

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

ATYPICAL PROCEDURAL LEGAL TRANSACTION

CESAR CALO PEGHINI

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina. Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito FADISP. Especialista em Direito do Consumidor na experiência do Tribunal de Justiça da União Européia e na Jurisprudência Espanhola, pela Universidade de Castilla-La Mancha, Toledo/ES. Especialista em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino ITE. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito - EPD. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Professor Titular do PPGD e dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu da EPD.

ANDRESSA MORAIS CAPASSI SANTOS

Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Contratual e Direito Imobiliário. Graduada em Direito pela Faculdade Metropolitana Unidas (FMU). Advogada e Sócia do escritório Lee, Brock, Camargo Advogados.

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é examinar a possibilidade de celebração do negócio jurídico processual atípico no Direito brasileiro, resultante do princípio da autonomia privada das partes, nos termos do Art. 200, do Código de Processo Civil, e da cláusula geral do princípio da atipicidade de negociação processual prevista no Art. 190, do mesmo código. A escolha do tema decorre da necessidade de sistematizar-se os seus pressupostos. Esta investigação utiliza o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas; quanto ao procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos, bem como documental, devido à revisão de textos legislativos e decisões jurisprudenciais, visando a extrair o devido aprofundamento da compreensão sobre o negócio jurídico processual atípico. Um dos resultados do estudo refere-se à cláusula geral dos negócios jurídicos atípicos, previsto no Código de Processo Civil de 2015, que é interpretativa e não há restrição, exceto pela capacidade plena dos agentes e a possibilidade de objeto ser disponível, pois há a vedação de composição de norma de ordem pública. A contribuição científica deste estudo é o fomento ao debate sobre o tema, ao semear novas perspectivas e soluções sobre a possibilidade de celebração do negócio jurídico processual atípico no Direito brasileiro em consonância com o novo Código de Processo Civil.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Formas de negociação. Negócio jurídico atípico.

ABSTRACT

The objective of this study is to examine the possibility of concluding atypical procedural legal transactions in Brazilian Law, resulting from the principle of the private autonomy of the parties, pursuant to Article 200 of the Code of Civil Procedure and the general clause of the principle of atypical procedural negotiations provided for in Article 190 of the same Code. The choice of the theme arises from the need to systematize its assumptions. This investigation uses the deductive method, through a qualitative approach, to produce in-depth information; as to the procedure, it is a bibliographical research, through the review of books and papers, as well as documentary, due to the revision of legislative texts and jurisprudential decisions, aiming to extract due understanding of the atypical procedural legal negotiation. One of the results of the study refers to the general clause of atypical legal negotiation, provided for in the Code of Civil Procedure dated 2015, which is interpretive and there is no restriction, except for the full capacity of agents and the possibility of object being available, since there is the sealing of the composition of a public policy standard. The scientific contribution of this study is the promotion of the debate on the subject, by seeding new perspectives and solutions on the possibility of concluding the atypical procedural legal negotiation in Brazilian law in line with the new Code of Civil Procedure.

Keywords: Civil Procedural Law. Types of negotiation. Legal negotiation. Atypical procedural legal negotiation.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, os negócios jurídicos processuais têm atuação limitada, pois havia uma visão conservadora do processo de que os procedimentos deviam estar previstos em lei, para poderem ser aplicados, o que inviabiliza com frequência a sua aplicação prática, pois o rol previsto era muito reduzido.

Desde a Constituição de 1988, busca-se efetivar o Estado Democrático de Direito. A reforma do Código de Processo Civil de 2015 previu expressamente a necessidade de cumprir-se os direitos fundamentais expressos e implícitos na Carta Magna, a fim de que se exerça a função social do Direito à medida que se aplica o Direito efetivamente nas relações sociais.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

O processo judicial tem o objetivo de solução de conflitos para restabelecer a pacificação social e, de acordo com o Art. 190, do Código de Processo Civil, as partes podem alterar o procedimento a ser aplicado, dentro dos limites legais, a partir do conceito da mútua cooperação processual para maior agilidade dos procedimentos processuais e atender ao interesse das partes.

