



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALESSANDRO ALVES DE SOUSA

**PROTOCOLOS INSTITUCIONAIS: A TEMÁTICA DA
CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS
ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS.**

Salvador
2018

ALESSANDRO ALVES DE SOUSA

**PROTOCOLOS INSTITUCIONAIS: A TEMÁTICA DA
CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS
ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo docente Alessandro Alves de Sousa ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Társis Silva de Cerqueira

Salvador
2018

ALESSANDRO ALVES DE SOUSA

**PROCOLOS INSTITUCIONAIS: A TEMÁTICA DA
CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS
ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo docente Alessandro Alves de Sousa ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 22 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora

Társis Silva de Cerqueira – Orientador

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Rodrigo Andres Jopia Salazar

Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia e Especialista em Teoria do Processo (UFBA) e Direito Processual Civil (Jorge Amado).

Heron José de Santana Gordilho

Pós-Doutor em Direito pela Pace University Law School, Nova Iorque.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, Aquele que me deu saúde, força e determinação para concluir essa jornada.

Agradeço a minha família, por toda educação, amor e apoio incondicional a mim dispensados, vocês são o exemplo de pessoa que eu almejo ser na vida.

Agradeço a Universidade Federal da Bahia, a Faculdade de Direito, aos professores, direção e corpo de servidores por terem oportunizado a janela que hoje vislumbro diante de mim.

Ao meu orientador Tárzis Silva de Cerqueira, pelo suporte em todo o tempo que lhe coube, por suas correções e incentivos.

E a todos que de alguma forma contribuíram durante essa jornada de anos, o meu muito obrigado.

SOUSA, Alessandro Alves. **Protocolos Institucionais: A temática da celebração de convenções processuais envolvendo entes públicos**. 2018. 76 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho explora a possibilidade de celebração de protocolos institucionais entre Entes Públicos com o objetivo de possibilitar que os processos em que o Estado seja integrante estejam disciplinados e geridos de uma melhor forma, inclusive como modo de garantir que a representação Estatal seja bem desempenhada, que o processo seja mais célere e que a atuação das partes e do julgador esteja mais bem regrada. Assim, este trabalho analisa os requisitos do instituto mencionado, seu enquadramento no ordenamento jurídico, além dos moldes e consequências de sua utilização, especialmente em função da abertura negocial trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. Contudo, seria inviável abordar, com a profundidade e densidade adequadas, todas as questões, limites e/ou possibilidades que dizem respeito à utilização dos protocolos institucionais. Em razão disso, o recorte metodológico aqui adotado limita-se à sua aplicabilidade em litígios envolvendo a Administração Pública, eleita em razão da substancial quantidade de processos em que a mesma figura no polo passivo da demanda, o que demonstra a relevância e pertinência da discussão sobre um regramento processual adequado e compatível aqui esboçada. Ressalta-se que a metodologia utilizada neste trabalho de monografia é a de pesquisa bibliográfica, uma vez que a técnica de pesquisa foi desenvolvida através de levantamento de livros e artigos científicos nacionais, através do aproveitamento de seus conteúdos.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Negócio Jurídico. Poder Público. Aumento das demandas processuais. Possibilidades para autocomposição. Regramentos Processuais. Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The present work explore the possibility of signing institutional protocols among Public Entities with the objective of enabling the processes in which the State integrates to be disciplined and better managed, including as a way to ensure that State representation is well performed, that the process is faster and that the performance of the parts and the judge is better regulated. Thus, it analyze the requirements of the institute mentioned, its framework in the legal system, and the ways and consequences of its use, especially in view of the negotiating openness brought by the Civil Procedure Code of 2015. However, it would be unfeasible to address, with appropriate depth and density, all questions, limits and / or possibilities concerning the use of institutional protocols. As a result, the methodological approach adopted here will be limited to its applicability in litigation involving the Public Administration, elected due to the substantial number of cases in which it is in the passive poles of the claim, which demonstrates the relevance and pertinence of the discussion on an appropriate and compatible procedural rule outlined here. It should be emphasized that the methodology used for monographic work is bibliographic research, in view of the research technique developed through the reading of national books and articles, through the exploitation of its content.

Keywords: Civil Procedural Law. Juridical Business. Public Power. Increase of the number of processes. Auto composition possibility. Procedural Regulations. Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	1
1 INTRODUÇÃO	2
2 ESTRUTURA DO ESTADO	4
2.1 Diferenciação entre órgão e pessoa jurídica de direito público	5
2.2 Conceito e natureza de órgão público.....	8
2.3 Teoria dos órgãos públicos	9
2.4 Classificação dos órgãos públicos.....	10
2.5 Representatividade do Ente público em juízo.....	12
3 INTRODUÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	18
3.1 A abertura negocial do Código de Processo Civil de 2015	20
3.2 Constitucionalidade da cláusula de negociação processual	25
3.3 Atuação das partes como limite à atividade jurisdicional	29
3.4 Requisitos.....	31
3.4.1 Capacidade	32
3.4.2 Objeto.....	34
3.4.3 Forma	37
3.5 Anulabilidade dos negócios jurídicos processuais	38
3.5.1 Vícios da vontade	39
3.5.2 Vícios sociais.....	42
3.6 Eficácia dos negócios jurídicos processuais	44
3.7 Classificação	46
3.7.1 Acordos obrigacionais e acordos dispositivos	46
3.7.2 Convenções prévias e incidentais.....	47
3.7.3 Convenções onerosas e gratuitas	48
3.7.4 Convenções comutativas e aleatórias	48
3.7.5 Protocolos institucionais	49
3.7.6 Convenções típicas e atípicas.....	49
3.7.7 A controvérsia sobre a participação do juiz	50
3.8 Negócios processuais no direito administrativo.....	51
4 PROTOCOLOS INSTITUCIONAIS	53
4.1 Conceito e natureza jurídica.....	55
4.2 Espécies de protocolos institucionais	56
4.2.1 Destinados à melhor gestão de processos	57
4.2.2 Destinados à consecução de políticas públicas	58
4.3 A função do protocolo institucional no estímulo à autocomposição.....	59
4.4 Requisitos.....	60
4.4.1 Ausência de prejuízos a terceiros	60
4.4.2 Preservação da adequada prestação jurisdicional.....	61
4.4.3 O respeito à liberdade jurisdicional.....	62
4.5 A controvérsia sobre protocolos institucionais e prazos processuais.....	62
5 CONCLUSÃO	63
6 REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

Um dos aspectos mais consagrados do Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº. 13.105/2015) foi sua disciplina acerca da abertura negocial conferida às partes, uma vez que é permitido que os envolvidos transacionem acerca das regras processuais aplicáveis à espécie, desde que observados os requisitos pertinentes, inclusive sendo permitida a celebração de negócio jurídico processual atípico.

Nesse contexto, o espírito legislativo traçado a partir da inovação processual de 2015 consagrou a autocomposição enquanto resultado desejável, inclusive como forma de reduzir a demanda que o Poder Judiciário enfrenta nos dias atuais.

Quanto ao problema que motivou o desenvolvimento da presente pesquisa, observou-se que o crescimento no quantitativo de processos em tramitação no Poder Judiciário é uma preocupação crescente do legislador, de modo que a abertura negocial traçada pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente a partir da possibilidade de instituição de negócio jurídico processual atípico trazida pelo seu art. 190, deve ser vista e interpretada como uma ferramenta hábil a possibilitar que regras que melhor disciplinem o processo sejam criadas, de forma a se criar um ambiente em que o diploma processual civil atual seja utilizado em sua plenitude e em consonância com a finalidade autocompositiva de sua essência.

Evidenciado este cenário de grande movimentação da máquina judiciária, há que se destacar a sempre elevada participação do Estado nas demandas judiciais, notadamente no polo passivo, o que gera, por consequência, a necessidade de uma estratégia precisa e eficaz no acompanhamento, na gestão e na atuação por parte dos representantes do Ente Público em juízo, seja para prestar o bem jurídico pleiteado pela parte *ex adversa* com maior celeridade, quando devido, seja para garantir uma defesa efetiva e aprofundada dos interesses da Administração, como modo de aplicar o princípio do contraditório e o da ampla defesa também ao Ente coletivo.

É neste ponto específico que se destaca o instituto dos protocolos institucionais, que nada mais são do que ajustes firmados para fixação de regras ou acertos que possibilitem a melhor gestão dos litígios ou o aprimoramento nas mais diversas questões relacionadas ao desenvolvimento do processo, desde que observadas as características pertinentes a cada caso.

Assim, destaque-se a amplitude de opções que se abre com potencial para aprimorar a tramitação de processos integrados pelo Estado, formas de acompanhamento e intervenção, modelos de ciência dos atos praticados, delimitação da matéria, realização de audiência, possibilidade autocompositiva, pautas especiais de julgamento, dentre outras.

Delineada a visão constante do início do trabalho, propõe-se buscar a produção bibliográfica existente para traçar considerações básicas acerca dos requisitos para celebração de protocolos institucionais, suas hipóteses de enquadramento, se existentes quaisquer óbices ou inconsistências com o ordenamento jurídico e, acaso identificados, quais são, além de suas eventuais soluções.

O segundo capítulo se dispõe a traçar considerações inaugurais sobre o Estado e seus órgãos, sua natureza e classificação, uma vez que o recorte do presente trabalho se volta para a celebração de protocolos institucionais por Entes Públicos.

O terceiro capítulo, com igual caráter introdutório, busca analisar os requisitos delimitadores dos negócios jurídicos processuais, voltando-se a modificação autocompositiva introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, sua adequação aos protocolos institucionais, a capacidade negocial das partes envolvidas e sua aplicabilidade ao Direito Administrativo. Aponte-se que a revisão literária limitar-se-á na produção bibliográfica baseada no Código de Processo Civil vigente, muito embora não seja descartada qualquer produção anterior ao diploma processual recente, em especial para fundamentação de conceitos jurídicos e classificação de institutos.

Por consequência, adentrar-se-á no cerne da temática proposta no quarto capítulo, analisando-se o próprio instituto dos protocolos institucionais, sua adequação e enquadramento no ordenamento jurídico processual brasileiro, sua finalidade, seus requisitos, além de se tentar analisar a ampliação da matéria que poderá ser regrada por meio do instituto observado, sempre apontando para as potenciais vantagens na utilização do instrumento.

2 ESTRUTURA DO ESTADO

Segundo as exposições de Ludmila Camacho Duarte Vidal¹, fundamentada na obra *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, do sociólogo Zygmunt Bauman, um dos principais “mal-estares da civilização” atual se encontra no desafio de compatibilização entre os vetores da *liberdade e segurança*, em especial para formulação de um modelo de funcionamento, estrutura e adequação da concepção de Estado enquanto responsável pela fiel regulação das relações travadas pelos administrados em sua convivência social.

A Lei nº. 10.406/2002 instituiu, em seu art. 41², a relação das pessoas jurídicas de direito público interno, a qual é integrada pela União, Estado, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias, inclusive as associações públicas e as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Tal estruturação se mostra relevante para reconhecer que o Estado, no modelo adotado no Brasil, é um ente personalizado, de modo a se apresentar não apenas nas relações traçadas internacionalmente, mas igualmente em abrangência interna, como um sujeito capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem

¹ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. 1. ed. Rio de Janeiro : Gramma, 2017. Págs. 01-02.

² BRASIL. Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias, inclusive as associações públicas; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei. Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

jurídica, tendo em vista que ele se apresenta enquanto pessoa jurídica de direito público³.

É somente em razão dessa personalização do Ente Público que passa a ser possível que o mesmo integre qualquer dos polos processuais, tendo em vista que a personalidade, seja ela de pessoa física ou jurídica, é um dos requisitos da capacidade processual, sem a qual seria impossível que o Estado fosse até mesmo demandado judicialmente.

Mas não é só. Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho, vigora no Brasil o sistema do *pluripersonalismo*, segundo o qual a Federação brasileira é composta não apenas por pessoas jurídicas de direito público centrais, mas de diversas outras entidades que compõem o sistema político que estrutura o Estado⁴.

Ocorre que o Estado é pessoa jurídica e, como tal, é desprovido de vontade própria, de modo que sua atuação se dá através de ações empregadas pelas pessoas físicas que o integram, os denominados agentes públicos⁵.

Entretanto, na composição da gama de relações existentes entre o Ente público e os agentes que o constituem, existem repartições criadas com o intuito de melhor organizar as atividades a serem desempenhadas, inclusive porque essa ramificação se torna necessária para o aprimoramento do serviço prestado. Em verdade, a extensão do alcance e a especialização das atividades serão superiores quanto maior for essa divisão no que se convencionou chamar de *órgãos públicos*⁶.

2.1 Diferenciação entre órgão e pessoa jurídica de direito público

A partir da concepção acerca da atuação do Estado através dos agentes que o compõem, diversas teorias foram formuladas com o intuito de explicar a relação existente entre eles.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl., e atual., até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. Pg. 02.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl., e atual., até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. Pg. 12.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017. Pg. 691.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl., e atual., até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. Págs. 12-13.

Uma primeira corrente instituiu a denominada *teoria do mandato*⁷, segundo a qual os agentes ostentam a condição de mandatários do Estado, respondendo este pelos atos praticados por aqueles. Segundo a lição de José dos Santos Carvalho Filho, esta primeira teoria não pôde prosperar porque o Estado não poderia outorgar mandato, tendo em vista que o mesmo é desprovido de vontade⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello prefere utilizar a denominação de *teoria subjetiva do órgão*, pois a pessoa física que exerce a competência é quem constitui o órgão e, assim, manifesta a vontade do Estado e exprime suas decisões. O próprio autor acrescenta que a crítica que pode ser feita contra esta teoria reside em possível confusão na coincidência entre a pessoa jurídica de direito público e os agentes, o que tornaria o Estado um ser morto, inativo ou até mesmo inexistente, ocorrendo verdadeira redução do Ente público ao agente que o compõe⁹.

Uma segunda teoria criada para tentar explicar a relação existente entre o Ente público e a estrutura que o compõe foi denominada de *teoria da representação*¹⁰, de forma que o agente público exerceria atribuições em auxílio ao Estado. Em razão disso se justificam, inclusive, as críticas emitidas contra esta teoria, quais sejam, estar-se-ia considerando o Ente público como uma pessoa incapaz, além de que acaso o representante exorbitasse os poderes que lhe foram atribuídos, não se poderia falar em responsabilização do Estado, ora representado¹¹.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl., e atual., até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. Pg. 13.

⁸ Em sentido semelhante, “pela teoria do mandato, o agente público é mandatário da pessoa jurídica; a teoria foi criticada por não explicar como o Estado, que não tem vontade própria, pode outorgar o mandato;” em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017. Pg. 691.

⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico dos funcionários públicos*. 1. ed., 4. tiragem. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1984. Pg. 62.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. *Op cit.* Pg. 13.

¹¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta que o representante exerceria funções até mesmo similares às de um tutor ou curador, com críticas similares àquelas formuladas por José dos Santos Carvalho Filho, cf. “pela teoria da representação, o agente público é representante do Estado por força de lei; equipara-se o agente à figura do tutor ou curador, que representam os incapazes; a teoria também foi criticada, quer por equiparar a pessoa jurídica ao incapaz, quer por implicar a ideia de que o Estado confere representantes a si mesmo, quando não é isso o que ocorre na tutela ou curatela; além disso, essa teoria, da mesma forma que a anterior, teoria outro inconveniente; quando o representante ou mandatário ultrapassasse os poderes da representação, a pessoa jurídica não responderia por esses atos perante terceiros prejudicados” em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017. Pg. 691.

