell'intervento alla giornata di studio *Accordi di parte e processo*, in occasione del sessantenario della fondazione della *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Bologna, 1° dicembre 2007, nonché della relazione presentata al convegno dell'Università degli Studi di Siena, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, tenutosi a Siena il 23-24 novembre 2007, in occasione della presentazione del libro di F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2007. È stata parzialmente mantenuta la forma di esposizione orale, con l'aggiunta di un apparato essenziale di note.
 2. Ordinario dell'Università di Firenze
 3. Per un'ampia panoramica v. GABRIELLI, LUISO, *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2006. Per un profilo limitato agli accordi tra i coniugi in considerazione della crisi coniugale, v. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile (appunti sul possibile ruolo del notaio nella crisi coniugale)*, in *Foro it.*, 2008, V, in corso di pubblicazione.

Gli Accordi Processuali in Italia

Luca Penasa¹

SOMMARIO: 1. La categoria degli accordi processuali e, più in generale, dei negozi processuali nella dottrina processualcivilistica italiana: dall'iniziale accoglimento al successivo generalizzato abbandono; 2. Le critiche alla categoria del negozio processuale e il loro (possibile) superamento; 3. Rifiuto della distinzione fra accordi processuali con efficacia dispositiva e con efficacia obbligatoria: gli unici accordi processuali sono quelli con efficacia dispositiva; 4. Accordi processuali espressamente previsti nell'ordinamento italiano; 5. Il problema della tipicità o atipicità degli accordi processuali, ovvero del rapporto tra autonomia privata e processo civile; 6. La disciplina degli accordi processuali.

1. LA CATEGORIA DEGLI ACCORDI PROCESSUALI E, PIÙ IN GENERALE, DEI NEGOZI PROCESSUALI NELLA DOTTRINA PROCESSUALCIVILISTICA ITALIANA: DALL'INIZIALE ACCOGLIMENTO AL SUCCESSIVO GENERALIZZATO ABBANDONO

In un relativamente recente scritto sui rapporti fra autonomia privata e processo civile si è osservato che la categoria degli accordi processuali non ha goduto di particolare attenzione da parte della dottrina italiana, anzi su di essa è calato sostanzialmente l'oblio, tanto che il tema appare attualmente «un ramo piuttosto secco nella riflessione italiana contemporanea»². Di tale disinteresse si sono individuati – nel medesimo scritto – due ordini di ragioni. Il primo è la concezione di stampo classicamente liberale – ad avviso dell'Autore ancora dominante in Italia – per cui tra giustizia arbitrale e giustizia statale non esistono chiaroscuri, né vie intermedie. Se quella è il “regno” ove le parti possono esercitare la propria autonomia privata (in ordine non solo all'an del conferimento agli arbitri della risoluzione delle liti che le vedono contrapposte, ma anche al *modus procedendi* del giudizio arbitrale); la giustizia statale è all'opposto il “regno” della predeterminazione legale delle forme, degli atti, e delle situazioni giuridiche processuali dei litiganti e del giudice, predeterminazione sulla quale di regola si ritiene non possano incidere le parti

1. Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università di Padova. Avvocato.

2. Così CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Accordi di parte e processo*, numero speciale della *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 105.

esplicarsi dell'autonomia privata anche in campo processuale⁹⁴, salvo i limiti della contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Entrambe queste tesi ammettono la possibilità per i privati di concludere accordi processuali al di fuori delle ipotesi previste dalla legge imponendo sempre una verifica sul carattere imperativo o dispositivo della norma processuale, che le parti intendono pattiziamente derogare. In ragione di ciò a mio avviso non vi è differenza – almeno negli esiti – tra le due tesi. Infatti, una volta che si concordi sulla imperatività o meno della norma processuale che in concreto viene in rilievo, i risultati in termini di inammissibilità o ammissibilità di un accordo processuale saranno gli stessi, qualsiasi delle due tesi si segua. Tra queste due tesi vi è soltanto una differenza di prospettiva e di punto di partenza: quella del diritto processuale dispositivo parte dalla norma processuale e, solo dopo una verifica circa il suo carattere dispositivo, ammette uno spazio di operatività agli accordi tra le parti; l'altra tesi parte dalla generale validità degli atti di autonomia privata anche in campo processuale per poi giungere alla norma processuale, per verificare se *in casu* l'atto deve ritenersi nullo per contrarietà a una norma imperativa. Una simile differenza di punto di partenza può determinare un atteggiamento rispettivamente di maggior cautela o invece di maggior liberalità nell'ammettere accordi processuali atipici. A mio avviso, un approccio maggiormente cauto risulta sicuramente preferibile, perché nonostante la strumentalità del diritto processuale, questo rimane altro dal diritto sostanziale e dunque la autonomia privata non potrà lì estendersi con quell'ampiezza che si ritrova in quest'ultimo. Proprio questo approccio di maggiore cautela, sotteso alla tesi del diritto processuale dispositivo, è la ragione per cui a mio avviso essa deve ritenersi preferibile. Ricordando tuttavia – ancora una volta – che entrambe le tesi giungono ai medesimi risultati, una volta che vi sia concordia sul carattere imperativo o invece dispositivo della norma processuale che in concreto viene in rilievo.