O objetivo deste estudo consiste em analisar o negócio jurídico processual atípico, previsto no Código de Processo Civil de 2015, que trouxe às partes um papel mais efetivo na lide, mediante a inclusão de uma cláusula geral de atipicidade dos negócios jurídicos processuais que inexistia na legislação brasileira. Com base no princípio da autonomia privada das partes, o objetivo é explicar o conceito, as principais classificações e ao final demonstrar os pressupostos de existência e a amplitude do poder de autocomposição.

A partir dessa inovação, o legislador buscou outorgar mais democracia à lide judiciária; entretanto, no dia-a-dia percebe-se que há uma resistência do Poder Judiciário, pois há uma gama de oportunidades que podem ser efetivadas sem a necessidade de previsão legal e os limites do ordenamento jurídico, e que posteriormente possa ser considerado abusivo ou eventualmente contestado mediante a análise específica.

O estudo divide-se em capítulos.

No Capítulo 1 apresenta-se o conceito de negócio jurídico processual e os seus pressupostos de existência, cujo objetivo é apresentar uma melhor classificação ao negócio jurídico processual, de acordo com a teoria geral do direito e a doutrina majoritária.

O Capítulo 2 tem foco no conceito e nas peculiaridades do negócio jurídico processual atípico, instituído para permitir maior protagonismo das partes nos procedimentos jurídicos, nos termos do Art. 190, do Código de Processo Civil.

O Capítulo 3 trata dos requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais, em especial o plano de juridicidade nos termos da escada ponteano de Pontes de Miranda.

O Capítulo 4 apresenta uma análise geral sobre os limites e a validade dos negócios jurídicos atípicos por meio de uma análise crítica e científica sobre a aplicação e a interpretação dos dispositivos legais aplicáveis, considerando que o tema será alvo



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

de muitos questionamentos por guardar na sua essência a atipicidade e basear-se no princípio da autonomia privada das partes.

Esta investigação utiliza o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas; quanto ao procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos, bem como documental, devido à revisão de textos legislativos e decisões jurisprudenciais, visando a extrair o devido aprofundamento da compreensão sobre o negócio jurídico processual atípico.

2 O CONCEITO E A CLASSIFICAÇÃO PROCESSUAL DE NEGÓCIO JURÍDICO

Conceitua-se o negócio jurídico como toda a manifestação e vontade lícita que produz efeitos desejados entre as partes. Cesar Peghini assevera que “os negócios jurídicos são os acontecimentos emanados da vontade lícita do homem em razão dos quais seus efeitos nos direitos nascem, se modificam ou se extinguem, em decorrência desta vontade”¹.

As relações jurídicas originam-se a partir de fatos jurídicos, que são acontecimentos naturais (fato jurídico *strictu sensu*) ou voluntários (ato jurídico) que por alguma razão tornam-se relevantes para o sistema jurídico.

Flávio Tartuce ensina que “negócio jurídico é o ato jurídico em que há uma composição de interesses das partes com uma finalidade específica”².

O negócio jurídico diferencia-se de fato jurídico *stricto sensu*, pois neste há um ato juridicamente relevante, em que a sua ocorrência independe de qualquer interferência humana³.

Antônio Junqueira de Azevedo, ao abordar o tema do negócio jurídico, definiu-o como: “[...] todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento

¹ PEGHINI, Cesar. **Resumo de Direito Civil**. v. 2. São Paulo: Leme, 2020, p. 1.

² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Lei de Introdução e Parte Geral. v. 1, 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

³ TARTUCE, 2017, p. 397.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

jurídico atribui efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”⁴.

Ainda ao trabalhar no conceito de negócio jurídico com base na teoria geral do Direito, é possível conceituá-lo de acordo com a sua estrutura, que é decorrente do princípio da autonomia privada das partes (poder de escolha de sua estrutura e efeitos), em que o ato é meramente uma ferramenta para alcançar-se o propósito das partes.