O administrativista Marçal Justen Filho¹² acrescenta que as pessoas jurídicas se valem das pessoas físicas como se estas fossem seus órgãos. Tal entendimento, segundo o autor, busca conciliar a vontade da pessoa jurídica e da pessoa física, tendo em vista que a pessoa jurídica é desprovida de vontade e, como tal, não se pode identificar manifestação sua diversa daquela emitida por seu representante¹³.

Celso Antônio Bandeira de Mello já atribui denominação de *teoria objetiva do órgão*, de modo que o órgão não se confunde com seus agentes, sendo, em verdade, resultado do conjunto de funções exercidas ou poderes que cada unidade individualmente exerce, exemplificando essa categoria através da função da *Presidência da República*, ao invés do indivíduo ocupante do cargo máximo do Poder Executivo Federal¹⁴.

Por fim, José dos Santos Carvalho Filho informa que a denominada *teoria do órgão*¹⁵ fora elaborada pelo jurista alemão Otto Gierke, segundo a qual a vontade da pessoa jurídica de direito público é emitida através dos órgãos que a compõem, de modo que esta última, por sua vez, igualmente atua através dos agentes integrantes de sua estrutura¹⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello adota a nomenclatura de *teoria eclética ou mista do órgão*, aduzindo que para esta teoria não seria possível excluir a

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pg. 269.

¹³ O autor fundamenta seu posicionamento em afirmação de Pontes de Miranda, em *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1º a 45*. Rio de Janeiro: Forense, p. 288, que assim dispõe: “onde há órgão, não há representação, nem procuração, nem mandato, nem qualquer outra forma de outorga de poderes. O órgão é parte do ser, como acontece às entidades jurídicas, ao próprio homem e aos animais. Coração é órgão, olhos são órgão; o Presidente da República é órgão; o Governador de Estado membro e o Prefeito são órgãos”.

¹⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico dos funcionários públicos*. 1. ed., 4. tiragem. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1984. Pg. 64.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo. Op cit.* Págs. 13-14.

¹⁶ Maria Sylvania Zanella Di Pietro amplia a lição doutrinária ao ensinar que na teoria do órgão é substituída a ideia de representação pela de imputação, ocorrendo verdadeira fusão entre o Ente e seu órgão, sendo este parte integrante daquele, cf. “pela teoria do órgão, a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a ideia de representação pela de imputação. Enquanto a teoria da representação considera a existência da pessoa jurídica e do representante como dois entes autônomos, a teoria do órgão funde os dois elementos, para concluir que o órgão é parte integrante do Estado” em DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017. Pg. 691.

presença dos órgãos ou tampouco dos atores que atuam através deles, contando, assim, com o elemento subjetivo e com o objetivo. Essa fusão, aparentemente, harmonizaria a presença dos agentes públicos e dos centros de poder existentes no Estado, o que supre as críticas levantadas contra as duas teorias anteriores¹⁷.

2.2 Conceito e natureza de órgão público

Delimitadas essas questões estruturantes do que se admite pela ideia de Estado, avança-se para colher a conceituação elaborada pela doutrina pátria, inclusive como forma de sintetizar as características até então traçadas.

José dos Santos Carvalho Filho entende os órgãos públicos enquanto um compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando executam tais funções, manifestam a própria vontade do Estado¹⁸.

De forma semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua órgão público como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado¹⁹.

Ato contínuo, Marçal Justen Filho entende que órgão público se trata de uma organização, criada por lei, composta por uma ou mais pessoas físicas, investida de competência para formar e exteriorizar a vontade de uma pessoa jurídica de direito público e que, embora destituída de personalidade jurídica própria, pode ser titular de posições jurídicas subjetivas²⁰.

Já para o administrativista Hely Lopes Meirelles, órgãos públicos seriam centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São

¹⁷ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico dos funcionários públicos*. 1. ed., 4. tiragem. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1984. Pg. 65.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl., e atual., até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. Pg. 15.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017. Pg. 692.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pg. 270.

unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica ²¹.

Por derradeiro, Celso Antônio Bandeira de Mello define órgão público como unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Estes devem ser expressados pelos agentes investidos dos correspondentes poderes funcionais, a fim de exprimir na qualidade de titulares deles, a vontade estatal ²².

Observa-se, por oportuno, que todas as definições aqui anotadas se preocupam em analisar a imputação da autoria das condutas praticadas pelo órgão ao Ente público do qual o mesmo faz parte, atuando aquele em verdadeira posição deste, o que revela o cerne da preocupação conceitual ora analisada e ponto de convergência entre as teorias trazidas.

2.3 Teoria dos órgãos públicos

Conforme visto até então, o órgão público não se confunde com a pessoa jurídica de direito público, sendo verdadeiro integrante de sua estrutura.

Assim, verifica-se como consequência o *princípio da imputação volitiva*, de modo que a manifestação de vontade do órgão público é imputável ao Ente que o mesmo pertence ²³.

Desse modo, extrai-se a presença de duas relações jurídicas, uma externa e outra interna. A relação jurídica externa decorre dos vínculos firmados

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Editora Malheiros, 1998. Pg. 67.

²² MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico dos funcionários públicos*. 1. ed., 4. tiragem. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1984. Pg. 69.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl., e atual., até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. Pg. 13.

entre a pessoa jurídica e as demais pessoas, enquanto a relação interna é aquela existente entre o Ente público e seus órgãos²⁴.

Em razão disso, justifica-se porque os órgãos públicos são entidades despersonalizadas, tendo em vista que a pessoa jurídica de direito público que eles integram é que será responsabilizada, não havendo qualquer prejuízo ou dificuldade para imputação de eventuais prejuízos ou apuração de responsabilidade civil, quando devidos.

2.4 Classificação dos órgãos públicos

Delimitado o instituto, importa agora estabelecer as diferenciações entre os agrupamentos doutrinariamente criados, seja com o intuito de distinguir as espécies existentes, seja para delimitar sua amplitude.

Uma primeira classificação diz respeito à *pessoa federativa* que integram, ou seja, dividem-se em *federais, estaduais, distritais e municipais*²⁵.

Diferem-se, também, em razão de sua *situação estrutural*, a depender da posição hierárquica que ocupem. Assim, os órgãos públicos poderão ser *diretivos*, quando possuírem funções de comando ou direção, ou *subordinados*, quando possuírem funções rotineiras de execução²⁶.

Uma terceira categoria proposta diz respeito a estrutura do órgão em razão de sua *composição*, a qual pode ser *singular* quando composta por apenas um integrante, ou *coletiva*, quando composta por uma pluralidade²⁷. Este último grupo se divide, ainda, em razão da quantidade de agentes necessários à

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Op cit. Pg. 13.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Op cit. Pg. 17.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Op cit. Pg. 17.

²⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro utiliza classificação idêntica, acrescentando que “a Presidência da República e a Diretoria de uma escola são exemplos de órgãos singulares, enquanto o Tribunal de Impostos e Taxas é exemplo de órgão colegiado”. A autora ainda faz menção à classificação um pouco diversa do autor Renato Alessi (1970, t. 1:84-85) acerca de órgãos burocráticos e colegiados, diferenciando-se em razão da presença ou não, respectivamente, de hierarquia interna no órgão público, em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017. Pg. 695.

exteriorização da vontade do órgão, a qual igualmente poderá representar um número unitário ou plural²⁸.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta a distinção entre órgãos públicos quanto à *esfera de ação*, separados entre *centrais*, quando suas atividades forem exercidas em todo o território nacional, e *locais*, quando sua atuação ocorrer em uma área específica e delimitada da Federação²⁹.

Já quanto à *estrutura*, a mesma autora segrega os órgãos públicos entre *simples* ou *unitários*, quando possuírem apenas um núcleo de atribuições, ou *compostos*, quando o mesmo for constituído por outros órgãos, a exemplo dos Ministérios e Secretarias³⁰.

Por fim, há que se anotar a relevante e conhecida classificação elaborada por Hely Lopes Meirelles dos órgãos públicos em razão de sua *posição estatal*, podendo os mesmos se encontrar em posição *independente*, quando eles forem originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário -, ocupantes do ápice da pirâmide governamental; *autônomos*, quando ocupantes da cúpula da Administração e atuação autônoma, imediatamente abaixo dos órgãos independentes e com autonomia administrativa, financeira e técnica; *superiores* são aqueles que possuem poder de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência, sempre sujeitos a controle hierárquico e sem autonomia administrativa ou financeira e; por fim, órgãos *subalternos* são todos aqueles que se encontram hierarquizados a outros mais elevados, com reduzido poder decisório e funções basicamente de execução³¹.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Op cit. Pg. 17.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017. Pg. 694.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017. Pg. 695.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Editora Malheiros, 1998. Págs. 70-71.

2.5 Representatividade do Ente público em juízo

A atuação do Estado hodiernamente esperada remete a uma ampliação qualitativa de suas tarefas e funções, não apenas pela crescente complexidade das relações sociais, mas também porque o Ente público deve legitimar suas atividades na finalidade humanística estampada na Constituição Federal. Com isso, Cristiano Chaves de Farias assinala para duas conclusões acerca da responsabilidade do Estado em juízo, a saber: a) incessante aumento dos danos indenizáveis pelo Ente público; e b) constante redução dos espaços em que se admite uma legítima omissão da Administração Pública³².

Com base nisso, exige-se do agente público uma constante observância acerca da legitimidade de suas ações e omissões enquanto integrante da estrutura do Estado, com vistas à satisfação das atividades constitucionalmente exigidas, especialmente em razão de tais conclusões.

Como integrante da estrutura da pessoa jurídica de direito público, o órgão é despersonalizado. Isso importa dizer que o órgão público não possui capacidade processual para atuar em juízo em qualquer dos polos processuais e, em razão disso, é dependente da pessoa jurídica de que faz parte para atuar em uma demanda judicial³³. Tal conclusão pode ser, inclusive, extraída do art. 70 do Código de Processo Civil de 2015, com redação semelhante a do art. 7º do CPC/73, segundo o qual *“toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”*, excluindo-se, por óbvio, os entes despersonalizados.

Conforme ensinamentos de Lorena Miranda Santos Barreiros em obra elaborada para conclusão de seu doutorado em Direito, verdadeiro referencial e marco teórico deste trabalho, toda a atuação do Poder Público é pautado na competência³⁴, verdadeiro requisito de validade do ato praticado. Em verdade, a

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil em espécie*. 3. ed. Editora Juspodivm, 2014. Pg. 654.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl., e atual., até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015. Págs. 15-16.

³⁴ Em verdade, a própria autora cuida de apontar o conceito no qual é limitada a competência, valendo-se de denominação estipulada por José Canasi em sua obra *“Derecho administrativo”*, a saber, competência é “a esfera de atribuições a ser exercida por um órgão administrativo”, nas notas

competência processual para a prática de atos pode ser equiparada com a própria disciplina sobre as capacidades de Direito Privado, uma vez que confere aptidão para a prática de atos³⁵.

Ocorre que a presunção legal no Direito Privado é a de capacidade e, *contrario sensu*, no âmbito processual se presume a incompetência, devendo esta ser definida pelo ordenamento jurídico e demonstrada no caso concreto, ainda que implicitamente³⁶.

Por outro lado, a doutrina já chegou à conclusão de que os direitos materiais *indisponíveis* (especialmente os públicos, como o constitucional, o administrativo e o tributário) não podem receber o mesmo tratamento dos direitos materiais *disponíveis*³⁷. Dizer isto é o mesmo que afirmar que os direitos materiais possuem influência nas regras processuais que serão a eles aplicadas, em maior ou menor grau. Em outras palavras, muito embora o Estado se submeta ao mesmo Poder Judiciário que qualquer particular, não se pode perder de vista a necessidade de se criarem regras específicas a serem aplicadas aos direitos que carecem de tratamento especial, sempre que possível³⁸.

Pois bem. Conforme acima indicado, a competência para prática de atos poderá decorrer de previsão expressa ou implícita, carecendo esta de uma interpretação sistemática em que sejam considerados não apenas os diplomas normativos definidores da competência, mas, igualmente, o conjunto de condutas

de BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 306.

³⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 305-306.

³⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Pg. 306.

³⁷ CALAMANDREI, Piero. “*Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio*”. *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 235. In BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo: uma proposta de sistematização*. Ed. Universitária: Revista do curso de mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo, vol. 2, n. 1. Araçatuba, 2001. Pg. 03.

³⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo: uma proposta de sistematização*. Ed. Universitária: Revista do curso de mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo, vol. 2, n. 1. Araçatuba, 2001. Pg. 03.

que o Ente público pode ou não praticar, inclusive como forma de avaliar se a competência pretendida se amolda às finalidades daquele que a pretende exercer³⁹.

Esmiuçando a apuração implícita da competência, a mesma autora estabelece três conclusões sobre a celebração de convenções processuais pelo Ente público, inclusive em razão da *tendência constitucional de valorização da participação cidadã*, nas suas próprias palavras.

A primeira conclusão diz respeito à presunção de que, nas hipóteses em que o agente puder atuar *unilateralmente* para a conformação procedimental, poderá ele mesmo praticar consensualmente a mesma disposição, ainda que a competência esteja em âmbito implícito⁴⁰.

A segunda conclusão se refere à posição de destaque da concretização do princípio da eficiência administrativa, verdadeiro referencial a ser perseguido durante toda a atuação do Ente público, de forma a igualmente realizar a promoção, satisfação ou recuperação do interesse público envolvido no processo. Isso dito, a presunção da competência para disposição de situações jurídicas processuais ocorre quando houver competência para a prática de atos unilaterais de conformação procedimental, conforme já anunciado, tendo em vista o dever de se intentar uma atuação eficaz⁴¹.

Por fim, a terceira conclusão apontada pela autora diz que acaso decorra disposição de direito material em razão da celebração de negócio jurídico processual pela pessoa jurídica de direito público, o agente que firmou o ato deverá possuir competência para disposição daquele direito material afetado, sendo esta competência expressa ou implícita, além de observar todos os demais requisitos eventualmente exigíveis para celebração do negócio jurídico. Essa conclusão decorre de que, acaso exista direito material afetado, por óbvio o agente também

³⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Págs. 306-307.

⁴⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Págs. 307-308.

⁴¹ BARREIROS. *Ibidem*.

deverá ter competência para tal ato, aqui igualmente analisada a esfera material do direito⁴².

Outro aspecto que merece realce se refere ao princípio do formalismo moderado, segundo o qual se permite uma atuação imperativa por parte da Administração para adequação do procedimento às especificidades de cada caso. Nesse modo, a Administração impõe as alterações por ela desejadas, como forma de expressão do princípio da imperatividade, desde que observadas as exigências aplicáveis⁴³.

Sobre o mencionado princípio e em se tratando da celebração de negócio jurídico processual pelo Ente público, há que se destacar que a competência poderá ser presumida lícita quando o agente atuar consensualmente para alcançar o mesmo fim, inclusive como forma de buscar a eficiência na realização do interesse público. Contudo, muito embora se permita que aqueles agentes que possuam competência para modificar o procedimento em razão do formalismo moderado possam fazê-lo consensualmente, há que se observar a incompatibilidade de disposições de direitos em razão do exercício da imperatividade do formalismo moderado ocorrer, ainda que indiretamente, de direitos materiais por parte do Poder público⁴⁴.

A consequência que pode ser disso extraída é a de que a competência para disposição de direito material engloba, por correlação, a competência para disposição de direitos processuais. Em outras palavras, como o exercício do formalismo moderado exige que o agente possua competência para disposição dos direitos materiais ou que estes não sejam afetados, o agente que possuir competência para disposição de direitos materiais também possui, por conseguinte, competência para regradar eventuais regras processuais a ele interligadas, a exemplo

⁴² BARREIROS. *Ibidem*.