La verifica circa il carattere imperativo della norma, tuttavia, dovrà a mio avviso svolgersi in maniera parzialmente diversa da come riteneva Schiedermaier⁹⁵, per il quale era all'uopo sufficiente stabilire se la norma perseguisse un pubblico interesse. Come è stato osservato, un interesse pubblico potrebbe sempre essere individuato a base di norme di natura pubblica quali quelle processuali, o almeno vi potrebbe sempre essere il dubbio che un simile interesse sussista⁹⁶. Piuttosto si dovrà verificare se accanto a un interesse

una positiva verifica sul se l'attribuzione di quel potere (il cui esercizio è rimesso alla volontà del singolo) comporti anche la possibilità di disporre in via convenzionale, verifica per la quale è necessario stabilire le ragioni a fondamento dell'attribuzione di quel potere (cfr. p. 165).

94. Fatta propria da CHIZZINI, *Konventionalprozess* cit., 54 e CAPONI, *Autonomia* cit., 108.

95. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen* cit., 57 ss.

96. Cfr. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln* cit., 9 s.; WAGNER, *Prozessverträge*, cit., 50; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato* cit., 154 s.

Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior¹

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Breves considerações sobre os negócios jurídicos materiais e processuais; 3. Existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos – Campo-invariável; 4. Existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais – Campo-dependente e campo-dependente²; 5. Uma palavra sobre o objeto lícito nos negócios processuais e a relevância da ordem pública como limite à negociação; 6. Como compatibilizar a autonomia da vontade no processo e os negócios jurídicos processuais com o microsistema das demandas de massa e com o sistema de precedentes³; 7. Conclusões.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O fato de o CPC/2015 instituir, em seu artigo 190, uma *cláusula geral de negociação sobre o processo* tem posto os *negócios jurídicos processuais* no centro dos debates acadêmicos e tem induzido processualistas de escol²⁻³ a propalar a *inserção*, no novo sistema processual, do *princípio da autonomia ou do*

1. Doutorando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Graduado em ciências jurídicas e sociais pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Professor da Escola Superior da Advocacia da Paraíba. Advogado.
2. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, Vol 1. 17ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 132-136; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. In: CABRAL, A. P.; DIDIER JR., F.; NOGUEIRA, P. H. P. (Org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 44.
3. De acordo com Loïc Cadiet, processualista francês, há cerca quinze anos tem-se refletido sobre os negócios jurídicos processuais na França. Segundo o autor essas reflexões surgiram num contexto de crise da justiça estatal e do impulso dos meios alternativos de solução de conflito. In: CADIET, Loïc. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la constructuralización del proceso y de*

autorregramento da vontade no processo, que estaria concretizado no art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC/2015 – disposição constante no rol das normas fundamentais do processo civil –, assim como em vários outros dispositivos ao longo do código, a exemplo do já citado art. 190.

Isso não quer significar, contudo, que, na vigência do CPC/73 – que se estenderá até 17.03.2016 –, não seja possível a celebração de negócios jurídicos processuais, ou que não deva haver respeito ao *autorregramento da vontade no processo*.