A despeito dos diversos conceitos atribuídos pelos doutrinadores, pois não há uma unanimidade no plano doutrinário, é possível definir o negócio jurídico como a declaração de vontade capaz de alterar situações processuais ou os seus procedimentos. Nos termos do conceito de Alvim Arruda o negócio jurídico é um:

Ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica, consistindo, de modo geral, em declarações de vontade unilaterais ou bilaterais capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento.⁵

O negócio jurídico processual, teve maior repercussão após o advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015)⁶, pelo fato da redação do seu Art. 190 valer-se de cláusula geral, ao prever a atipicidade de celebração de negócios processuais.

Os negócios jurídicos caracterizam-se como processuais por ser o seu objeto processual ou procedimental.

A previsão da possibilidade de autocomposição no negócio jurídico processual não é uma “inovação”, pois antes do advento do Código de Processo Civil de 2015 reconhecia-se a vontade das partes no processo, apesar da resistência doutrinária, haja visto que já permitia que as partes pudessem eleger, dentro outros, a postulação de demanda pelo Juizado Especial Cível ou Justiça Comum, a cláusula de eleição de foro, o litisconsórcio facultativo, a suspensão voluntária do processo, a reconvenção ou a postulação de demanda autônoma.

⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

⁵ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 612-613; e CABRAL, Antônio do Passo. **Negócios processuais** (coleção grandes temas do novo CPC).3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 52.

⁶ BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 8 jun.2022.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

No modelo de negócio jurídico processual típico, ou seja, com a previsão legal expressa e de forma determinada, a vontade dos litigantes é irrelevante para a definição do *modus operandis* do processo civil.

3 O SIGNIFICADO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

Por meio da cláusula de negócio jurídico processual geral reconheceu-se a vontade das partes, mediante negócios jurídicos processuais bilaterais atípicos (sem previsão em lei) que terão relevância no campo jurídico processual.

Ensina Didier Júnior que o negócio jurídico processual atípico se extrai do subprincípio da atipicidade da negociação processual. Utiliza-se a expressão *subprincípio* por servir à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo. O negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdade, deveres e poderes (qualquer situação jurídica ativa – o que inclui os direitos subjetivos, os direitos potestativos e os poderes propriamente ditos)⁷.

Neste formato de negócio jurídico negocia-se sobre o processo, alterando as suas regras, denominado “liberdade de procedimento” e não sobre o objeto litigioso do processo (Direito material). O Art. 190 dispõe sobre os direitos que admitem autocomposição; ou seja, será lícito às partes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo à sua conveniência antes ou durante o processo⁸.

Apesar de o negócio jurídico processual não poder afastar uma norma cogente, Pedro Henrique Nogueira⁹ reconhece a possibilidade das partes realizarem negócios jurídicos processuais acerca de direitos indisponíveis no plano material, conforme sedimentado no Enunciado nº. 135, do Fórum Permanente de Processualistas Civil

⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁸ BRASIL, 2015.

⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Comentários ao enunciado 135. In. PEIXOTO, Ravi (coord.). **Enunciados FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**, organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 199-200. “Direitos teoricamente indisponíveis, posto que irrenunciáveis (por exemplo, direito subjetivo a alimentos) podem comportar transação quanto ao valor, vencimento e forma de satisfação”.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

(FPCC): “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”¹⁰ e como exemplo menciona-se o direito de alimentos que é indisponível, mas que permite a composição em relação ao valor da prestação, o vencimento e a forma de pagamento.

Um outro exemplo prático sobre a possibilidade de transação de direito indisponível está previsto no Art. 3º., da Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe: “Art. 3º. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.”¹¹.

Por outro lado, a doutrina clássica apresenta resistência sobre o reconhecimento da transação de direito indisponível¹² devido à falta de precisão doutrinária e jurisprudencial, conforme assevera Pontes de Miranda:

A transação modifica a relação jurídica de direito das obrigações ou de direito das coisas, pois, para se eliminarem litígios ou inseguridades, se fazem concessões. Não há reconhecimento puro, porque seria capitulação. Por isso mesmo, aos transatores exige-se o poder de dispor.¹³

Quanto à capacidade das partes, é indispensável que sejam capazes, o objeto seja lícito, a forma prescrita ou não vedada por lei e que no mínimo seja bilateral, pois a autonomia da vontade das partes é essencial para a caracterização do negócio jurídico atípico.