⁴³ BARREIROS. *Ibidem*.

⁴⁴ BARREIROS. *Ibidem*. Essa observação, inclusive, representa aplicação das duas primeiras conclusões anteriormente suscitadas pela autora.

das restrições voluntariamente admitidas pelo Ente público ao se submeter à jurisdição não-estatal (arbitragem)⁴⁵.

Cumpre, ainda, analisar a participação e competência da advocacia pública para celebração de negócios jurídicos processuais⁴⁶, especialmente em razão das incumbências constitucionalmente atribuídas ao órgão de representação judicial e extrajudicial dos entes públicos⁴⁷.

Desse modo, há que se perquirir se tais atos carecem de autorização do órgão de direção geral correspondente de cada Ente federativo, se haveria necessidade de delegação específica, ou se qualquer advogado público⁴⁸, no exercício de suas atribuições, possui competência para celebração de negócio jurídico processual sem qualquer ato de delegação⁴⁹.

Para que se respondam os questionamentos formulados, há que se anotarem as observações encontradas por Lorena Miranda Santos Barreiros sobre a questão, a partir das quais se apontarão as conclusões por ela alcançadas e aqui entendidas como adequadas, a saber:

a) Primeiramente, classifica-se o negócio jurídico processual enquanto espécie da categoria ato processual *lato sensu*⁵⁰, entendido como negócio

⁴⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Op cit. Págs. 309-310.

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A responsabilidade do advogado de Estado*. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, nº. 63, 2009. Pg. 7.

⁴⁷ O art. 75, incisos I a III do Código de Processo Civil de 2015 determina que *serão representados em juízo, ativa e passivamente: I- a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado; II- o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores; III- o Município, por seu prefeito ou procurador.*, acrescentando-se a redação do art. 182 do mesmo diploma que diz *incumbir à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.*

⁴⁸ Sobre o exercício das funções do Advogado do Estado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz que *“assegura-se ao Advogado de Estado, a inviolabilidade dos atos e manifestações no exercício da profissão, um princípio autônomo que faz de cada advogado um órgão unipessoal no exercício de uma parcela do poder estatal e, como tal, responsável único por seus atos e por suas manifestações jurídicas perante seu órgão coletivo corporativo, para esse fim, também elevado à previsão constitucional – a Ordem dos Advogados do Brasil”* em MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A responsabilidade do advogado de Estado*. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, nº. 63, 2009. Pg. 7.

⁴⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Op cit. Pg. 310.

⁵⁰ A autora ainda aponta para diferenciação formulada por Fredie Didier Junior sobre os atos processuais e os atos do processo, na qual os atos processuais representam gênero do qual os atos

jurídico destinado à produção de efeitos no processo, o qual regra situações processuais titularizadas pelas partes integrantes do acordo⁵¹;

b) A segunda premissa consiste na existência de independência funcional do advogado do Estado no exercício de suas atividades de consultoria e representação judicial, inclusive nas escolhas sobre a condução processual^{52 53};

c) A terceira premissa consiste no reconhecimento de que toda a atuação da Advocacia Pública, bem como de todos os órgãos e integrantes do Estado, deve ser estar pautada na busca primorosa do princípio da eficiência, verdadeiro compasso norteador de toda a atuação pública, o que inclusive reforça a ideia exposta no item anterior acerca da necessidade de independência funcional do Advogado do Estado na condução do processo;

d) Por fim, a quarta conclusão se refere à observação de que os negócios jurídicos processuais podem ou não implicar disposição acerca do direito material objeto do processo.

Com base nas premissas por ela postas, Lorena Miranda Santos Barreiros⁵⁴ emite duas conclusões para estruturação da competência existente no

do processo integram como espécie. Assim, os atos do processo se referem àqueles que cuidam das questões processuais relativas ao procedimento, ao tempo em que os atos processuais representam gênero mais amplo que engloba a categoria anterior, justificando-se pela existência de atos jurídicos processuais que não cuidam do procedimento, a exemplo da eleição de foro; em BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público. Op cit.* Pg. 126, fundamentada em DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p. 377.

⁵¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público. Op cit.* Pg. 311.

⁵² Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que a função da advocacia pública não se trata de cargo meramente administrativo, uma vez que foram constitucionalmente diferenciados como cargos jurídicos próprios, especialmente desenhados para o desempenho das funções advocatícias para promoção e controle de legalidade. No mais, não há dispositivo na Constituição do qual se extraia subordinação na atuação do Advogado do Estado, salvo, por óbvio, os que importarem *lesão ou ameaça de direito*, em MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A responsabilidade do advogado de Estado*. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, nº. 63, 2009. Pg. 7.

⁵³ Importante observar que muito embora a Constituição tenha reconhecido a Advocacia Pública como função essencial à justiça, há omissão no tocante ao reconhecimento de sua autonomia administrativa e funcional. Contudo, tramita a PEC nº. 82/2007, a qual visa suprir tal omissão, em BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público. Op cit.* Pg. 311.

⁵⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público. Op cit.* Pg. 312.

sistema normativo brasileiro para que a Advocacia do Estado possa celebrar negócio jurídico processual, as quais recebem aqui especial destaque:

- 1) O advogado público possui independência técnico-funcional para escolher a forma como será feita a condução processual, cabendo-lhe defender e atuar, constantemente, com o objetivo de garantir o interesse público;
- 2) Como o negócio jurídico processual representa incidente do modo de atuação processual, não se pode excluir, *a priori*, a oportunidade de sua celebração diretamente pelo advogado público ligado ao processo, tendo em vista que o mesmo está obrigado a atuar de forma eficiente e sua celebração, em muitos casos, poderá resultar na concretização do objetivo por ele buscado.

3 INTRODUÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

A abertura legal e doutrinária acerca da atuação das partes na condução do processo é de longa data objeto de profundas discussões, sobre as quais foram formuladas as chamadas teorias publicista e privatista do processo civil.

A preocupação está voltada para proteção conferida à parte considerada fragilizada em relação à *ex adversa*, inclusive para que não se admita que o processo seja utilizado como instrumento de concretização de injustiças.

Segundo a concepção publicista, o julgador assume uma função paternalista dos envolvidos, considerando-os quase como menores ou incapacitados, presumindo que qualquer negociação sobre as regras processuais aplicáveis estaria necessariamente fragilizando alguma das partes e, partindo disso, devem ser inadmitidas pelo ordenamento jurídico⁵⁵.

Em outras palavras, a vontade das partes não seria capaz de produzir ou influenciar o procedimento e os efeitos processuais dele decorrentes, os quais se desdobram única e exclusivamente da lei.

⁵⁵ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de processo, ano 33, nº. 164, out., 2008. Págs. 31-32.

Assim, a lei seria a única fonte das regras processuais e sua aplicabilidade ocorreria por ofício do juiz e não admitiam discussão, relegando os sujeitos do processo a um quadro de isolamento e ausência de interação⁵⁶.

Em síntese, verifica-se o monopólio da fixação das regras processuais pelo Estado, sendo certo que, quanto maior o poder e a atuação do Estado, menores serão a autonomia e o campo no qual poderá existir liberdade convencional⁵⁷.

Conforme crítica doutrinária, o publicismo possui como características negativas o ativismo judicial, especialmente em matéria probatória, menospreza a iniciativa das partes, a responsabilidade do advogado, a busca da verdade material e a realização da justiça, de forma a exaltar uma utopia de boa-fé processual, inclusive com o sacrifício da imparcialidade do julgador⁵⁸.

Por outro lado, a partir da reconstitucionalização operada na Europa, marcada especialmente pelo abandono da absoluta supremacia do interesse público sobre o particular, não mais se admite a submissão das partes a regras processuais rígidas e autoritárias, o que possibilita a reestruturação do sistema processual através da abertura para participação dos envolvidos com o objetivo de efetivação de seus direitos, observado o princípio da autonomia privada⁵⁹.

Assim, o publicismo processual rejeita que o procedimento deva decorrer apenas do texto legal, conceito que foi adotado pelo CPC de 2015, especialmente em razão de seu art. 190, o que demonstra a admissibilidade de convenções processuais pelo atual estágio do entendimento processual brasileiro⁶⁰.

⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 110.

⁵⁷ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Processo autoritário e regime liberal.*, em *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro : Jurídica e Universitária, 1969. Pg. 128.

⁵⁸ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil. Op cit.* Pg. 31.

⁵⁹ O autor atribui, ainda, a concepção anteriormente formulada sobre o publicismo processual aos regimes autoritários presentes na época, de modo que o engessamento das regras processuais corresponde aos regimes existentes à época de sua formulação, ou seja, a legislação processual do século XX é consequência do socialismo e do fascismo do período, em GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil. Op cit.* Págs. 31-32.

⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 126-127.

Por fim, adotar-se-á a classificação das convenções processuais enquanto *negócio jurídico processual plurilateral*⁶¹, tendo em vista que elas se formam como fruto da manifestação da vontade de uma pluralidade de sujeitos, sobre os quais ocorrerão os efeitos dela decorrentes⁶².

3.1 A abertura negocial do Código de Processo Civil de 2015

Durante a vigência do CPC/73, pouco se falou acerca da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, uma vez que predominante a teoria da irrelevância da vontade no processo, de forma a entender que as regras procedimentais possuem natureza de ordem pública e, em razão disso, são inafastáveis pela vontade das partes.

Não obstante a redação do art. 158 do referido código processual⁶³, sua utilização prática se restringiu muito mais aos negócios jurídicos processuais típicos, sem margem para inovação dos envolvidos, pelas razões acima⁶⁴.

Verifica-se a veracidade de tal afirmação pela pouca constatação de convenções processuais em matéria probatória, as quais, não obstante possuíssem

⁶¹ Diferenciam-se estes, ainda, dos atos processuais em sentido estrito. Nas palavras do mesmo autor, enquanto nos atos processuais em sentido estrito, a vontade do agente é considerada na escolha entre praticar ou não o ato, não controlando, todavia, seu conteúdo eficaz, nos negócios jurídicos processuais a vontade é relevante tanto na opção por praticar ou não o ato como na definição dos seus efeitos, em CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 49.

⁶² Segundo a lição de Antonio do Passo Cabral, negócio jurídico processual “é o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo em função da vontade do sujeito que o pratica”. Assim, a manifestação da vontade representa elemento a partir do qual se podem classificar os negócios jurídicos, segundo o critério da uni- ou plurilateralidade. Os unilaterais são aqueles praticados por apenas um sujeito e contém apenas uma manifestação de vontade, exemplificados pela desistência da ação, renúncia e desistência de recurso, reconhecimento da procedência do pedido, dentre outros, ao passo em que os plurilaterais são aqueles praticados por vários sujeitos, de forma a se extrair efeitos convergentes, a exemplo do instituto foco do presente trabalho, em CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 49-50.

⁶³ Art. 158 do Código de Processo Civil de 1973: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

⁶⁴ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Negócios jurídicos processuais : uma nova fronteira?*. Revista do Advogado, ano XXV, nº. 126, maio/2015, págs. 77-78. In BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Op cit. Pg. 139.

previsão expressa no art. 333, p. único do CPC/1973, não foram de significativa utilização⁶⁵.

Sobre a diferenciação entre negócio jurídico processual típico e atípico, Antonio do Passo Cabral afirma que se distinguem apenas em razão da existência ou não de previsão legal. As convenções típicas são aquelas previstas pelo legislador, o qual estabelece os sujeitos, formalidades, pressupostos e requisitos de validade e eficácia⁶⁶. Por outro lado, as convenções atípicas são as decorrentes da autonomia das partes, ainda que existam limitações à elas impostas⁶⁷.

No âmbito do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se a relevante redação do artigo 190⁶⁸, considerado verdadeiro condutor da matéria de negociação processual atípica.

Esse dispositivo ficou doutrinariamente conhecido como cláusula geral de atipicidade do negócio jurídico processual, uma vez que há ampla margem para o exercício da liberdade conferida às partes na fixação das regras aplicáveis⁶⁹.

É com base nesse dispositivo que as partes passam a ter ampla liberdade para construção do modelo de negócio processual que desejam, até mesmo a possibilidade de negócio denominado pela doutrina de *pacto de não recorrer*, por exemplo⁷⁰.

Uma vez utilizada, ou seja, realizada convenção processual atípica na espécie, entende-se ocorrer *derrogação consensual de normas legais por vontade*

⁶⁵ MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. Revista de processo, São Paulo, nº. 241, mar./2015, pg. 467. In BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Op cit. Pg. 139.

⁶⁶ Antonio do Passo Cabral recorda que tal classificação é, inclusive, adotada em matéria contratual. In CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 85.

⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 85.

⁶⁸ BRASIL. 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.

⁶⁹ A propósito, neste sentido é a redação dos enunciados nº. 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, a saber: 257: “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, e 258: “As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.

⁷⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processual civil brasileiro*. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. Pg. 433.

das partes, de tal forma que a previsão normativa passa a ser aplicável de forma subsidiária, nos casos em que as convenções processuais forem omissas ou quando tiver sido reconhecida judicialmente sua invalidade⁷¹.

Em assim sendo, verifica-se que a legislação processual moderna confere o exercício do efetivo autorregramento da vontade das partes, verdadeiras protagonistas na moldagem do procedimento a ser trilhado, o que representa o terceiro estágio na linha histórica doutrinariamente fixada, conforme exposto a seguir.

Partindo-se da premissa de que o procedimento processual ordinariamente fixado não é capaz de disciplinar e acompanhar a evolução das relações sociais, as quais demandam constante evolução e aprimoramento, acaba-se por admitir a criação de regras processuais especiais, as quais seriam disciplinadas por legislação específica e, por vias de consequência e evolução histórica, o reconhecimento de poderes conferidos ao magistrado para regular, no caso concreto, matéria processual que pudesse melhor se aplicar à hipótese, tendo em vista a gama de princípios que imperam sobre a atuação do julgador, a exemplo da eficiência, devido processo legal e duração razoável do processo⁷².

Ocorre que ainda resta a última etapa da evolução histórica em matéria processual, na qual o Brasil ingressou através do Código de Processo Civil vigente, na qual as partes, democraticamente, regulam o procedimento aplicável às peculiaridades da causa⁷³.

Tal assertiva resulta, por vias de consequência, no reconhecimento do microsistema de negociação processual vigente, integrado tanto por negócios jurídicos processuais típicos⁷⁴ quanto atípicos⁷⁵, sobre o qual se pode concluir, sinteticamente⁷⁶:

⁷¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Pg. 179.

⁷² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Pg. 194.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Alguns exemplos dos negócios jurídicos processuais típicos, pg. 189, a saber: os que estabelecem o estímulo à autocomposição como forma de solução do litígio (arts. 165 a 175, 334, 515, III e §2º, 695 e 725, VIII); a primazia da vontade da parte na delimitação do objeto litigioso do processo e no objeto do recurso (arts. 141, 490, 1002 e 1013); a celebração de inúmeros negócios processuais

- a) Os negócios jurídicos processuais típicos servem como limite à celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, de forma que estes não podem ser celebrados como forma de burlar as limitações impostas àqueles;
- b) A hermenêutica aplicável aos negócios jurídicos processuais típicos deve ser utilizada como parâmetro de interpretação de diversas questões afetas aos negócios jurídicos processuais atípicos, especialmente quanto às que forem omissas;
- c) O art. 190 do Código de Processo Civil vigente serve como parâmetro, por via reflexa, aos negócios jurídicos processuais típicos, a exemplo de questões envolvendo requisitos de validade, forma e controle judicial na norma pactuada; e
- d) A regra sobre a eficácia imediata contida no art. 200 do Código de Processo Civil possui evidente aplicabilidade aos negócios jurídicos processuais atípicos disciplinados pelo art. 190 do mesmo diploma⁷⁷.