É questionável a asserção de que o CPC/2015 instituiu o *princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo*. Instituiu mesmo? No regime do CPC/73, já não deve haver respeito à autonomia da vontade no processo? As características que se têm apontado para defender a criação, pelo CPC/2015, do *princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo* – tais como: o incentivo à autocomposição; a delimitação do objeto litigioso do processo pela vontade das partes; a previsão de um significativo número de negócios processuais típicos; a positivação do princípio da cooperação e a previsão de uma cláusula geral de negociação processual – já estão todas presentes, embora que com menor nitidez, no sistema processual do CPC/73, iluminado pela CF/88. Aliás, o art. 158 do CPC/73 já estabelece que: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”. Além disso, afigura-se uma contradição em termos falar-se de *ato processual*, sem se atribuir relevância à *vontade*, afinal, esta é o *elemento nuclear* do suporte fático dos atos jurídicos *lato sensu*⁴, dentre os quais se encontram (i) o ato jurídico *stricto sensu* (incluso o ato processual) e (ii) o *negócio jurídico* (incluso o negócio jurídico processual).

Pode-se contra-argumentar que no CPC/73 não havia uma *cláusula geral de negociação processual*⁵, como a do art. 190 do CPC/2015; mas, e o art. 158 do CPC/73, não faz as vezes de uma tal cláusula geral de negociação processual? Não se pode olvidar que é plenamente possível a realização de negócios jurídicos processuais *atípicos*, na vigência do CPC/73, e a doutrina apresenta fartos exemplos desses negócios. O que não se pode é negociar onde o CPC/73 impõe vedação (v.g., negociar quanto aos prazos peremptórios - art. 181, CPC/73), o

lajusticia en Francia. Civil Procedure Review, v. 3, n.3: 3-35, aug.-dec., 2012, p. 5-6. Disponível em: www.civilprocedurereview.com.

4. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, T. III. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954, p. 56.

5. Até essa afirmação é questionável, tendo em vista a redação do art. 158 do CPC/73. Leonardo Carneiro da Cunha, por exemplo, defende que tal dispositivo legal autoriza os negócios jurídicos processuais *atípicos*. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. In: CABRAL, A. P.; DIDIER JR., F.; NOGUEIRA, P. H. P. (Org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 44-45.

A Igualdade e os Negócios Processuais

Rafael Sirangelo de Abreu¹

Sumário: 1. Considerações Introdutórias; 2. As múltiplas manifestações da igualdade nas suas relações com o processo civil; 2.1. Igualdade ao processo; 2.2. Igualdade no processo; 2.3. Igualdade pelo processo; 3. Os reflexos da igualdade no tratamento dos negócios processuais; 3.1. Incidência em negócios pré-processuais que dificultem o acesso equilibrado ao processo; 3.2. Incidência em negócios processuais que afetem o equilíbrio do processo; 3.3. Precedentes e negócios processuais; 4. Considerações finais.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Mudanças legislativas nunca tiveram o condão de, por mero efeito de seu advento, exercer grandes transformações culturais nas sociedades. É certo, entretanto, que o rompimento de certos dogmas e a construção de novas bases teóricas e dogmáticas no Direito, em especial no Direito Processual, podem funcionar como mecanismo de indução para uma transformação maior, em termos de cultura jurídica e no modo de compreender as relações entre o cidadão e o estado. O advento do novo Código de Processo Civil brasileiro, portanto, pode ser concebido como mero resultado de uma tentativa de reforma pontual de institutos processuais e de aspectos procedimentais ou, o que demanda muito mais do que uma simples “canetada”, funcionar como um veículo para uma verdadeira reforma da Justiça Civil.

A completa compreensão dos resultados dessa mudança legislativa somente será possível se estes forem vistos em perspectiva, dentro de dez ou vinte anos. Por ora, entretanto, é possível cogitar de certos temas que poderão, mais do que simplesmente impor alteração pontual na forma de agir em juízo, significar um verdadeiro espaço de mudança na cultura processual brasileira. O novo Código de Processo Civil brasileiro disciplina, entre outras reformas de fundo, um sistema de precedentes (à brasileira, é verdade), um parâmetro analítico de fundamentação das decisões judiciais, reestrutura a tutela cautelar e a antecipação de tutela e eleva o contraditório (compreendido como

1. Advogado. Mestre e Doutorando em Direito pela UFRGS. Professor do Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Processo Civil da UFRGS e da Uniritter – RS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

potencialidade de influência) ao papel de regra motriz do processo, apenas para citar algumas das questões mais relevantes, que foram objeto de verdadeira e profunda reforma, e quanto às quais certamente haverá frutífero e acalorado debate pela doutrina.