No plano de validade, predomina o entendimento de que não há necessidade de homologação judicial do negócio jurídico processual, que produz efeitos de imediato (ou não – a depender de seus termos); entretanto, a homologação pode ser necessária para

¹⁰ INSTITUTO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas**. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPCC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹¹ BRASIL. **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: 8 jun.2022.

¹² MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no direito civil e no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

¹³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. Direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. v. 25, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.152-153.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

alguns atos produzirem efeitos quando há expressa previsão legal, como é exigido, por exemplo no caso de desistência da ação, conforme previsto no Art. 200, Parágrafo Único, do Código de Processo Civil¹⁴. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu entendimento sobre o tema no ano de 2005:

Efetuada e concluída a transação, é vedado a um dos transatores a rescisão unilateral, como também é obrigado o juiz a homologar o negócio jurídico, desde que não esteja contaminado por defeito insanável (objeto ilícito, incapacidade das partes ou irregularidade do ato)¹⁵

O Enunciado nº. 133, do FPPC, traz enunciado similar: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”¹⁶.

4 O CONCEITO DE ESCADA PONTEANA

O negócio jurídico, segundo a doutrina de Pontes de Miranda, pode ser estudado por intermédio de três planos: (i) a existência, (ii) a validade e (iii) a eficácia, reconhecida como a *Escada Ponteano*, em homenagem ao citado doutrinador, que assim define:

[...] existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia. O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem ser; porque não há validade, ou eficácia do que não é.¹⁷

A Escada Ponteano, uma escada com três degraus, e sempre em ordem de “subida”, em que a ordem é do primeiro degrau com o plano da existência; o segundo

¹⁴ BRASIL, 2015.

¹⁵ BRASIL. STJ. 3ª. turma, REsp 650.795/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 7 jun. 2005, DJ 15 ago. 2005.

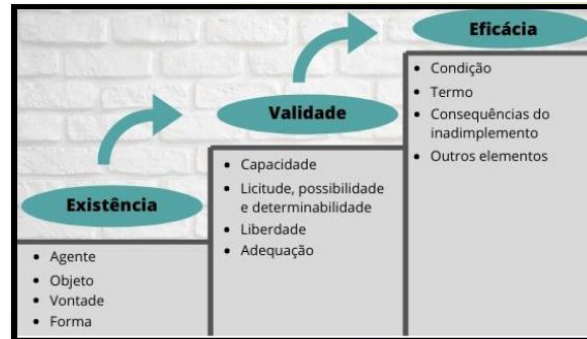
¹⁶ INSTITUTO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO (2017). Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 24 jun.2022.

¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1974, p.15.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

degrau com o plano da validade; e o terceiro degrau com o da eficácia, conforme ensinamentos de Cesar Peghini¹⁸:



No plano da existência há os elementos: (i) manifestação da vontade, (ii) agente/parte, (iii) objeto; e (iv) forma (o meio pelo qual a vontade manifesta-se). O plano da validade está previsto no Art. 104 do Código Civil¹⁹. No plano da eficácia, há as consequências do negócio jurídico relacionado às modificações ou extinções de direitos.

No segundo plano – validade – é possível identificar seis requisitos de eficácias do negócio jurídico processual atípico, de acordo com os ensinamentos de Flávio Tartuce²⁰, que define que serão unicamente aceitas as convenções processuais nas hipóteses em que:

- 1) as partes sejam as titulares da situação jurídica a respeito da qual pretendam dispor, sendo vedada a convenção processual que atinja deveres, direitos, ônus e faculdades de terceiros;
- 2) o objeto da convenção seja lícito, de modo a não se admitir negócios jurídicos processuais que acabem por violar o conteúdo mínimo do processo

¹⁸ PEGHINI, 2020.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 8 jun.2022.