Em razão dessas conclusões, Antonio do Passo Cabral entende por afirmar que, a partir do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se a existência de um novo princípio no ordenamento jurídico pátrio, correspondente ao *autorregramento da vontade*⁷⁸. Ocorre, em suas palavras, uma submissão voluntária às regras da convenção, a qual afasta a aplicação da norma geral. Aliás, a ideia de autorregramento encontra reflexo no conceito de autonomia privada criado por

típicos (arts. 63, 65, 191, 225, 313, II, 337, §6º, 357, §2º, 362, I, 373, §§3º e 4º, 471, 775, 998, 999 e 1000).

⁷⁵ Sintetizado pelo exemplo máximo de cláusula geral de atipicidade do negócio jurídico processual, conforme dito, o artigo 190 do Código de Processo Civil.

⁷⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Pg. 198.

⁷⁷ Essa conclusão se encontra insculpida no Enunciado nº. 261 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190”.

⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 143.

Leonardo Cunha, que a define enquanto autodeterminação, autorregulação e autovinculação⁷⁹.

Aliada ao reconhecimento desse princípio, acrescenta-se a tendência normativa acerca da inclusão popular no exercício das funções públicas, da qual deriva a democratização do processo, substituindo o modelo tradicional de atuação processual imperativa pelo da consensualidade. Tal alteração, por conseguinte, representa sua maior valorização, sobretudo porque mais democráticas, eficientes e legitimadas⁸⁰.

Desse modo, o Código de Processo Civil de 2015 declarou que a busca da consensualidade em matéria processual representa verdadeira obrigação do Estado, conforme se vê da redação de seu art. 3º, §3º⁸¹.

Por outro lado, adverte-se que tal princípio não possui a mesma profundidade e aplicabilidade existente no âmbito do Direito Civil, tendo em vista que não se pode conferir às partes a mesma liberdade para transitar sobre regras acerca do exercício de função pública (jurisdição), tal como típica da esfera privada. Essa cautela, contudo, não diminui a importância e o destaque que devem ser atribuídos à liberdade das partes para reger matéria processual, quando legítima⁸².

Observe-se, por fim, que para celebração de negócios jurídicos processuais, sejam eles típicos ou atípicos, existe a necessidade do mandatário da parte possuir poderes especiais para tanto, uma vez que a realização de tal ato não se encontra entre os poderes da cláusula geral de foro (art. 105, CPC)⁸³.

⁷⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais* : Relatório nacional (Brasil). Relatório apresentado no I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual, mimeografado, 2014. Pg. 3. In CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 143.

⁸⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Pg. 24.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 1º ao 69. Coleção comentários ao Código de processo Civil; v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pg. 121.

⁸² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 133.

⁸³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 188 ao 293. Coleção comentários ao Código de processo Civil; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Págs. 58-59.

3.2 Constitucionalidade da cláusula de negociação processual

Em razão da substancial e profunda inovação trazida pela abertura negocial do Código de Processo Civil de 2015, mostra-se relevante a análise acerca da constitucionalidade dessa temática, inclusive para se averiguar o respeito à segurança jurídica, à legalidade, ao devido processo legal e à liberdade, verdadeiros valores erigidos a princípios basilares de Estado através da Constituição de 1988.

Destarte, o primeiro princípio constitucional a ser analisado trata da segurança jurídica, aqui entendida como a classificação esboçada por Humberto Ávila⁸⁴, que se refere à cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do ato praticado⁸⁵.

A cognoscibilidade trata da possibilidade de apreender os possíveis efeitos do texto normativo, o que parece ser perfeitamente cumprido pelo negócio jurídico processual, tendo em vista que a convenção é elaborada pela própria parte.

Quanto à confiabilidade, verifica-se o respeito de situações jurídicas já garantidas pelo ordenamento jurídico, com observância das expectativas geradas, o que igualmente parece preenchido pelo negócio jurídico analisado, em especial porque os efeitos dele decorrentes podem ser disciplinados pela parte celebrante.

Por fim, a calculabilidade trata da possibilidade de se antever as consequências jurídicas do fato, avaliando-se a partir de uma média de expectativa, prescindindo de um total conhecimento de seus efeitos, segundo o mesmo autor⁸⁶.

O segundo princípio constitucional avaliado trata da noção de legalidade, aqui compreendida não apenas como a expressa e direção redação legal, mas sobre a norma jurídica admitida pelo ordenamento jurídico, desde que consentânea com a Constituição⁸⁷.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2011. Págs. 256-257.

⁸⁵ Tal classificação foi reproduzida com muito mais propriedade e afinco por BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Pg. 181.

⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2011. Pg. 272.

⁸⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Pg. 182. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Comentário ao art. 5º, II*. In CANOTILHO, J.J.

Em verdade, a legalidade está diretamente ligada à própria aplicação dos atributos da cognoscibilidade e calculabilidade relatados no princípio anterior, de forma a inserir a norma negocial no ordenamento jurídico pátrio através de previsão legal expressa e aplicação principiológica.

Por conseguinte, não se pode admitir alegação acerca da imprevisibilidade da norma negocial enquanto fundamento para sua inconstitucionalidade, posto que tal exame deverá ser realizado no caso concreto através do controle jurisdicional garantido na redação do art. 190 do CPC⁸⁸.

Esse controle exercido pelo julgador, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, analisa a existência de uma relação, ou seja, verifica-se uma compatibilidade entre duas coisas, a existência de uma adequação, se um determinado ato praticado cabe ou não no sentido da abrangência constitucionalmente garantida⁸⁹.

Ato contínuo, há que se avaliar a compatibilidade do negócio jurídico processual com o princípio do devido processo legal, inclusive a partir de uma ideia de disponibilidade do direito em litígio.

A Constituição Federal elegeu a propriedade enquanto direito fundamental, o qual se encontra insculpido no *caput* do seu art. 5º. Contudo, a noção, definição e alcance da propriedade estão muito além do que a mera previsão constante da legislação civil, alcançando igualmente outros elementos que são à ela correlatos e igualmente essenciais à vida e ao desenvolvimento do cidadão⁹⁰.

Nesse contexto, verifica-se uma tendência permissiva no sentido dos envolvidos no processo terem a possibilidade de construção do procedimento ao

Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pg. 244.

⁸⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Pg. 183.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. Pg. 1001.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. Págs. 323-324.

qual se submeterão, em conformidade com a atual ampliação conferida à autonomia privada⁹¹.

Tal abertura, contudo, possui limites, os quais se configuram na exata medida do respeito às garantias constitucionais mínimas, especialmente a não afetação de direitos de terceiros não envolvidos e a inafastabilidade de normas processuais cogentes⁹².

Essa dimensão demonstra o respeito ao devido processo legal, o qual deve garantir a juridicidade dos atos processuais praticados não apenas como proteção aos envolvidos no litígio, mas igualmente àqueles que lhe são estranhos, o que demonstra uma proteção alargada. Tal proteção é denominada *fair trial*, segundo a qual se preservam não apenas os participantes do processo, mas todo o aparato jurisdicional, abrangidos os sujeitos, órgãos e instituições, públicos ou privados, além dos que exercem funções diretas ou indiretas no processo⁹³.

Quanto ao princípio da liberdade, a doutrina o classifica entre seu aspecto positivo ou negativo⁹⁴.

A liberdade em seu aspecto negativo trata do imperativo à todos posto de não interferência na esfera pessoal dos demais indivíduos, a exemplo das limitações à liberdade de expressão, o respeito à intimidade e à vida privada, a inviolabilidade de domicílio, os limites ao direito de reunião, dentre outros⁹⁵.

Nesse primeiro aspecto, já restou demonstrado o respeito da convenção processual a seu respeito, inclusive a partir da teoria do *fair trial*, de forma que, se não afetadas ou prejudicadas as partes que não pertencem ao negócio jurídico celebrado, configurado está o respeito ao princípio.

⁹¹ SANTOS, Marina França. *Intervenção de terceiro negociada*: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, n.º. 241, 2015, pg. 104. In BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Op cit. Pg. 184.

⁹² PASSOS, J. J. Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Revista de processo, São Paulo, ano 26, n.º. 102, abr.-jun./2001, pg. 58-59. In BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Op cit. Pg. 184.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. Págs. 529-530.

⁹⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Op cit. Pg. 186.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. Págs. 270 e ss., 280 e ss., 289 e ss. e 298 e ss.

Já no que se refere ao seu aspecto positivo, cuida-se da liberdade propriamente dita, aqui com especial destaque aos atributos do autorregramento da vontade, da orientação da vontade dirigida e da finalidade.

Nesta senda, o espírito autocompositivo atual se amolda ao princípio da liberdade positiva, especialmente pelo empoderamento agora conferido às partes. Ora, se as partes possuem autorização legal para escolher o procedimento aplicável, não se lhes pode obstar a possibilidade de sobre elas convencionar⁹⁶.

Isso se dá através da máxima de que a liberdade deve ser vista como a regra e, os limites impostos pelo Estado, a exceção, ainda que se trate de matéria regularmente de competência do Ente público⁹⁷.

Trocando em miúdos, o princípio da liberdade parece possuir aplicabilidade ímpar à hipótese da celebração de negócio jurídico processual atípico na medida em que as partes envolvidas estarão livres para regradar o processo da forma como melhor lhes convir, alcançando, muitas vezes, um resultado útil efetivo e uma redução na própria duração do processo, tendo em vista que as partes estão mais próximas, interessadas e ligadas ao próprio direito discutido na espécie.

Em síntese, pois, a tendência autocompositiva consagrada especialmente a partir do diploma processual recente, momento em que se busca a efetivação do princípio da boa-fé, do contraditório participativo e da cooperação, além da observância ao autorregramento da vontade, vê-se o indicativo de que há abertura constitucional para acordos sobre regras processuais, ao invés de se admitir simples soluções unilaterais impostas pelo magistrado⁹⁸.

Em assim sendo, tendo em vista que a lei processual já admite a flexibilização das regras processuais pelo julgador, constata-se que a convenção processual conferida às partes representa verdadeira prática do ideal democrático. Assim, a participação popular na gestão da coisa pública, neste caso a eleição das

⁹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 140-141.

⁹⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Pg. 188.

⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 166.

regras processuais, configura a compatibilidade entre a inovação legal processual e o regramento constitucionalmente firmado em 1988⁹⁹.

3.3 Atuação das partes como limite à atividade jurisdicional

Não se poderia deixar de mencionar, tendo em vista o objetivo deste trabalho, observação de extrema valia emitida por Antonio do Passo Cabral acerca do que deve ser considerado de aplicação ordinária e o que deve ser considerado exceção no tocante às regras processuais, conforme se passa a expor.

Traçadas considerações básicas sobre o negócio jurídico processual, sua previsão e pertinência no diploma processual de 2015, além de caracterizada sua constitucionalidade, trabalhar-se-á neste tópico o esboço sobre o cenário que se forma no processo quando da sua aplicação.

Antes, contudo, algumas considerações acerca do denominado princípio da adequação e do princípio dispositivo se fazem necessárias.

O princípio da adequação ensina que o processo deve ser útil e eficiente ao litígio em questão, especialmente porque o processo serve à parte como instrumento para efetivação da tutela jurisdicional. Tal princípio pode ser visto em um aspecto legislativo, quando disciplinado em lei, jurisdicional, quando o julgador adequa o procedimento à espécie e, por fim, negocial, quando couber às partes celebrar negócio jurídico processual, típico ou atípico¹⁰⁰.

Sobre a adequação, Gilmar Ferreira Mendes acrescenta que a falta de regras processuais adequadas a proteção judiciária poderia se tornar simples esforço retórico, motivo pelo qual a Constituição Federal estabeleceu que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”, como se vê de seu art. 5º, XXXV¹⁰¹.

⁹⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. *Op cit.* Pg. 185.

¹⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 116.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013. Pg. 386.

Já o princípio dispositivo se relaciona ao modo de constituição do processo, sua instrução e a conclusão emitida pelo juízo competente. Trata, em verdade, de limitação imposta ao juízo acerca do campo ao qual lhe compete decidir, o qual é traçado pelas partes através da submissão de seus pedidos¹⁰².

Posto tal cenário, Antonio do Passo Cabral levanta questionamento acerca da existência de limites à atividade jurisdicional no âmbito das convenções processuais e, acaso existentes, em que aspecto os mesmos ocorrem. Em outras palavras, tendo em vista a abertura negocial que paira no âmbito processual vigente, há que se avaliar a máxima de que tudo que não é expressamente proibido seria permitido¹⁰³.

Desde já respondendo ao questionamento proposto, entende-se que o princípio da adequação e o princípio dispositivo representam limitadores à atividade jurisdicional¹⁰⁴.

Ora, quando for permitida qualquer esfera de liberdade para atuação das partes, desde que atuação legítima, reduz-se o espaço de atuação do julgador. Assim, havendo espaço para negociação processual voluntariamente utilizado pelas partes, aquelas criadas pelo Estado são afastadas¹⁰⁵.

Assim, em matéria de convenções processuais, se verifica a presença do princípio *in dubio pro libertate*, verdadeira forma de adequação do procedimento à vontade das partes, de forma que quando houver dúvida, interpreta-se pela forma que melhor atender à liberdade das envolvidas¹⁰⁶.

Tanto é assim, que o sistema normativo processual brasileiro não apenas admite a celebração de convenções processuais atípicas, mas em verdade pressupõe sua validade a partir da redação do art. 190 do CPC/2015, tendo em vista que o juiz atua “*somente*” em casos de abuso de direito, inserção abusiva em

¹⁰² BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de direito processual civil* : volume único. 4. ed. Salvador : Ed. Juspodivm, 2014. Pg. 124.

¹⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 144-146.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1, 17ª ed. Salvador : Ed. Juspodivm. já havia aderido ao princípio mencionado, conforme informação de Antonio do Passo Cabral. *Ibidem*.

contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade. Assim, a negativa da aplicação das convenções processuais deverá ser a exceção e, a *in dubio pro libertate*, a regra¹⁰⁷.

Aí está. A conclusão sobre o afastamento das regras processuais convencionadas apenas nos casos de controle judicial previstos em lei, tendo em vista que a utilização do vocábulo “somente” induz à conclusão de que acaso não ocorra qualquer de suas hipóteses legais que demandem sua atuação, o juiz deverá acatar o quanto acertado pelas partes, demonstrando uma presunção de validade das normas convencionadas.

Por fim, a relação da conclusão exposta com os princípios com os quais se iniciou este tópico.

Quanto ao princípio da adequação, o processo deve servir como instrumento de utilidade das partes na efetivação da tutela jurisdicional, de modo que o procedimento será útil e adequado na medida em que se permite aos envolvidos transacionarem sobre o direito em litígio.

Por outro lado, o juiz se encontra limitado às hipóteses de controle judicial estampadas no art. 190, p. único do CPC, de forma a decidir a lide nos exatos moldes formulados pelas partes em convenção processual, com vistas a aplicar o princípio dispositivo.

3.4 Requisitos

Assim como qualquer negócio jurídico, os negócios jurídicos processuais devem ser avaliados quanto a sua validade, sob pena de nulidade. Destaque-se, continuamente, que a ausência dos requisitos de validade pode ocorrer ainda que de forma parcial, conforme enunciado nº. 134 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁰⁸.

¹⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 145.

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 388.