Pode-se incluir dentre estes temas o incremento dado pelo legislador ao papel da autonomia da vontade das partes no que diz respeito às suas posições processuais e à construção do procedimento. O novo Código de Processo Civil (“NCPC”) atribui às partes, dentre outros poderes, e naquilo que releva ao presente ensaio, a possibilidade de, antes ou durante o processo, se a causa versar sobre direitos que admitam autocomposição, “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”².

Não há dúvida de que a norma que pode ser reconstruída a partir do texto normativo acima destacado outorga papel de destaque ao autorregramento da vontade das partes em matéria de procedimento e de suas posições processuais (entendidas aqui como gênero do qual fazem parte seus direitos, deveres, ônus e faculdades). De outro lado, é forçoso admitir que essa permissão abstrata encontra limites no próprio NCPC e na ordem constitucional brasileira, de modo que nem todo e qualquer exercício de autonomia da vontade das partes em matéria processual poderá ser admitido como possível. Se até mesmo no direito privado a autonomia da vontade encontra limites, não poderia ser diferente no processo civil, sistema de direito público cuja finalidade precípua é a tutela dos direitos³.

Ocorre que os limites fornecidos pelo texto aprovado pelo Congresso Nacional, justamente porque versados em linguagem⁴, comportam interpretação

2. Conforme art. 190 do Novo Código de Processo Civil:

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.

3. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008, em especial, p. 113; MITIDIERO, Daniel. A Tutela dos Direitos como fim do Processo Civil no Estado Constitucional. In: *Revista de Processo*, vol. 229/2014, pp. 51 e ss.

4. Não há como deixar de atentar ao fato de que os textos jurídicos sofrem problemas de dupla indeterminação, quais sejam, a sua equivocidade (entendida como ambiguidade - texto pode exprimir A ou B -, complexidade - texto exprime A, mas pode exprimir também B -, implicação - texto exprime A, mas isso pode implicar B - e defectibilidade - texto exprime A, exceto se algo ocorre) e sua vagueza - impossibilidade de a linguagem prever todas as situações de possível recondução ao seu campo de aplicação. Da indeterminação do seu significado deriva a consequência de que cada texto normativo

Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015

Bruno Garcia Redondo¹

Sumário: 1. “Publicismo” do Direito Processual Civil e o Código brasileiro de 1973; 2. Autorregramento da vontade das partes no Código de 1973; 3. Autorregramento da vontade das partes no Código de 2015; 4. Código de 2015: cláusula geral de atipicidade de convenções processuais e princípio da do respeito ao autorregramento da vontade; 5. Rompimento radical com o anterior sistema: necessidade de mudança de paradigma para a adequada interpretação da inovação; 6. Bibliografia.

1. “PUBLICISMO” DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O CÓDIGO BRASILEIRO DE 1973

O Direito Processual é ramo ainda muito “novo” do Direito. É comum identificar-se o ano de 1868 como a data de seu “nascimento”, isto é, o momento do surgimento de sua autonomia científica, mediante célebre obra de Oskar Bülow² que identificou a existência de uma relação jurídica (processual) diversa da relação de direito material, a qual estaria sujeita a pressupostos e requisitos próprios. A partir dos estudos que se seguiram, procedeu-se à diferenciação dos planos do ordenamento jurídico (material e processual) e reconheceu-se o Direito Processual como ramo do Direito Público.

-
1. Doutorando (PUC-SP) e Mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP). Pós-Graduado em Direito Processual Civil (PUC-Rio). Professor efetivo nas Graduações da PUC-Rio e da UFRJ. Membro efetivo do IBDP, da ABDPC, do Instituto ICPC e do IIDP. Procurador da UERJ. Advogado
 2. BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. (trad. bras. Ricardo Rodrigues Gama). São Paulo: LZN, 2005.

Ao longo dos mais recentes séculos, especialmente no que tange aos países do sistema romano-germânico e de *civil law*, foi possível identificar um movimento no sentido da “publicização” do Direito Processual³. Esse movimento não se resume à mera identificação do Direito Processual como ramo do Direito Público, mas, a rigor, o estabelecimento de um modelo de processo que veio a ser denominado de *inquisitivo* (*inquisitorial* ou *não adversarial*).