²⁰ TARTUCE, Flávio. Negócio jurídico processual em contrato de consumo. **JusBrasil**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/533954493/negocio-juridico-processual-em-contrato-de-consumo> Acesso em: 18 jun. 2022.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

- constitucional (regras constitucionais de competência, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação e a licitude da prova entre outros);
- 3) a celebração da convenção seja realizada por escrito (especificamente no negócio jurídico pré-processual), pois só assim é possível operacionalizar-se judicialmente mediante o mínimo de segurança e presteza a alteração da regra legal por convenção das partes;
 - 4) haja a preservação da autonomia privada dos contratantes, devendo o juiz deixar de aplicar a convenção processual nos casos de nulidade (erro, dolo, coação etc.), inserção abusiva em contrato de adesão ou vulnerabilidade manifesta de um dos celebrantes;
 - 5) as partes sejam civilmente capazes, vedada a celebração de convenção por incapazes, ainda que representados ou assistidos; e
 - 6) o direito objeto da convenção processual seja auto componível, isto é, esteja na esfera de disponibilidade das partes.

Assim, de acordo com as contribuições de Pontes de Miranda, no plano de juridicidade, cada plano deve ser observado sucessivamente, literalmente como uma escada; portanto, para um negócio jurídico existir na Escada Ponteanana, é preciso que se enquadre em todas as categorias, como se fosse um “degrau”, sem qualquer defeito que possa atingir os elementos e requisitos de tal categoria.

5 O LIMITE DO NEGÓCIO JURÍDICO-PROCESSUAL ATÍPICO

O controle de validade do negócio jurídico-processual atípico por parte do juiz decorre do Parágrafo Único, do Art. 190, do Código de Processo Civil, que dispõe:

De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.²¹

Assim, conclui-se que o juiz tem o dever de controlar a validade das convenções processuais de forma provocada (requerimento da parte) ou de ofício, e recusa-se à aplicação dos negócios jurídicos processuais caso identifique a inexistência de equilíbrio entre os envolvidos para evitar que uma das partes beneficie-se ou leve vantagem em relação à outra.

O envolvimento do juiz decorre de situações específicas nos termos da lei, pois em regra não há prerrogativa ou obrigatoriedade para a homologação das convenções.

Assim, importa delimitar o papel de controle do juiz ante a autonomia assegurada por lei às partes, nos termos do ensinamento de Murilo Teixeira Avelino:

[...] a atuação das partes que for de encontro à justa e eficiente prestação da atividade jurisdicional, é passível de controle pelo magistrado, através do permissivo dado pelo devido processo legal substancial e da economia processual, informadores da teoria das invalidades dos atos jurídicos.²²

O entendimento em comento é evidenciado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1184151/MS, no qual se destaca a o seu posicionamento:

É necessário romper com a ideia de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente. Deve-se valorizar a eficácia dos documentos produzidos pelas partes, fortalecendo-se negociação, sem que seja necessário, sempre e para tudo, uma chancela judicial.²³

A primeira possibilidade de controle de validade jurisdicional decorre de convenção inserida de forma abusiva em contrato de adesão; nesta modalidade de transação há a imposição de determinadas condições (constituída unilateralmente) para uma das partes que somente tem a opção de aceitar os termos da transação, em desacordo com a função

²¹ BRASIL, 2015.

²² AVELINO, Murilo Teixeira. **A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. v. 246. São Paulo: Revista de Processo, 2015, p. 219-238.**

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1184151/2010**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21276956/recurso-especial-resp-1184151-ms-2010-0039028-6-stj/inteiro-teor-21276957>. Acesso em: 8 jun. 2022.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

social dos negócios jurídicos que decorrem de uma composição de interesses entre as partes.

No Código do Consumidor, no Art. 54, denota-se o conceito de contrato de adesão: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”²⁴.

A segunda possibilidade refere-se aos casos de manifesta vulnerabilidade de uma das partes, o que de plano é um paradigma, pois a situação de vulnerabilidade é um conceito jurídico indeterminado e poderá ser identificado em situações diferentes; portanto não há apenas uma vulnerabilidade, mas vulnerabilidades.