Contudo, estabelece-se o negócio jurídico processual como autônomo em relação ao negócio principal ao qual se refere e, por conseguinte, a invalidade de um não implica, necessariamente, na invalidade do outro, inclusive por aplicação analógica à previsão expressa no mesmo sentido para a convenção de arbitragem (art. 8º da Lei nº. 9.307/1996) ¹⁰⁹.

Nesse sentido, entende-se necessário que o negócio jurídico seja capaz de proporcionar segurança e previsibilidade, requisito que pode ser alcançado acaso firmados balizamentos mínimos a seu respeito, sem a necessidade de procedimento demasiadamente rígido ¹¹⁰.

Conforme lição de Fredie Didier Jr., Lorena Miranda Santos Barreiros e parte do entendimento de Antonio do Passo Cabral, todos já citados, constituem requisitos para a validade do negócio jurídico processual a capacidade, o objeto lícito e a observância de forma, sem os quais a convenção processual estará contaminada de evidente nulidade, a qual pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, conforme o art. 190, p. único do CPC ¹¹¹.

3.4.1 Capacidade

A capacidade do agente é requisito estampado no inciso I do art. 104 do Código Civil, dispositivo que inaugura o Título I – Do Negócio Jurídico, de modo que tal inciso se faz acompanhar de outros que cuidam do objeto lícito, determinado ou determinável e da forma prescrita ou não defesa em lei.

Conforme ensinamentos da doutrina, essa capacidade se intitula *capacidade jurídica*, que corresponde à “*aptidão para ser sujeito de direito, ou seja,*

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ ZWIRTES, Irla. *A validade do negócio jurídico processual*. Monografia (graduação). Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, 2015. Pg. 12.

¹¹¹ A localização dos requisitos para constatação da validade do negócio jurídico processual dos três autores consta dos tópicos que seguem, mas o cognoscibilidade de ofício de eventual invalidade com base no parágrafo único da cláusula geral de atipicidade em matéria de negociação processual está em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 388.

*para titularizar direitos e obrigações na ordem jurídica”*¹¹², sendo gênero no qual se verifica a presença de diversas espécies, destacando-se, para a análise aqui proposta, as relativas ao Direito Material (capacidade de agir, capacidade negocial, capacidade para prática de ato jurídico em sentido estrito, dentre outras) e as relativas ao Direito Processual (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória)¹¹³.

Em continuidade, a capacidade necessária à celebração de negócio jurídico processual é, primeiramente, a capacidade negocial¹¹⁴, posto se tratar da celebração de um negócio jurídico, o qual poderá ser firmado antes ou durante o processo. Em acréscimo, ser-lhe-á exigida a capacidade processual negocial, na exata medida em que será necessária a aptidão para ser parte e a capacidade para estar em juízo¹¹⁵.

A capacidade para ser parte corresponde à possibilidade do sujeito ser titular de direitos processuais. Em regra¹¹⁶, as pessoas (físicas ou jurídicas) possuem tal capacidade, devendo essas últimas estar devidamente representadas, hipótese em que não haveria qualquer óbice à celebração de negócio jurídico processual¹¹⁷.

Já a capacidade de estar em juízo, em certa forma, se assemelha à capacidade civil, correspondente à possibilidade de exercício autônomo de situações processuais, exigência que os incapazes não possuem. Assim, como o celebrante

¹¹² MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito*. Revista de direito privado, ano 01, nº. 03, jul.-set./2000, págs. 09-10 e 17-18. In BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 222.

¹¹³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 222.

¹¹⁴ Correspondente à capacidade de exteriorizar vontade apta a preencher o suporte fático de um negócio jurídico. *Ibidem*.

¹¹⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 226.

¹¹⁶ Antonio do Passo Cabral reconhece, ainda, a existência de capacidade de ser parte de certos entes despersonalizados, a exemplo da massa falida, desde que, igualmente, estejam devidamente representados. *Op cit*. Pg. 275.

¹¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 274-275.

deve se comprometer, validamente, por meio de um negócio, indispensável se faz a capacidade de estar em juízo (ou civil) ¹¹⁸.

Tratada da capacidade processual negocial, há relevante observação a seu respeito.

Isso porque o Código de Processo Civil estabeleceu, em seu art. 190, p. único, hipótese limitadora à celebração de negócio jurídico processual, consistente nos casos de *“nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”*.

Dito de outro modo, o dispositivo transcrito criou hipótese de *incapacidade processual negocial*, incapacidade esta que decorre da situação de vulnerabilidade de uma das partes. Assim, muito embora certas posições jurídicas, a exemplo dos consumidores e trabalhadores, preencham genericamente os requisitos traçados nas linhas anteriores acerca da capacidade para celebração de negócio jurídico processual, a lei instituiu quanto a eles situação de vulnerabilidade presumida, de forma a ocasionar sua incapacidade. Tal presunção, contudo, poderá ser afastada no caso concreto pelo juiz ¹¹⁹.

3.4.2 Objeto

Pois bem. A temática que cuida do objeto do negócio jurídico processual é tópico de evidente abrangência e amplitude dilatadas, especialmente se considerada a atipicidade prevista no art. 190 do CPC, campo para verdadeira inovação quanto à matéria.

¹¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 276.

¹¹⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / 18. ed.* – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 390. Não obstante a recomendação posta, o autor afirma ser possível a celebração de negócio processual em contexto consumerista ou trabalhista, tendo em vista que a lei exige *“manifesta situação de vulnerabilidade”*. Nos dizeres do autor, *“nada impede, em tese, a celebração de negócios processuais no contexto do processo consumerista ou trabalhista. Caberá ao órgão jurisdicional, em tais situações, verificar se a negociação foi feita em condições de igualdade; se não, recusará eficácia ao negócio. Note que o parágrafo único do art. 190 concretiza as disposições do art. 7º e do art. 139, I, CPC, que impõem ao juiz o dever de zelar pela igualdade das partes”*. *Op cit.* Pg. 391.

Contudo, tal constatação não impediu a doutrina de emitir, ao menos, considerações genéricas a seu respeito, ainda que com evidente caráter balizador das fronteiras mínimas aplicáveis sobre o tema.

Neste ínterim, Fredie Didier Jr. asseverou diversas considerações sobre a licitude do objeto dos negócios processuais, aqui sintetizados¹²⁰:

- a) A primeira diretriz diz respeito à adoção do já mencionado postulado hermenêutico do *in dubio pro libertate*, pois caso ocorra dúvida, deve-se admitir o negócio jurídico processual como consequência do exercício da liberdade das partes, ainda que presumida;
- b) O objeto em litígio deve admitir autocomposição¹²¹, sendo este um requisito para a celebração de negócio jurídico processual estampado no próprio artigo 190 do CPC. Isso porque, muito embora o objeto não seja o cerne da convenção processual, poderá ele ser afetado, a exemplo de restrição de prova que encerre por diminuir a chance de êxito na demanda;
- c) Todas as considerações relativas à licitude do objeto no âmbito do negócio jurídico privado se aplicam ao negócio jurídico processual. Assim, somente se admitem os negócios jurídicos processuais lícitos, excluindo-se, por exemplo, acerto sobre uma das partes se submeter a tortura ou o negócio processual simulado, nesta última hipótese por aplicação, inclusive, dos arts. 167 e 142 do Código Civil¹²²;

¹²⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Págs. 391-394.

¹²¹ O autor ainda adverte que o direito pode ser indisponível, a exemplo dos direitos coletivos e o direito aos alimentos, os quais admitem autocomposição. Por isso, o texto legal fala em “*direito que admite autocomposição*” e não “*direito disponível*!”. Nesse sentido, veja-se a redação do Enunciado nº. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “*a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual*”, em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. *Ibidem*.

¹²² Antonio do Passo Cabral possui entendimento semelhante neste tópico ao afirmar ser possível a negociação sobre deveres, mas que tal possibilidade deve ser interpretada com cautela. Assim, “*claro que o negócio jurídico não pode afastar deveres processuais legalmente estabelecidos, tais como o dever de lealdade, boa-fé ou o dever de veracidade, porque estabelecidos em nome da retidão do uso dos instrumentos processuais pelos sujeitos do processo. Por exemplo, convenções que autorizem a testemunha a mentir, ou que permitam a interposição de recurso protelatório, seriam inválidas*”. In CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 292.

- d) Sempre que regular expressamente um negócio processual, a lei delimitará os contornos do seu objeto. Assim, somente se admitem acordos sobre competência relativa, por exemplo. Acordos sobre supressão de instâncias, por outro lado, devem ser obstados¹²³;
- e) Sempre que a matéria for de reserva legal, a negociação processual em torno dela será ilícita. Exemplifica-se pelos recursos, os quais são previstos em lei por aplicação do princípio da taxatividade. Desse modo, qualquer negócio processual que objetive criar nova hipótese recursal, ou ainda alterar a hipótese de cabimento de recursos já existentes, padece de evidente ilegalidade;
- f) Não é possível a celebração de negócio jurídico processual que busque afastar regra processual protetora de direito indisponível. Assim, não seria possível, no exemplo do autor, afastar a intimação obrigatória do Ministério Público, tendo em vista sua atividade precípua de fiscal da juridicidade em assuntos legais ou, em outra hipótese, a convenção sobre acordo de segredo de justiça no processo;
- g) Mostra-se possível a inserção de negócio processual em contrato de adesão, desde que tal prática não se mostre abusiva. Em síntese, o controle da abusividade deverá ser realizado pelo julgador no caso concreto, mas admite-se, em tese, a sobredita inclusão; e
- h) No negócio processual atípico, as partes podem disciplinar deveres e sanções outros, diversos daqueles legalmente previstos para o seu cumprimento¹²⁴.

¹²³ Sobre a questão, o Enunciado nº. 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “*Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos*”, em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Ibidem.*

¹²⁴ O autor aponta, por fim, para a redação do Enunciado nº. 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “*As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso de descumprimento da convenção*”, em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Ibidem.*

3.4.3 Forma

Por fim, no tocante à forma de celebração dos negócios jurídicos processuais, a doutrina afirma a liberdade em sua eleição, tendo em vista a aplicação do princípio da liberdade das formas.

Assim, a forma de celebração do mesmo é livre, o que permite sua realização de forma oral ou escrita, expressa ou tácita, extrajudicialmente ou no ato de realização de audiência judicial etc., ressalvadas as hipóteses em que a lei expressamente exija forma específica, a exemplo do foro de eleição e da convenção de arbitragem¹²⁵.

Nesse cenário, o negócio jurídico processual pode ser firmado antes do surgimento do conflito ou durante o desenrolar do processo e, nesta última hipótese, em qualquer de suas fases, em sede recursal ou durante a execução. Recomenda-se, todavia, o confronto pessoal das partes, em especial pela interação oral. Com isso, a discussão das regras se torna mais humanizada e direta, o que facilita o acordo¹²⁶.

Tanto é assim que o Código de Processo Civil atribui o dever de o juiz criar um ambiente propício à autocomposição através da realização de audiência inaugural para tentativa de conciliação e mediação, como se vê da leitura do artigo 334 do CPC, o que demonstra que o diálogo pessoal entre as partes facilita, sem qualquer dificuldade de percepção, o alcance do senso comum.

Contudo, há quem afirme que as convenções processuais somente podem ser celebradas através da forma escrita, provavelmente por influência da Lei de Arbitragem¹²⁷.

¹²⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 394.

¹²⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 287.

¹²⁷ A Lei de Arbitragem (Lei Federal nº. 9.307/1996) assim dispõe em seus artigos 3º, 4º, §§, 9º e §§: Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Segundo aqueles que criticam tal teoria, trata-se de confusão entre o acordo de vontade das partes e o meio (instrumento) que o veicula¹²⁸.

3.5 Anulabilidade dos negócios jurídicos processuais

Além dos requisitos de validade tratados no tópico anterior, há ainda hipótese em que o negócio jurídico processual poderá ser anulável, a exemplo daquelas celebradas em erro ou mediante coação.

Neste específico, verifica-se a redação do Enunciado nº. 132 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, ao asseverar que *“além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”*.

Por oportuno, tendo em vista que o referido enunciado trata apenas dos negócios jurídicos processuais atípicos, não custa recordar a conclusão emitida no tópico 3.1 do presente trabalho no tocante à aplicabilidade do art. 190 do CPC também como forma de interpretação dos negócios jurídicos processuais típicos, tendo em vista o reconhecimento da existência do microsistema interpretativo dos negócios jurídicos processuais em nosso ordenamento jurídico.

Pois bem. Seguindo a classificação adotada pelo Código Civil e pela doutrina, cumpre tecer breves linhas sobre os vícios da vontade e os vícios sociais, de forma que, em razão do recorte metodológico adotado, maiores considerações carecem de aprofundamento bibliográfico correspondente.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

¹²⁸ Essa teoria é defendida por CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Convenções em matéria processual*. Revista de processo, v. 241, 2015. In CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 288-289. Esse último autor, inclusive, fez a crítica acerca da confusão entre objeto e meio.

3.5.1 Vícios da vontade

Segundo divisão doutrinária, constituem vícios da vontade o erro, dolo, coação, estado de perigo e a lesão, os quais se encontram disciplinados entre os artigos 138 a 157 do Código Civil de 2002.

Conforme dito, tais vícios importam na anulabilidade do negócio jurídico, dependendo, inclusive, de provocação do interessado (art. 177 do Código Civil).

3.5.1.1 Erro

Erro é uma percepção equivocada dos fatos, uma falsa noção em relação ao objeto, pessoa ou a um direito que recai sobre a vontade de uma das partes celebrantes do negócio jurídico¹²⁹.

O texto legal equipara o erro à ignorância, ou seja, o desconhecimento. Assim, colher falsa percepção dos fatos ou deles não saber, são situações juridicamente equiparadas¹³⁰.

Conforme se vê do artigo 138 do Código Civil vigente, o erro precisa ser substancial, pouco importando se o mesmo é justificável ou não. Assim, vige o princípio da confiança, materializado, inclusive, no Enunciado nº. 12 da I Jornada de Direito Civil^{131 132}.

Basta que ocorra erro por apenas uma das partes, mas, acaso o negócio seja invalidado, o contratante que se achou em erro poderá ser condenado a indenizar a parte contrária por não ter agido com a diligência necessária¹³³.

¹²⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017. Pg. 344.

¹³⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral*. *Op cit.* Pg. 345.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Enunciado nº. 12 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça: *na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança*.

¹³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: volume 1: teoria geral do direito civil*. 29. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Págs. 494-495.

3.5.1.2 *Dolo*

Dolo pode ser entendido como o artifício arditoso utilizado para prejudicar alguém em benefício próprio. Conforme se vê do art. 145 do CC/02, o dolo torna o negócio jurídico anulável quando representar a causa de sua celebração. Nessas hipóteses, recebe o nome de dolo essencial, substancial ou principal¹³⁴.

Em tais situações, algum dos celebrantes se utiliza de meios maliciosos para levar a parte contrária a praticar ato que normalmente não praticaria, o que gera um benefício em favor daquele que agiu dolosamente¹³⁵.

3.5.1.3 *Coação*

Coação é a pressão física ou moral exercida sobre determinada pessoa, obrigando-a a assumir obrigação que não lhe interessa¹³⁶.

Para sua caracterização, exige-se a presença de fundado temor de dano iminente e considerável em relação à sua pessoa, família, ou aos seus bens, cabendo ao juiz, no caso concreto, decidir se houve coação quando a situação se referir a terceiro não integrante de sua família, conforme previsão do art. 151 e par. único do Código Civil vigente.

A lei estabelece, ainda, critérios a serem utilizados pelo magistrado na tarefa de averiguar a ocorrência de coação, a exemplo do sexo, idade, condição, saúde, temperamento e demais circunstâncias que reflitam sobre a gravidade dela, como se vê do art. 152 do Código Civil.