De acordo com o modelo inquisitivo mais rigoroso, o órgão jurisdicional assume a função de protagonista principal da relação processual. Rompida a inércia da jurisdição pela provocação da parte, o processo passa a se desenvolver por impulso oficial. O magistrado é quem realiza a maior parte da atividade processual, especialmente no que tange à condução, ao desenvolvimento e à instrução do processo. Permite-se ao juiz a produção de prova de ofício, bem como o indeferimento das provas que considerar desnecessárias ou irrelevantes para a solução da causa. Há preponderância dos atos escritos sobre os orais. Nesse modelo, costuma predominar o *princípio inquisitivo*.

Dito modelo foi adotado, entre outros, pelos Códigos de Processo Civil da Áustria (1895), da Alemanha (1896), da Hungria (1911), da Noruega (1915), da Dinamarca (1916), da Iugoslávia (1929), da Polônia (1933), da Suécia (1942), pela Lei de Procedimento Civil Federal da Suíça (1947)⁴.

Ainda predomina a afirmação de que este modelo teria sido o adotado pelos Códigos de Processo Civil brasileiros de 1939 e de 1973, tendo em vista a consagração do impulso oficial, da amplitude dos poderes instrutórios do juiz, dos poderes decisórios sobre matérias cognoscíveis *ex officio* e do sistema do (livre) convencimento motivado, entre outros, não obstante parte da doutrina defender – a nosso ver, com razão – que o modelo compatível com o Direito Processual Civil brasileiro da atualidade seria um modelo “misto”, mais cooperativo⁵.

2. AUTORREGRAMENTO DA VONTADE DAS PARTES NO CÓDIGO DE 1973

Não obstante a profícua divergência doutrinária sobre o tema⁶, vê-se que, ao menos na prática forense, prevaleceu o entendimento de que o Código de

-
3. Por todos, JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.
 4. CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 43-45.
 5. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56-57; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 2. ed.. São Paulo: RT, 2011, *passim*; e DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1, p. 124-131.
 6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 33-44; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: MOREIRA,

Calendarização processual

“[...] civil procedure should be simplified and made more flexible and expeditious, while at the same time maintaining the guarantees provided for litigants by the traditional rules of procedure and maintaining the high level of justice required in a democratic society” (Recomendação n. R (84) 5, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 28 de fevereiro de 1984).

Eduardo José da Fonseca Costa¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Calendarização (primeira parte); 3. Calendarização (segunda parte); 4. Calendarização processual como técnica de governança judicial; 5. Acordo de calendarização e acordo de procedimento; 6. Calendarização por imposição judicial; 7. Recusa da parte ou do advogado à calendarização; 8. Modelos de termo de calendarização; 9. Calendarização em execução; 10. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, as regras jurídicas sobre aceleração do processo ainda estão fadadas à ineficiência. O problema tem raízes menos legislativas que dogmáticas. O CPC de 1973 e as leis processuais extravagantes já carregam enorme potencial de aceleração do desfecho das causas. Entretanto, só é possível esgotar todo esse potencial mediante uma dogmática mais criativa. Um pouco mais de imaginação científica conferiria às ferramentas já postas no sistema processual uma capacidade de agilização ainda maior. Entretanto, a ciência do processo brasileira é exclusivamente *analítica*, ou seja, é voltada tão apenas à fixação de pontos estáticos de compreensão do sistema. Para haver um bom emprego das técnicas de aceleração processual pelo meio forense, não basta que a comunidade dos juristas se cinja a classificar, sistematizar e definir essas técnicas, tal como expressamente desenhadas nos textos de lei. Noutras palavras: não basta compreender cientificamente as técnicas sobre aceleração processual *secundum legem* [*know why*], mas produzir tecnologias inovadoras *praeter legem* de aceleração processual e aprender a manipulá-las

1. Juiz Federal Substituto em Ribeirão Preto/SP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor dos cursos de pós-graduação *latu sensu* em Direito Processual Civil da USP em Ribeirão Preto/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Panamericano de Direito Processual. Membro dos Conselhos Editoriais da Revista Brasileira de Direito Processual