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem definem vulnerabilidade como:

[...] mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.²⁵

Portanto, cada tipo de vulnerabilidade representará um critério diferente de exposição de uma pessoa a uma situação de fragilidade ou desigualdade e todas as espécies incluem-se no conceito do Art. 190, Parágrafo Único, do Código de Processo Civil²⁶.

Ao analisar o dispositivo legal, denota-se que o fato de alguém ser considerado vulnerável não invalida automaticamente o negócio jurídico processual; em qualquer caso, diferentemente do que ocorre com a incapacidade, a vulnerabilidade deve ser analisada no caso concreto e sempre será relativa.

²⁴ BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** [Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 8 jun.2022.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 120.

²⁶ “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. § Único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” (Redação Código de Processo Civil - Lei nº. 13105/2015). (BRASIL, 2015).



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

Fernanda Tartuce explica o tema ao analisar a vulnerabilidade: “a convenção não será válida quando um litigante estiver em clara situação de desvantagem em relação ao outro, estando suscetível a ponto de ter sua atuação em juízo prejudicada”²⁷.

Flávio Luiz Yarshell, Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira opinam em favor da atuação *ex officio* por parte do juiz, que deve ser aplicada apenas em casos de nulidade absoluta, nos termos do Art. 278, do Código de Processo Civil, eis que as nulidades relativas submetem-se à preclusão²⁸.

Mesmo que se reconheça uma possível causa de nulidade no negócio jurídico, deve-se avaliar os seus efeitos processuais, pois quando não acarreta prejuízo à parte, não há motivo para não realizar a manutenção da convenção, nos termos do princípio da boa-fé objetiva, do princípio da função social do contrato e do princípio da conservação dos negócios jurídicos, nos termos dos Arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil²⁹ e Art. 421 do Código Civil³⁰.

Neste sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que

A cláusula geral da função social do contrato é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa. As várias vertentes constitucionais estão interligadas, de modo que não se pode conceber o contrato apenas do ponto de vista econômico, olvidando-se de sua função social.³¹

²⁷ TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade processual no Novo CPC**. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Vulnerabilidade-no-NCPC.pdf> Acesso em: 10 jun. 2022.

²⁸ “Sendo o caso de anulabilidade, só por demanda própria ela poderá ser reconhecida, sendo vedado o reconhecimento de ofício”. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 86.

²⁹ “Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.” (Redação Código de Processo Civil - Lei nº. 13.105/2015). (BRASIL, 2015).

³⁰ “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.” (Redação Código Civil - Lei nº. 10.406/2002). (BRASIL, 2002).

³¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Marina de Andrade. Código Civil Comentado, 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

O Enunciado nº 22, do Conselho da Justiça Federal, também se inclina em similar interpretação: “A função social do contrato, prevista no Art. 421, do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”³²

Flávio Luiz Yarshell aduz sobre o caráter híbrido da situação:

[...] – que envolve direito material e processual – fica consideravelmente evidente. De um lado, há vício em negócio jurídico sob a ótica dos requisitos exigidos pelo direito material. Contudo, invalidar o negócio significa invalidar atos processuais e, para tanto, é preciso considerar o regime do CPC: a) a invalidade de um ato não prejudica outros que eventualmente seja independentes; b) não se reconhece invalidade quando se puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a decretação daquela; c) aproveitam-se os atos, ainda que desconformes ao modelo legal, desde que não haja prejuízo à defesa de qualquer das partes.³³

Diante do pacífico entendimento doutrinário, surgiu o Enunciado 16, editado pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que consolida a seguinte tese: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”³⁴.

Não há nulidade sem prejuízo, nos termos do princípio *pas de nullité sans grief*: “princípio segundo o qual não se declara a nulidade de um ato sem que seja provado o prejuízo causado por ele”³⁵.