3.5.1.4 *Estado de perigo*

Estado de perigo, segundo o art. 156 do Código Civil, trata de hipótese em que determinado sujeito assume obrigação excessivamente onerosa com o intuito de salvar a si mesmo ou pessoa de sua família de dano conhecido pela outra parte.

¹³⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 1: Lei de introdução e parte geral. Op cit.* Pg. 348.

¹³⁵ *Ibidem.* Pg. 349.

¹³⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 1: Lei de introdução e parte geral. Op cit.* Pg. 351.

Nas palavras da doutrina, caracteriza hipótese especial de coação não prevista anteriormente pelo Código Civil de 1916. Desse modo, o negociante realiza o negócio jurídico apenas em razão do risco ao qual ele, familiar ou amigo se encontra submetido, risco que é de conhecimento do outro indivíduo envolvido no negócio¹³⁷.

O negócio jurídico será anulável em razão da onerosidade excessiva que poderá ter sido imposta àquele que busca se salvar, motivo pelo qual se justifica a necessidade de conhecimento daquele que, no entendimento legal, se utilizou de momento de fragilidade de alguém necessitado em benefício próprio.

Essa hipótese necessita, assim como todos os demais vícios da vontade, de provocação do interessado, leia-se celebrante prejudicado, tendo em vista que ele poderá reputar a contraprestação pela solução do risco por ele sofrido justa, ainda que através de uma percepção equivocada.

3.5.1.5 Lesão

Segundo o art. 157 do Código Civil, ocorre lesão na hipótese em que pessoa assume obrigação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, seja por necessidade ou inexperiência.

Entende-se que tal conceituação representa um conceito amplo, o qual demanda do julgador um exercício retórico aprimorado para fundamentar sua incidência ou não no caso concreto¹³⁸.

Por fim, o § 2º do mesmo artigo estabelece que não se decida pela anulação do negócio jurídico quando for oferecido valor suficiente que corrija o vício, ou ainda quando a parte favorecida concordar com a redução de seu proveito, casos em que o vício terá sido neutralizado.

¹³⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 1: Lei de introdução e parte geral. Op cit.* Pg. 354.

¹³⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 1: Lei de introdução e parte geral. Op cit.* Pg. 357.

3.5.2 Vícios sociais

Muito embora o capítulo do Código Civil que cuida dos defeitos do negócio jurídico se encerre tratando da fraude contra credores, a doutrina entende que o gênero *vícios sociais* também inclui a ocorrência de simulação, classificação que será igualmente aqui absorvida.

Os vícios sociais, genericamente compreendidos, são aqueles que visam ultrapassar a relação travada entre as partes e atingir terceiros, alheios ao negócio, os quais se tornam legitimados para intervir no negócio em defesa de seus direitos atingidos. Assim, o uso da terminologia se justifica pela afetação dos interesses da coletividade na celebração de um negócio privado.

3.5.2.1 Fraude contra credores

Ocorre fraude contra credores na hipótese em que determinado devedor, em estado de insolvência ou em sua iminência, se desfaz de patrimônio, de forma gratuita ou onerosa, com o intuito de afastar a adimplência em responsabilidade civil de obrigações assumidas anteriormente à transmissão dos bens. Esse dispositivo contempla, inclusive, o perdão de dívidas, conforme previsão do art. 158 do Código Civil de 2002¹³⁹.

Para que a fraude contra credores esteja configurada, exige-se a anterioridade do crédito, ou seja, a fraude contra credores é determinada pela causa que lhe der origem, prescindindo de conhecimento por decisão judicial. Esse é o entendimento do Enunciado nº. 292 da *IV Jornada de Direito Civil*¹⁴⁰.

No tocante às questões processuais, a doutrina possui entendimento distinto no que cuida da classificação quanto à classificação da natureza da fraude contra credores, posto que há entendimento de que o ato seria ineficaz e não anulável¹⁴¹. Acaso assim se considere, a sentença não anulará a alienação, mas de

¹³⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 1: Lei de introdução e parte geral. Op cit.* Pg. 360.

¹⁴⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 1: Lei de introdução e parte geral. Op cit.* Pg. 361.

¹⁴¹ Dentre os defensores dessa tese, se encontra Humberto Theodoro Júnior, como se vê: “a circunstância de o atual Código repetir *ipsis litteris* o rótulo de anulabilidade aplicado ao negócio em fraude de credores não impede que sua natureza jurídica e seus efeitos práticos sejam, na verdade, os de ineficácia relativa, como antes já demonstramos perante igual texto do vigente Código Civil”.

forma semelhante à fraude à execução, o ato será ineficaz perante o credor, permanecendo o negócio em relação aos contratantes, ou seja, executado-alienante e terceiro adquirente¹⁴².

Posta essa questão de lado e adotando o entendimento legalmente fixado, importante observar que, levando-se em consideração que a anulabilidade do negócio jurídico gera o retorno do ato ao *status quo ante*, na hipótese em que a fraude contra credores for reconhecida, o bem retorna ao patrimônio do devedor que atuou com fraude, o que não garante, entretanto, a satisfação patrimonial do credor que ingressou com a ação anulatória, tendo em vista o concurso de credores. Assim, vislumbra-se situação em que o credor obtenha sentença reconhecendo a fraude contra credores, mas não tenha o seu crédito satisfeito¹⁴³.

3.5.2.2 Simulação

A inserção da simulação no capítulo relativo à Invalidez do Negócio Jurídico acendeu a discussão doutrinária sobre seu correto enquadramento, em especial quanto à natureza e efeitos.

Não obstante a riqueza de posicionamentos, parcela considerável da doutrinária enquadra a simulação enquanto espécie de vício social, o qual, contudo, gera a nulidade do negócio jurídico ao invés de sua anulabilidade¹⁴⁴.

Ocorre simulação nas situações em que existe um descompasso entre as exteriorização da vontade e a vontade interna, entre o desejado e o declarado, entre a essência e a aparência¹⁴⁵.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Pg. 183. In TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

¹⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1. Pg. 183. In TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

¹⁴³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017. Pg. 366.

¹⁴⁴ Nesse sentido, dentre outros, DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.1. In TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017. Págs. 371-372.

Em tais hipóteses, os celebrantes procuram enganar terceiros, prejudicá-los em benefício próprio, o que configura um vício de repercussão social. Em razão disso, conforme anunciado, muito embora se trate de um vício social do negócio jurídico, que por sua vez é uma espécie do gênero vícios da vontade, a lei cuidou de atribuir a nulidade como consequência jurídica da simulação, ao revés da anulabilidade imposta a todos os demais vícios da vontade, inclusive nos casos de fraude contra credores, por aplicação do art. 167 do Código Civil¹⁴⁶.

No *caput* desse mesmo artigo, por outro lado, consta ressalva em relação às chamadas simulações relativas, que cuidam das situações em que a substância e a forma emitidas no negócio simulado preenchem os requisitos de negócio jurídico diverso, caso em que subsiste o que se simulou¹⁴⁷.

3.6 Eficácia dos negócios jurídicos processuais

A eficácia dos negócios jurídicos processuais está diretamente ligada à possibilidade de se extraírem seus regulares efeitos, devendo-se perceber, por oportuno, que algumas situações poderão intervir sobre sua ocorrência, como se passa a demonstrar.

Alguns negócios jurídicos processuais possuem sua eficácia condicionada à homologação judicial, a exemplo da desistência da demanda (art. 200, par. único do CPC) e a organização consensual do processo (art. 357, §2º, CPC). Em tais hipóteses, a homologação judicial se torna um requisito de eficácia dos negócios processuais, sem a qual não se poderão extrair seus efeitos¹⁴⁸.

Tal sistemática, contudo, deverá ser vista como exceção à regra, uma vez que os negócios jurídicos produzem seus efeitos imediatamente, salvo se as partes

¹⁴⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017. Pg. 372.

¹⁴⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017. Págs. 372-373.

¹⁴⁷ Sobre tal situação, Flávio Tartuce acrescenta a redação do Enunciado nº. 293 da IV Jornada de Direito Civil, que diz: “na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado não decorre tão somente do afastamento do negócio jurídico simulado, mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais da validade daquele”. *Ibidem*.

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 395.*

houverem expressamente acertado a inclusão de algum elemento incidental, a exemplo de condição ou termo, conforme se vê do art. 200 do CPC¹⁴⁹. Entretanto, nesta última hipótese, a homologação do juiz constitui mero ato de controle da validade do ato¹⁵⁰.

Essa conclusão foi, inclusive, exposta pelo Enunciado nº. 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que afirma: “*salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do caput do art. 190 não dependem de homologação judicial*”.

Ato contínuo, entende-se¹⁵¹ que o negócio processual celebrado é irrevogável, como forma de se consagrar o princípio da segurança jurídica. Ora, se a vontade das partes se exterioriza em razão de seu autorregramento, há que se aplicar certa imperatividade à conclusão alcançada, uma vez que as partes devem cumprir aquilo que acertaram. Assim, as obrigações estabelecidas possuem caráter cogente.

Nesse sentido, verifica-se a redação do art. 357, §2º do CPC, o qual afirma a vinculação das partes e do juiz em negócio processual sobre matéria de prova. Com isso, delimita-se as questões de fato que integrarão o objeto da prova e as questões de direito que sejam relevantes para a decisão de mérito.¹⁵²

Por fim, tendo em vista que o negócio processual se forma através do acordo de vontades, por via reflexa e com igual viabilidade, admite-se seu distrato. Contudo, se o negócio jurídico processual pertencer às hipóteses que carecem de homologação judicial, esta será igualmente requisito para celebração do distrato¹⁵³.

¹⁴⁹ Art. 200 do Código de Processo Civil de 2015: Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

¹⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 188 ao 293. Coleção comentários ao Código de processo Civil; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Págs. 93-94.

¹⁵¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. 2014. Pg. 183.

¹⁵² YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 334 ao 368. Coleção comentários ao Código de processo Civil; v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pg. 296.

¹⁵³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 396. O autor menciona, ainda, os Enunciados nº. 411 e 495 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que

3.7 Classificação

Muito embora a matéria acerca da possibilidade de celebração de negócios processuais seja admitida em nosso ordenamento de pouco tempo, a doutrina já se debruçou acerca das espécies de negócios processuais.

Assim, a classificação doutrinariamente trabalhada e exposta a seguir tem como objetivo a classificação dos acordos celebrados no âmbito processual, de forma a esboçar sua abrangência e alcance, além de facilitar sua compreensão.

3.7.1 Acordos obrigacionais e acordos dispositivos

Inspirando-se doutrina tradicional alemã, Antonio do Passo Cabral expõe uma primeira linha divisora dos negócios processuais, e esta se divide entre os acordos obrigacionais e acordos dispositivos.

Os acordos obrigacionais, acordos com efeitos abdicativos ou também denominados de *negócios processuais relativos ao objeto litigioso do processo*¹⁵⁴, são aqueles que cuidam especificamente do objeto sobre o qual recai a lide, o objeto em disputa, sobre o qual se permite, por aplicação do princípio do autorregramento da vontade, disposições processuais¹⁵⁵. Um exemplo dessa espécie seria o reconhecimento da procedência do pedido.

Por outro lado, os acordos dispositivos ou *acordos que têm por objeto o próprio processo*¹⁵⁶ são as hipóteses em que as convenções processuais não tratam diretamente do objeto litigioso, mas sim do procedimento que deverá ser observado pelas partes e pelo julgador¹⁵⁷. Como exemplo, oportunamente, aponta-se a

assim dispõem, respectivamente: “O negócio processual pode ser distratado” e “O distrato do negócio processual homologado por exigência legal depende de homologação”.

¹⁵⁴ Tal nomenclatura pode ser encontrada em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 381.

¹⁵⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 72.

¹⁵⁶ Tal nomenclatura pode ser encontrada em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Ibidem*.

¹⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 72-73. O autor acrescenta se tratarem de “convenções para a derrogação de normas”.

suspensão convencional do procedimento e os acertos envolvendo a distribuição do ônus de prova.

3.7.2 Convenções prévias e incidentais

Uma segunda classificação se refere ao momento da celebração das convenções processuais em relação à existência do procedimento em si, dividindo-se entre prévias ou incidentais.

As convenções processuais serão prévias quando celebradas em momento em que o procedimento ainda não existe, ou seja, cuidam de conflitos em potencial, que poderão ou não ocorrer. Essa celebração, inclusive, tende a ser muito útil, tendo em vista que os ânimos estão muito mais propícios ao acordo porque ainda não estão afetados pelas paixões que o litígio pode gerar. Em outras palavras, *é mais fácil acordar sobre um litígio que ainda não existe do que solucionar algum já existente*¹⁵⁸.

Sobre tal categoria, nem sempre se admitiu a existência das celebrações prévias sobre convenções processuais, sob a justificativa de que as partes poderiam assumir obrigações de forma precipitada ou em situação em que não se pudessem prever as consequências de tal ato. Após desconstruir tal entendimento, Antonio do Passo Cabral entende ser possível a celebração prévia de convenções processuais desde que revestidas de precisão e determinabilidade¹⁵⁹.

Já no caso das convenções processuais incidentais, tem-se sua ocorrência quando o procedimento jurisdicional já se iniciou, caso em que as partes atuam com muito mais conhecimento do alcance e dos efeitos do acordo efetuado¹⁶⁰.

¹⁵⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 75-76. A expressão em destaque, inclusive, cuida de menção à Loic Cadiet feita pelo autor.

¹⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 76-80. Segundo o autor, a precisão exige que o acordo verse sobre situação jurídica individualizada e concreta, enquanto a determinabilidade exige que se possam precisar todas as características do negócio celebrado, o qual deve ser determinado ou determinável.

¹⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 80.

3.7.3 Convenções onerosas e gratuitas

Na sequência, os acordos processuais se dividem em razão dos benefícios que os mesmos podem gerar às partes. Tal distinção se justifica na medida em que, a depender do acordo celebrado, a carga de responsabilidade das partes varia¹⁶¹.

Assim, os negócios processuais serão gratuitos nos casos em que não houver igualdade entre as prestações acordadas, de forma que a parte que tem sua esfera jurídica diminuída nada recebe em razão disso, caracterizando-se verdadeira liberalidade de sua parte¹⁶².

Já nos acordos onerosos, a responsabilidade dos contratantes se encontra balanceada, ainda que em diferentes níveis. O exemplo fixado pela doutrina se refere à acordo em que as partes renunciavam previamente ao recurso em troca de uma diminuição do valor que a sentença condenou uma delas. Nesse caso, ainda que não exista uma igualdade plena, as prestações estão contrapostas, caracterizando o negócio processual oneroso¹⁶³.

3.7.4 Convenções comutativas e aleatórias

A classificação das convenções processuais entre comutativas e aleatórias trata, em verdade, de subdivisão dos negócios processuais onerosos, espécie tratada no item anterior.

Assim, serão considerados comutativos quando houver correspondência entre as prestações firmadas entre as partes, ou seja, o grau de dedicação atribuído a cada uma delas, caso em que igualmente serão denominados de sinalagmáticas¹⁶⁴.

Por outro lado, as convenções aleatórias cuidam das hipóteses em que não há uma equivalência entre as obrigações assumidas no momento do pacto, ficando dependentes de circunstâncias do acaso, de forma que os envolvidos não

¹⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 81.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 82.

possuem absoluto conhecimento das vantagens e/ou sacrifícios que dele poderão advir¹⁶⁵.

3.7.5 Protocolos institucionais

Muito embora a temática dos protocolos institucionais seja o cerne do presente trabalho, não se poderia deixar de incluí-la nas categorias de convenções processuais, em especial porque igualmente presente na classificação emitida por Antonio do Passo Cabral, da qual se extraem as considerações aqui anotadas sobre as espécies de acordos processuais.