Quanto aos critérios defendidos por Pontes de Miranda na teoria da Escada Pontiana mencionada anteriormente, destaca-se que a regra da denominada retroatividade mínima, ao admitir que os efeitos de atos anteriores sejam submetidos à regência da lei posterior, a fim de garantir a eficácia do ato, desde que a convenção não contrarie um preceito de ordem pública, nos termos do Art. 2.035 do Código Civil³⁶.

³² BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado 22. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/668#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20do%20contrato,assegurando%20trocas%20%C3%BAteis%20e%20justas>. Acesso em: 10 jun. 2022.

³³ YARSELL, 2016, p. 90/91.

³⁴ INSTITUTO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO, 2017.

³⁵ BRASIL. STF. **Vocabulário Jurídico**: Princípio Pas de Nullité Sans Grief. (2022). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=PRINC%C3%8DPIO%20PAS%20DE%20NULLIT%C3%89%20SANS%20GRIEF>. Acesso em: 10 jun. 2022.

³⁶ BRASIL, 2002.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

Sob a ótica da jurisprudência, recentemente o STJ emitiu o primeiro julgado acerca dos limites dos negócios jurídicos e o controle do judiciário frente aos negócios jurídicos processuais atípicos através da Relatora Ministra Nancy Andrighi³⁷ da 3ª Turma:

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO. CLÁUSULA GERAL DO ART. 190 DO NOVO CPC. AUMENTO DO PROTAGONISMO DAS PARTES, EQUILIBRANDO-SE AS VERTENTES DO CONTRATUALISMO E DO PUBLICISMO PROCESSUAL, SEM DESPIR O JUIZ DE PODERES ESSENCIAIS À OBTENÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, CÉLERE E JUSTA. CONTROLE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS QUANTO AO OBJETO E ABRANGÊNCIA. POSSIBILIDADE. DEVER DE EXTIRPAR AS QUESTÕES NÃO CONVENCIONADAS E QUE NÃO PODEM SER SUBTRAÍDAS DO PODER JUDICIÁRIO. NEGÓCIO JURÍDICO ENTRE HERDEIROS QUE PACTUARAM SOBRE RETIRADA MENSAL PARA CUSTEIO DE DESPESAS, A SER ANTECIPADA COM OS FRUTOS E RENDIMENTOS DOS BENS. AUSÊNCIA DE CONSENSO SOBRE O VALOR EXATO A SER RECEBIDO POR UM HERDEIRO. ARBITRAMENTO JUDICIAL. SUPERVENIÊNCIA DE PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO VALOR PELO HERDEIRO. [...] JUIZ QUE NÃO PODE SER SUJEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. INTERPRETAÇÃO ESTRITIVA DO OBJETO E DA ABRANGÊNCIA DO NEGÓCIO. NÃO SUBSTRAÇÃO DO EXAME DO PODER JUDICIÁRIO DE QUESTÕES QUE DESBORDEM O OBJETO CONVENCIONADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. (RESP 1738656/REL MINISTRA NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, JULGADO EM 03/12/2019 DJE 05/12/2019)

A decisão demonstra que a atuação do judiciário na qualidade de controladora da validade dos negócios processuais atípicos deve ocorrer após a celebração do instrumento, uma vez que o juiz não é parte e sua interpretação deve ser restritiva, pois inexistente sua vinculação.

Uma nova decisão foi emitida pela 4ª Turma do STJ, através do Relator Ministro Luis Felipe Salomão que contribuiu para mais uma diretriz sobre o tema, na qual

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.738.656/2019**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702643545&dt_publicacao=13/03/2020. Acesso em: 10 ago. 2022.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

entendeu que o negócio jurídico processual não pode convencionar sobre ato processual que tenha regramento por norma de ordem pública que tem força obrigatória.³⁸

De acordo com Ministro Luis Felipe Salomão, o parágrafo único do artigo 190 do CPC levar à conclusão de que os negócios jurídicos processuais atípicos não se sujeitaram a um juízo de conveniência do magistrado, exceto nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou de vulnerabilidade a ser arguido por uma das partes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da liberdade é assegurado no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental, previsto no Art. 5º., *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, e com base no princípio da autonomia privada que atribui às partes a capacidade para autorregular-se, incluindo os seus interesses na esfera jurisdicional para a promoção da flexibilização do procedimento processual³⁹.