Desse modo, pela posição de destaque conferida aos protocolos institucionais, maiores considerações serão emitidas no capítulo subsequente, de forma que sua menção no presente tópico se faz em razão da pertinência temática.

3.7.6 Convenções típicas e atípicas

Por fim, diferem-se os acordos processuais em típicos ou atípicos, divisão relativa à existência ou não de previsão legal correspondente.

Desse modo, o acordo processual será típico quando legalmente previsto, cabendo às partes e ao julgador analisa-lo acerca das formalidades necessárias, em especial sobre os requisitos de validade e eficácia¹⁶⁶.

Por outro lado, as convenções processuais atípicas representam a aplicação do princípio do autorregramento da vontade e da liberdade das formas, estampado na cláusula geral de atipicidade em matéria de convenções processuais do artigo 190 do Código de Processo Civil¹⁶⁷.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 85-86.

¹⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 86.

Os Enunciados nº. 19 e 490 do Fórum Permanente de Processualistas Civis elencaram rol de negócios processuais que se entendem admissíveis, os quais muito embora sejam exemplificativos, merecem atenção no estudo do tema¹⁶⁸.

3.7.7 A controvérsia sobre a participação do juiz

Curiosa divergência doutrinária se refere à possibilidade do julgador participar da celebração de convenções processuais.

Uma primeira linha de raciocínio afirma que tal conduta se mostra perfeitamente possível, respaldada, inclusive, na maior fiscalização da validade do negócio jurídico pelo Estado. Desse modo, além da participação do juiz representar apenas benefícios ao negócio processual, sua ocorrência está prevista na lei, o que demonstra que sua ocorrência é admitida pelo ordenador jurídico pátrio¹⁶⁹.

Por outro lado, corrente oposta afirma que o juiz não pode ser considerado parte na celebração de convenções processuais em razão do mesmo não possuir capacidade negocial. Tal conclusão é emitida a partir da premissa de que a capacidade negocial é reflexa do exercício de um interesse, conduta incompatível com o Estado-juiz. Interesse, inclusive, estaria ligado à própria ideia de parcialidade¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Enunciado nº. 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso¹⁴, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal”. No mesmo sentido, o Enunciado nº. 490 do FPPC: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II)”.

¹⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 387.

¹⁷⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 223.

Por conseguinte, o Estado estaria impedido de praticar qualquer ato por interesse próprio, tendo em vista seu necessário distanciamento dos interesses das partes (materiais e processuais). Ainda, a função de controle da validade das convenções se mostra incompatível com a tomada de posicionamento pelo exercício de interesses, o que representaria mais uma vedação à participação estatal nas convenções processuais¹⁷¹.

3.8 Negócios processuais no direito administrativo

A abertura negocial estampada no Código de Processo Civil de 2015 acerca da celebração de negócios jurídicos processuais, em especial pela redação de seu art. 190, deixa transparecer que a Administração Pública é, sem dúvida, um de seus destinatários. Não fosse assim, seria difícil argumentar a lógica do Estado poder se valer da arbitragem ou da mediação para resolução de seus conflitos, mas, por outro lado, não poder celebrar negócios processuais que envolvessem direitos passíveis de transação¹⁷².

A atenção que se deve manter nesses casos é, em especial, sobre os limites admissíveis para que a Administração Pública transacione, com foco especial para que sejam observados os princípios da publicidade e isonomia, inerentes a qualquer atuação pública. Entretanto, a admissão de negociações processuais envolvendo a Administração é medida que se impõe, em especial pela transição da cultura impositiva por uma cultura consensual¹⁷³.

No âmbito do Direito Administrativo, tem-se a redação da Lei Federal nº. 13.140 de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, além de outras providências.

Neste específico, a mencionada Lei dedicou Capítulo específico para tratar da *autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito*

¹⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 224.

¹⁷² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 92-93.

¹⁷³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 93.

público, a qual deverá ser disciplinada por Regulamento específico de cada ente federado¹⁷⁴.

A utilização legal do vocábulo *autocomposição* tem sentido genérico, o qual configura gênero que abrange diversas espécies, a exemplo da *resolução administrativa de conflitos* (art. 32), *mediação* (art. 33), *mediação coletiva de conflitos relacionados com a prestação de serviços públicos* (art. 33, p. único), *transação por adesão* (art. 35), *composição extrajudicial de conflitos* (arts. 36 e 37), dentre outros¹⁷⁵.

Em semelhante orientação, a Lei Federal nº. 13.129 de 2015 ampliou o âmbito de aplicação da arbitragem para permitir que a Administração Pública direta e indireta se utilize da arbitragem como meio de resolução consensual de litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, através do acréscimo dos §§ 1º e 2º ao artigo 1º da Lei nº. 9.307 de 1996, o que demonstra a atualidade da temática do consenso envolvendo o Estado.

Nessa esteira, também se pode concluir ser possível a celebração de convenções processuais envolvendo o Poder Público, tendo em vista que se admite a submissão do Estado ao rito da arbitragem. Assim, não haveria qualquer óbice à possibilidade de celebração de convenções em matéria processual. Eventual vício estaria no objeto, não na capacidade¹⁷⁶.

A disseminação da consensualidade no âmbito do exercício público decorre do atual reconhecimento de uma disponibilidade parcial do interesse público. Desse modo, desfez-se a equivocada percepção de que o interesse público, apenas por ser público, seria indisponível. A indisponibilidade do direito público é reconhecida, mas também se mostra patente que ela admite graduação, de forma a se permitir sua flexibilização¹⁷⁷.

¹⁷⁴ O capítulo compreende os artigos 32 a 40, dispendo, inclusive, de Seção específica para disciplina dos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações. A necessidade de Regulamento próprio se encontra no art. 32, §1º da mencionada Lei.

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017. Págs. 1129-1130.

¹⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 166.

¹⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 156.

Em verdade, não teria lógica a criação de toda uma cultura de consenso através das inovações legislativas vivenciadas para, posteriormente, proibir que a própria Administração Pública a ela se submeta, o que reduziria de maneira significativa a eficácia das normas em comento¹⁷⁸.

Tanto é assim, que o art. 174 do CPC determina a criação de câmaras especializadas em solução consensual no âmbito administrativo interno, especialmente porque não há determinação para a Administração resolva seus conflitos unicamente através de intervenção jurisdicional¹⁷⁹.

Por fim, verifique-se a redação do Enunciado nº. 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que dispõe: “*A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual*”, o que parece sintetizar toda a exposição travada neste tópico.

4 PROTOCOLOS INSTITUCIONAIS

Partindo-se do problema anunciado na introdução deste trabalho, o Poder Judiciário enfrenta uma demanda processual crescente, o que representa grande preocupação do legislador em matéria processual.

Mas essa informação fica melhor demonstrada do que dita. Segundo o relatório da “*Justiça em números 2017 – ano base 2016*” emitido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹⁸⁰, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, de forma que a cada 100 mil habitantes, 12.907 ingressaram com demanda judicial naquele mesmo ano. Foram 29,4 milhões de processos novos, o que significa um aumento de 5,6% em relação a 2015, de forma que o acúmulo de processos desde 2009 já alcança um total de

¹⁷⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 94.

¹⁷⁹ BENEDUZI, Renato Resende. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187*. Coleção comentários ao Código de processo Civil; v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Págs. 383-384.

¹⁸⁰ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 14/02/2018.

31,2%, ou seja, o número de processos novos foi superior ao número de processos baixados em 18,9 milhões de processos.

Ainda assim, mostra-se pouco provável que as partes de um dado processo se contentassem com uma tutela jurisdicional rápida, mas ineficiente. Em outras palavras, busca-se um ideal de justiça que consiga contemplar o binômio celeridade e eficiência¹⁸¹, modelo este que somente será alcançado se a doutrina e a práxis jurídica começarem a se utilizar efetivamente de instrumentos alternativos de solução de conflitos, ou quando menos, de melhor regramento e regulação dos mesmos.

Pois bem. Conforme conceituação e classificação doutrinária, negócio jurídico processual é fato jurídico voluntário que reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro de limites, situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento¹⁸².

Desse modo, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, em razão disso, vincula o órgão julgador, tendo em vista que o Estado tem o dever de fazer cumprir as normas jurídicas *válidas*, até mesmo as de origem convencionalizada¹⁸³.

Traçadas considerações sobre as convenções processuais no capítulo anterior, cumpre de logo esclarecer que os protocolos institucionais caracterizam espécie de contratualização processual coletiva. Essa espécie normativa, por oportuno, encontra-se materializada no Enunciado nº. 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, ao dispor que “*é admissível a celebração de convenção processual coletiva*”.

Entende-se, entretanto, que convenções processuais coletivas é gênero que contempla duas hipóteses, uma destinada a disciplinar o procedimento civil e,

¹⁸¹ ARAÚJO, Eduardo André Vargas de. *Os poderes do juiz e o novo Código de Processo Civil: estudo sobre case management e flexibilização do processo*. Especialização pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015. Pg. 02.

¹⁸² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* / 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016. Pg. 380.

¹⁸³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais : entre publicismo e privatismo*. *Op cit.* Pg. 240. In DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. *Op cit.* Pg. 381.

por outro lado, aquelas voltadas à administração judicial, entendidas enquanto instrumentos de políticas públicas¹⁸⁴.

Traçadas essas linhas introdutórias, passar-se-á à conceituação do instituto analisado.

4.1 Conceito e natureza jurídica

Protocolo institucional pode ser compreendido como o resultado de declaração volitiva proveniente de um agrupamento de indivíduos, organicamente considerados¹⁸⁵.

De forma diversa aos acordos individuais até então trabalhados, os quais apenas vinculam as partes que deles participam, os protocolos institucionais podem se estender a todos os indivíduos de um determinado grupo, ainda que eles não tenham participado diretamente de sua realização¹⁸⁶.

Em razão disso, parte da doutrina nega que os protocolos institucionais possuam natureza de acordos processuais, inclusive porque o Tribunal deixaria de exercer função de Estado-juiz e atuaria enquanto Estado-administração. Entretanto, entende-se que o que configura a existência de um acordo processual é a sua *capacidade de produzir efeitos em situações processuais*, seja esse efeito principal ou acessório, direto ou reflexo¹⁸⁷.

Isso dito, entende-se que essa é a natureza dos protocolos institucionais.

Já no tocante ao seu regular enquadramento no âmbito jurídico, protocolos institucionais caracterizam *acordos plurilaterais institucionais*, celebrados

¹⁸⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 149.

¹⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pg. 61.

¹⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 84.

¹⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 84-85.

com o envolvimento de pessoas jurídicas ou órgãos que atuam em nome de categorias ou grupos, vinculando seus membros¹⁸⁸.

Observe-se que os protocolos institucionais possuem necessário caráter vinculativo, com um aspecto verdadeiramente normativo sobre as relações travadas pela categoria ou grupo do qual tratam.

4.2 Espécies de protocolos institucionais

No tocante às espécies de protocolos institucionais, importante apontar que tal instituto igualmente possui categoria típica, a exemplo do art. 75, §4º do CPC, quanto atípica.

No âmbito da atipicidade, os celebrantes possuem liberdade. Neste específico, veja-se os exemplos de negócios processuais atípicos apontados pelos Enunciados nº. 19 e 490, já anotados no tópico 3.7.6 do presente trabalho.

Por outro lado, alguns exemplos de protocolos institucionais travados com a participação entre os Poderes Públicos envolvem modelos especiais de citação, inclusive para dinamizar situações em localidades distantes através de citação por meio eletrônico, pautas especiais para julgamento de processos envolvendo determinada pessoa jurídica de direito público ou, ainda, hipóteses de repetição de demandas em que tenha sido reconhecida determinada obrigação do Estado em uma delas, de forma a se solucionarem as demais pela via autocompositiva, como nos casos de fornecimento de fármacos pelo Sistema Único de Saúde – SUS¹⁸⁹.

A questão da intimação da Fazenda Pública, a qual deve ocorrer de forma pessoal, meio eletrônico, carga ou remessa, já foi pensado enquanto negócio jurídico processual¹⁹⁰. Evolui-se, entretanto, para pensar a fixação de regras especiais de citação e intimação através de protocolos institucionais, notadamente

¹⁸⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 3, 6ª ed., 2012. In CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 84.

¹⁸⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Págs. 381-382.

¹⁹⁰ Neste sentido, o Enunciado nº. 30 do II Fórum Nacional do Poder Público, de Vitória/ES: “É cabível a celebração de negócio jurídico processual pela Fazenda Pública que disponha sobre formas de intimação pessoal”.

em localidades distantes. No exemplo citado, não apenas estar-se-á gerando uma economia em questões de gastos públicos, tendo em vista a redução de deslocamentos, servidores etc., como os processos ganharão certa celeridade, desde que esteja garantido que a Fazenda Pública efetivamente tomou ciência do ato, o que, em razão do avanço tecnológico atual, não possui maiores dificuldades¹⁹¹.

No que se refere ao mencionado art. 75, §4º do CPC, a doutrina entende se tratar de instrumento eficiente, inclusive em âmbito econômico, o que apenas contribui para o aprimoramento da representação da Fazenda Pública em juízo¹⁹².

Por fim, para que se alcance uma melhor compreensão de categoria apontada na abertura do presente capítulo, os acordos coletivos se diferem entre aqueles voltados à melhor gestão de processos e aqueles voltados à consecução de políticas públicas, como visto a seguir.

4.2.1 Destinados à melhor gestão de processos

Compreendem-se nessa hipótese os acordos coletivos celebrados entre o Poder Judiciário e os procuradores das partes, com vistas a suprir lacunas existentes na lei no tocante ao procedimento. Desse modo, ocorre uma aproximação entre a lei e o caso concreto através da participação social na construção do modelo procedimental¹⁹³.

Neste específico, entende-se vigente no ordenamento jurídico brasileiro o chamado *princípio da adaptabilidade procedimental*¹⁹⁴, de forma a se admitir que o procedimento se amolde às necessidades do litígio, das partes e quiçá, da

¹⁹¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017. Pg. 58.

¹⁹² BENEDUZI, Renato Resende. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187*. Coleção comentários ao Código de processo Civil; v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Págs. 75-76.

¹⁹³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 149.

¹⁹⁴ REDONDO, Bruno Garcia. *Os deveres-poderes do juiz no projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 48, n. 190, t, I, abr./jun. 2011, p. 100. In ARAÚJO, Eduardo André Vargas de. *Os poderes do juiz e o novo Código de Processo Civil: estudo sobre case management e flexibilização do processo*. Especialização pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015. Pg. 16.

Administração Pública, a exemplo de quando esta é instituidora de protocolos institucionais voltados a tal fim. Em outras palavras, entende-se necessário o fortalecimento de outros mecanismos de solução de conflitos, conforme já anunciado pela doutrina¹⁹⁵.

Em verdade, a utilização dos protocolos institucionais em situações em que a lei seja silente é medida de grande efetividade social, uma vez que o procedimento estará melhor regrado, podendo-se contemplar especificidades do caso concreto, quanto o desenrolar processual poderá assumir um caráter de celeridade e organização.

4.2.2 Destinados à consecução de políticas públicas

Por outro lado, os acordos coletivos voltados à consecução de políticas públicas são aqueles voltados ao procedimento judicial, com finalidades precipuamente públicas, a exemplo do controle de gastos e prazos judiciais, organizar a comunicação eletrônica processual, autocomposição em demandas repetitivas em que o Estado integre o polo passivo, dentre outros¹⁹⁶.