Em que pese não seja uma novidade a possibilidade das partes realizarem autocomposição no negócio jurídico processual, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, especificadamente, conforme disposto no Art. 190⁴⁰, houve o seu reconhecimento formal e expresso pela modalidade típica e atípica.

A cláusula geral dos negócios jurídicos atípicos, prevista no diploma legal anteriormente mencionado é interpretativa e não há restrição, exceto pela capacidade plena dos agentes e a possibilidade de o objeto ser disponível, pois há a vedação de composição de norma de ordem pública.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1810444 /2018**. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201810444>. Acesso em: 10 ago.2022

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jun.2022.

⁴⁰ BRASIL, 2015.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

Referido diploma legal indica como requisito de validade do negócio jurídico processual a inexistência de contrato adesão e a ausência de vulnerabilidade manifesta, a fim de assegurar a igualdade das partes.

A realização de negócio jurídico processual em contrato de adesão é válida desde que não sejam incluídos termos abusivos, bem como a situação de vulnerabilidade da parte será verificada caso a caso e apresenta caráter relativo, pois somente impede os seus efeitos se houver prejuízo comprovado para alguma das partes, em atenção à manutenção da convenção, com base no princípio da boa-fé objetiva, da função social e da conservação dos negócios jurídicos, nos termos dos Arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil⁴¹ e Art. 421 do Código Civil⁴².

Uma alternativa a fim de preservar o interesse das partes no caso de nulidade é a conversão do negócio jurídico, nos termos do Art. 170 do Código Civil⁴³, que permite se o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistir este quando o fim a que destina as partes permitir supor que o teria arguido se houvessem previsto a nulidade, desde que a convenção não contrarie preceito de ordem pública.

REFERÊNCIAS

AVELINO, Murilo Teixeira. **A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais**. v. 246. São Paulo: Revista de Processo, 2015, p. 219-238.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: RT, 2019.

CABRAL, Antônio do Passo. **Negócios processuais (coleção grandes temas do novo CPC)**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁴² Vide Nota de rodapé nº. 27.

⁴³ “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.” (Redação Código Civil - Lei nº./ 1040620/02)



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 002.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado 22. **I Jornada de Direito Civil**.

Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/668#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20do%20contrato,assegurando%20trocas%20%C3%BAteis%20e%20justas>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jun.2022.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 8 jun.2022.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 jun.2022.

BRASIL. **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: 8 jun.2022.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 8 jun.2022.

BRASIL. STF. **Vocabulário Jurídico**: Princípio Pas de Nullité Sans Grief.

(2022).Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=PRINC%C3%8DPIO%20PAS%20DE%20NULLIT%C3%89%20SANS%20GRIEF>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 650.795/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em:



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400460597&dt_publicacao=15/08/2005. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.738.656/2019**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702643545&dt_publicacao=13/03/2020. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1810444 /2018**. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=ti poPesquisaGenerica&termo=REsp%201810444>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1184151/2010**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21276956/recurso-especial-resp-1184151-ms-2010-0039028-6-stj/inteiro-teor-21276957>. Acesso em: 8 jun. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

INSTITUTO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas**. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no direito civil e no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1974.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. Direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. v. 25, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Marina de Andrade. **Código Civil Comentado**, 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.



O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Comentários ao enunciado 135. In. PEIXOTO, Ravi (coord.). **Enunciados FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**, organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2018.

PEGHINI, César. **Resumo de Direito Civil**. v. 2. São Paulo: Leme, 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade processual no Novo CPC**. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Vulnerabilidade-no-NCPC.pdf> Acesso em: 10 jun. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Lei de Introdução e Parte Geral. v. 1, 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. Negócio jurídico processual em contrato de consumo. **JusBrasil**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/533954493/negocio-juridico-processual-em-contrato-de-consumo> Acesso em: 18 jun. 2022.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