Nessas hipóteses, inclusive, poderiam pensados meios que facilitassem sua execução, como ampla publicidade das matérias passíveis de conciliação, realização de pautas especiais somente com essas matérias especiais, não obstante a realização das pautas ordinárias ou, ainda, a inclusão de processos nessas pautas especiais a pedido da parte envolvida¹⁹⁷.

Muito embora toda a construção deste trabalho esteja pautada a partir de uma visão consensual do processo, cumpre apenas um pequeno registro, uma vez que a doutrina levantou interessante questionamento da função do Estado na consecução de políticas públicas. Isso porque o Estado, notadamente a União, possui o monopólio da criação das próprias normas com base nas quais o litígio será

¹⁹⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Os desafios do juiz no CPC/2015*. Revista Jurídica da Seção Judiciária do Pernambuco. p. 321-342, 2015. Pg. 334.

¹⁹⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 149.

¹⁹⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 382.

resolvido, conforme dicção do art. 22, I, da Constituição de 1988. Assim, a doutrina afirma existir um *desejo, uma vontade e até uma tentação* na alteração das regras processuais dos conflitos que envolvam a Administração Pública, o que, muito embora tenha sido combatido pelo espírito autocompositivo já anunciado, deverá sempre ser objeto de atenção por parte dos envolvidos¹⁹⁸.

4.3 A função do protocolo institucional no estímulo à autocomposição

Ainda que se considere que os protocolos institucionais ganharam força desde a edição da Lei Processual Civil atual, a doutrina aponta que sua realização representa, em verdade, uma etapa na evolução do pensamento autocompositivo em matéria processual.

Ora, não se pode negar a existência de um sistema *multiportas*¹⁹⁹ de resolução de conflitos, o qual permeia igualmente os protocolos institucionais. Isso porque o CPC/15 não apenas estimula a autocomposição, mas igualmente possibilita que a convergência de vontades seja feita de uma variedade de formas, dentre as quais se encontra o instituto analisado.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida se utiliza da evolução do pensamento francês. Segundo o autor, percebe-se que tal avanço se deu em três etapas, sendo a primeira marcada pela possibilidade de criação de calendário de prazos entre os advogados na década de 1980. Por conseguinte, a segunda etapa trata dos protocolos estabelecidos entre a ordem dos advogados e os tribunais para solução de questões pontuais e, por fim, avança-se para permitir que as partes criem negócios processuais para modificação de regras de ônus de prova, eleição de perito, cláusula de foro, dentre outros²⁰⁰.

¹⁹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo: uma proposta de sistematização*. Ed. Universitária: Revista do curso de mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo, vol. 2, n. 1. Araçatuba, 2001. Pg. 10.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1 (livro eletrônico)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 140.

²⁰⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. 2014. Pg. 36.

Assim, percebe-se que os protocolos institucionais representam etapa no avanço do próprio pensamento autocompositivo, na qual os órgãos legitimados para atuar em nome dos representados podem firmar acordos com efeitos processuais que vinculará a todos, o que facilita o ingresso na terceira etapa em que as próprias partes possuem capacidade para alteração das regras aplicáveis.

4.4 Requisitos

Assim como qualquer instituto jurídico, os protocolos institucionais possuem requisitos, de forma a regradar as exigências para sua celebração e controlar a validade e os limites de sua fixação.

Nesses moldes, entende a doutrina que haverá de se respeitar os direitos de terceiros, a aplicabilidade ao processo e a liberdade jurisdicional.

Em verdade, durante todo e qualquer exercício mental realizado na celebração de acordos processuais, deve-se ter em mente o respeito à segurança jurídica, à confiança nas expectativas legitimamente criadas, à proteção das garantias processuais, à preservação da autonomia da vontade e seus respectivos efeitos, à igualdade, dentre outros²⁰¹.

4.4.1 Ausência de prejuízos a terceiros

Neste específico, já se mencionou neste trabalho que o princípio da liberdade, em seu aspecto negativo, exige que se respeite a esfera de direitos de terceiros, de forma que o atingimento da esfera de terceiros não envolvidos deve ser, por óbvio, vedado pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o Estado Constitucional, erigido a partir do binômio liberdade e igualdade, pauta-se na busca pela democracia, eficiência, interesse público e realidade social, política e cultural, de modo que não se pode admitir que

²⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 315.

direitos sejam exercitados, regras ou procedimentos sejam criados se estes vierem a lesar direitos de terceiros²⁰².

Frise-se que por vezes a proteção de direitos de terceiros se efetiva através da fixação de determinada forma, esta enquanto responsável pela manutenção da ordem social através do regramento das condutas humanas. Assim, a forma busca evitar os arbítrios e preferências dos agentes públicos frente aos particulares, de forma a assegurar a isonomia e a igualdade de tratamento nas relações jurídicas processuais²⁰³.

Em outras palavras, não pode o protocolo institucional causar prejuízo a terceiro ou lhe impor ônus ou dever não previsto em lei, limite este aplicável à qualquer hipótese de convenção processual, envolvendo o Poder Público ou não²⁰⁴.

4.4.2 Preservação da adequada prestação jurisdicional

O protocolo institucional não pode, em igual sentido, impedir que a atividade jurisdicional se desenvolva regularmente ou ainda afetar o interesse público, requisito que exige seu regular sopesamento quando sua celebração acarretar aumento de gastos ao Estado²⁰⁵.

Recorda-se, neste ponto, que o campo processual é fecundo para a valorização do Estado Democrático do Direito, através da ampla dialeticidade entre as partes, o que aumenta a legitimidade da decisão a ser proferida²⁰⁶. Tal entendimento, entretanto, possui limites, não podendo servir como forma de inibir o desenvolvimento processual, conforme aqui exposto.

²⁰² VIDAL, Ludmila Camacho Duarte. *A Importante Função das Convenções Processuais na Mudança da Cultura do Litígio: A Interligação entre Consensualidade e Convencionalidade*. Revista FONAMEC. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 200-224, 2017. Pg. 215.

²⁰³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Flexibilização procedimental*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Pg. 137.

²⁰⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 383.

²⁰⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 383.

²⁰⁶ DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. *O novo Código de Processo Civil, os Negócios Processuais e a Adequação Procedimental*. Revista do GEDICON, v. 2, Estudos de Direito Concreto em Matéria Cível e Fazendária, dez./2014. Pg. 03.

Neste específico, um dos aspectos que parece limitar a celebração de qualquer protocolo institucional é a reserva de lei, uma vez que este bem como qualquer outro instrumento normativo não pode ser utilizado como forma de derrogar texto expresso de lei²⁰⁷.

Em outras palavras, a finalidade do protocolo institucional não poderá ser desvirtuada de forma a afetar que o regular desenvolvimento do processo, seja porque tal atitude é *contra legem*, seja porque estar-se-ia indo de encontro com a própria finalidade de sua criação, qual seja, a dinamização dos processos.

4.4.3 O respeito à liberdade jurisdicional

Por fim, entende a doutrina que a celebração de protocolos institucionais não poderá afetar o campo de atuação do julgador, de forma a restringir sua liberdade de convencimento e julgamento²⁰⁸.

Neste tópico, surge campo que admite questionamentos substanciais, tendo em vista que o liame entre o regular desenvolvimento dos protocolos institucionais e o desrespeito à atividade jurisdicional é muito tênue. Fato é que a grande maioria dos protocolos institucionais celebrados no caso concreto restringirá, ainda que de forma restrita ou reflexa, o campo de atuação do magistrado, o que deverá ser analisado com base nos princípios estampados na Constituição no caso concreto.

4.5 A controvérsia sobre protocolos institucionais e prazos processuais

Exemplo da problemática anunciada no último tópico do item anterior diz respeito à possibilidade de criação de calendário processual específico para que a

²⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 316.

²⁰⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 383.

Fazenda Pública cumpra obrigação de fazer que lhe tenha sido imposta, a exemplo da entrega de coisa, *v.g.*, remédios²⁰⁹.

Nessa hipótese, questiona-se se a fixação de prazo mínimo para que o Ente público cumpra a obrigação que lhe fora imposta, constitucional ou judicialmente reconhecida, não estaria violando a liberdade do magistrado de lhe impor sanção mais gravosa, a exemplo de prazo reduzido (que não seja exíguo) como forma de suprir a necessidade do paciente com a urgência necessária.

Na forma concluída no mesmo tópico, tal exemplo deveria ser resolvido com base em princípios constitucionais, em especial o da razoabilidade, inclusive para que pacientes que necessitem do fármaco com urgência gritante não venham a ter seu quadro agravado ou até mesmo evoluir a óbito em razão da Fazenda Pública *se encontrar dentro do prazo regularmente estabelecido*.

Com base na solução apresentada, no momento da celebração do protocolo institucional deverão os celebrantes regular as situações normalmente vivenciadas pelo Poder Judiciário mas, igualmente, buscar contemplar as situações com maior urgência, como no exemplo dado. Para tanto, a simples indicação de que *o julgador poderá afastar a aplicabilidade do protocolo institucional sob o caso concreto se entender caracterizado grave risco ao interessado, desde que fundamente tal ação, caso em que poderá ser fixado prazo menor, observada a celeridade para ciência do ato*.

5 CONCLUSÃO

Diante de toda a exposição feita neste trabalho, chega-se à conclusão alcançada sobre o tema inicialmente proposto, especialmente sobre o consagrado tema das convenções processuais no âmbito do Código de Processo Civil de 2015 e sua conseqüente aplicabilidade aos protocolos institucionais, com enfoque aos celebrados com a participação da Administração Pública.

²⁰⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016. Pg. 383.

Em verdade, todo este trabalho busca pensar uma dentre tantas formas, aqui entendidas pela abertura de atipicidade presente no art. 190 do CPC, capazes de solucionar a situação atual de demandas que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta, as quais caracterizam a prestação jurisdicional de forma célere e eficaz enquanto utopia.

Ora, não se poderia deixar de contemplar a autocomposição em demandas processuais também nos litígios envolvendo o Estado, seja porque ele é o próprio criador das regras dispositivas, seja porque a criação de normas processuais específicas visa beneficiar toda a coletividade de administrados.

Verifica-se, desse modo, a possibilidade de criação de protocolos institucionais, seja para suprir lacunas legais, criando modelos especiais de citação, pautas especiais de julgamento, datas específicas para solução de demandas especiais, atenção especial em demandas que envolvam determinado tipo de pedido ou pessoa jurídica, enfim, quanto para servir como ferramenta para concretização de políticas públicas, de forma a organizar o desenvolvimento processual de forma a garantir o bem da vida de forma ágil e com qualidade.

Entende-se superado o entendimento de que o Estado, por ser o grande demandado judicialmente, deve sempre postergar o desenrolar processual como forma de redução de gastos. Existem situações em que o bem da vida pleiteado é sim devido e, partindo-se do próprio espírito de autocomposição erigido pelo diploma processual recente, busca-se uma mudança de postura e pensamento para que o processo se encerre com uma duração razoável.

Por oportuno, não seria possível listar a gama de protocolos institucionais admissíveis, inclusive pela cláusula geral de atipicidade presente no art. 190 do CPC, mas, entende-se que se observados os direitos de terceiros, o regular desenvolvimento processual e a margem de liberdade do julgador, o limite para sua celebração se encontra na criatividade dos envolvidos, inclusive como forma de se criar uma cláusula aberta que possa contemplar as especificidades que o caso concreto, este tão fluido, possa apresentar.

Por fim, a aplicabilidade dos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 deve servir como parâmetro balizador não apenas dos protocolos institucionais, mas de todo e qualquer instrumento utilizado em nosso ordenamento jurídico, de forma a permitir que o Poder Judiciário continue a evitar que abusos ocorram ou que violações a direitos fundamentais se concretizem, posto ser esta sua função precípua.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. **Das convenções processuais no processo civil**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. 2014.

ARAÚJO, Eduardo André Vargas de. **Os poderes do juiz e o novo Código de Processo Civil: estudo sobre *case management* e flexibilização do processo**. Especialização pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2011.

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

BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de direito processual civil : volume único**. 4. ed. Salvador : Ed. Juspodivm, 2014.

BENEDUZI, Renato Resende. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187**. Coleção comentários ao Código de processo Civil; v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 13/02/2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13/02/2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.** Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13/02/2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm. Acesso em: 13/02/2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm. Acesso em: 13/02/2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo:** uma proposta de sistematização. Ed. Universitária: Revista do curso de mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo, vol. 2, n. 1. Araçatuba, 2001.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador : Ed. Juspodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Convenções em matéria processual**. Revista de processo, v. 241, 2015.

_____. **Flexibilização procedimental**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.

_____. **Os desafios do juiz no CPC/2015**. Revista Jurídica da Seção Judiciária do Pernambuco. p. 321-342, 2015.

CALAMANDREI, Piero. “**Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio**”. *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 235. In BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo: uma proposta de sistematização*. Ed. Universitária: Revista do curso de mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo, vol. 2, n. 1. Araçatuba, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processual civil brasileiro**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl., e atual., até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Negócios jurídicos processuais : uma nova fronteira?**. Revista do Advogado, ano XXV, nº. 126, maio/2015, págs. 77-78. In BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais : Relatório nacional (Brasil)**. Relatório apresentado no I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual, mimeografado, 2014. Pg. 3. In CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016.

_____. **A Fazenda Pública em juízo.** 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil:** artigos 188 ao 293. Coleção comentários ao Código de processo Civil; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento /** 18. ed. – Salvador: Ed. Jus podivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. **O novo Código de Processo Civil, os Negócios Processuais e a Adequação Procedimental.** Revista do GEDICON, v. 2, Estudos de Direito Concreto em Matéria Cível e Fazendária, dez./2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil : Responsabilidade civil em espécie.** 3. ed. Editora Juspodivm, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** Parte geral. São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1. In TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral.* 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

GRECO, Leonardo. **Publicismo e privatismo no processo civil.** Revista de processo, ano 33, nº. 164, out., 2008.

_____. **Os atos de disposição processual:** primeiras reflexões. Revista eletrônica de direito processual, Rio de Janeiro, p. 7-28, 2007.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Processo autoritário e regime liberal**. In *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro : Jurídica e Universitária, 1969.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova**. Revista de processo, São Paulo, nº. 241, mar./2015, pg. 467. In BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1 (livro eletrônico)**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69**. Coleção comentários ao Código de processo Civil; v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Editora Malheiros, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Achegas para uma teoria das capacidades em direito**. Revista de direito privado, ano 01, nº. 03, jul.-set./2000, págs. 09-10 e 17-18. In BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos : regime jurídico dos funcionários públicos**. 1. ed., 4. tiragem. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A responsabilidade do advogado de Estado**. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, nº. 63, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 3, 6ª ed., 2012. In CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador : Ed. Juspodivm, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. **Os deveres-poderes do juiz no projeto de novo Código de Processo Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 48, n. 190, t, I, abr./jun. 2011, p. 100. In ARAÚJO, Eduardo André Vargas de. *Os poderes do juiz e o novo Código de Processo Civil: estudo sobre case management e flexibilização do processo*. Especialização pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Fraude contra credores**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. In TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.1. In TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.1: Lei de introdução e parte geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo**. 1. ed. Rio de Janeiro : Gramma, 2017.

_____. **A Importante Função das Convenções Processuais na Mudança da Cultura do Litígio: A Interligação entre Consensualidade e Convencionalidade.** Revista FONAMEC. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 200-224, 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao Código de Processo Civil:** artigos 334 ao 368. Coleção comentários ao Código de processo Civil; v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZWIRTES, Irla. **A validade do negócio jurídico processual.** Monografia (graduação). Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, 2015.