

Paula Costa e Silva

**PERTURBAÇÕES
NO CUMPRIMENTO
DOS NEGÓCIOS
PROCESSUAIS:**

**Convenções de arbitragem,
pactos de jurisdição, cláusulas
escalonadas e outras tantas novelas
talvez exemplares, mas que se
desejam de muito entretenimento**

2020

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

II. Mapeando o terreno do negócio processual

1. A IMAGEM COLHIDA NUMA VISÃO CALEIDOSCÓPICA

5. Começemos pela imagem que se colhe da análise da doutrina.

Quando se percorrem, nas obras gerais, as páginas dedicadas aos negócios processuais será correcto afirmar que, tipicamente, estas começam por apresentar uma definição deste tipo de acto jurídico para, em seguida, procederem à descrição de alguns subtipos, enunciarem as respectivas condições gerais e específicas de admissibilidade, analisarem certos trechos de regime aplicável (tipicamente, também, interpretação, relevância dos vícios da vontade e anulação) e fecharem com a problemática da vinculação de terceiros cessionários, a título singular ou universal, não especificamente no negócio processual, mas no negócio que integra, também, um negócio processual⁸. Uma das áreas em que mais intensamente se tem estudado e

8. Exemplificativamente, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 66.V.

escrito sobre a vinculação de terceiros ao negócio processual é a da arbitragem. Numa tentativa de apreender os limites subjectivos da vinculação, pressuposto, mas não equivalente, da admissibilidade da constituição de certo sujeito como parte processual, a doutrina vem procurando identificar conjuntos de casos em que o terceiro se deve considerar vinculado a uma convenção por ele não celebrada, nem aceite. E um dos conjuntos de casos identificados é exactamente constituído pelas hipóteses de cessão.

6. Há, porém, um capítulo que não se descobre: é aquele que respeita às *perturbações no cumprimento das obrigações* decorrentes de negócio processual. Ou que, pelo menos, se não encontra assim. Termos técnicos como os de cumprimento, não cumprimento, impossibilidade imputável ou não imputável a qualquer das partes, incumprimento imputável ao devedor, ao credor, mora de uma ou de outra parte, tutela resolutiva, cumprimento defeituoso, e, antes de tudo, as expressões dever de prestar, dever de prestação, se bem pudemos alcançar, encontram-se ausentes do tratamento dos negócios processuais.

O que explica este silêncio? Será que os diversos problemas e realidades convocados por qualquer uma destas expressões são impertinentes quando em causa estão obrigações fundadas em negócio processual? E, pergunta prévia, será que afinal nenhum dos problemas enunciados tem razão de ser porquanto os negócios processuais não titulam obrigações em sentido técnico?

Se se percorrerem obras monográficas sobre negócios e contratos processuais, supomos poder comprovar-se este estado de coisas.

7. Aquela que talvez possa, ainda hoje, considerar-se a análise monográfica mais abrangente – e escrita em língua que

compreendemos – sobre *contratos processuais* – e não sobre negócios processuais – é a obra de Gerhard Wagner⁹.

Antecedida de outros estudos relevantes que prepararam o caminho da prevalência da liberdade sobre a injunção no domínio do processo¹⁰, colocação contra a qual Bülow travara dura batalha, impressionado pelos resultados do processo de modelo liberal, a tese de Wagner, publicada em 1998, tem o impressionante subtítulo *Autonomia privada no direito processual*. Este chama imediatamente a atenção para a impossibilidade de se afirmar que, sendo o processo um domínio que tipicamente se deixa regular por regras de Direito público, nele a autonomia privada não teria campo operativo. Uma vez que o negócio jurídico é a manifestação mais acabada da autonomia privada, pois através dele os sujeitos se dão os regulamentos que determinam, na sua interação com os demais, as condutas por si devidas, não fosse o processo permeável à autonomia, o negócio jurídico, enquanto categoria, fica afastado do seu discurso.

Parece-nos evidente que semelhante colocação embate frontalmente contra a existência, não apenas social, mas também legal, de contratos que têm relevância processual ou conexão com situações jurídicas processuais. Independentemente da instrumentalidade das convenções processuais, ordenadas a regular um qualquer *assunto respeitante a um processo, pendente ou eventualmente vindouro*, haverá que ter presentes aqueles

9. WAGNER, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*.

10. Neste contexto cabe referir o pensamento de GERHARD SCHIEDERMAIR (*Vereinbarungen im Zivilprozeßrecht*, 1935), de GOTTFRIED BAUMGÄRTEL (*Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*, 1957) e de PETER SCHLOSSER (*Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, 1968).

conjuntos de casos em que o negócio tem como objecto único a regulação de situações jurídicas processuais ou de pressupostos processuais, não sendo miscigenado com a regulação de situações jurídicas materiais. Todas estas condições do real impedem que se possa, com seriedade, duvidar da aceitação e da admissibilidade da liberdade de celebração, pelo menos de negócios ou contratos processuais *típicos* ou, talvez com maior rigor, que se possa suspeitar da admissibilidade de a vontade produzir efeitos no processo¹¹. Convenções de arbitragem, pactos de

11. Esta ressalva final prende-se, em última *ratio*, com a concepção do processo em fases muito progressas da sua evolução, vincadas pela dificuldade de cobrir todo o território em que se pretendia a aplicação do direito culto de Roma [afinal, o *ius commune*, em uma das acepções que este termo assume (confronto com direitos locais ou territoriais)] com magistrados, munidos de poderes de autoridade; se apenas podia ser *iudex* aquele que fosse autorizado pelo magistrado, somente podia ser *iudex* aquele que fosse autorizado pelo magistrado, depois de consensualmente escolhido pelas partes. Sobre este ponto, WENGER, Institutionen des römischen Zivilprozessrechts, §4.IV.1.a). A relevância da vontade, *v.g.*, no processo *per formulas*, introduzido pela *lex Iulia de iudiciorum privatorum*, e que se caracteriza decisivamente pela intervenção assistencial do magistrado (pretor) na elaboração da *formula*, era transversal, manifestando-se desde a *litiscontestatio* até àqueles que viemos a designar por negócios autocompositivos. Para a *litiscontestatio*, WLISSAK, Die Litiskontestation im Formularprozess; KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht, §§ 41 e 42 (para o processo formular) e 90.IV.2. Para outras intervenções da vontade das partes, *v.g.*, quanto à *confessio in iure*, KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht, § 37, relativo à confissão no período das *formulae* e para os espaços em que este tipo de procedimento teve vigência. Sobre esta última restrição, WLISSAK, Zum römischen Provinzialprozess, I. e II., estudos onde o Autor, partindo de Gaio (1.6 e 4.109) e da distinção entre províncias senatoriais e províncias imperiais (presente no primeiro passo, ausente, no segundo), tenta encontrar vestígios da vigência do processo formular nas diferentes províncias romanas. A descoberta dos documentos de Babatha, na Arábia, para além da lei Irnitana, vigente na localidade de Irni, em Espanha, revelam ser esta hipótese verosímil. Sobre esta descoberta, DAVID JOHNSTON, Roman Law in Context, p.9-11. Sobre o processo nas províncias, KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht, §§ 23.IV e V. e 70; JOHN RICHARDSON, Roman Law in the Provinces, p. 48 e ss.

jurisdição e de competência¹², contratos probatórios, contratos sobre a legitimidade processual, desistência¹³ e confissão do pedido¹⁴ e transacção¹⁵ são *actos* genericamente admitidos, revelando como o processo é sensível, não apenas à autocomposição do litígio, como à modelação de situações processuais e, inclusivamente, à regulação convencional dos pressupostos processuais.

Provavelmente porque as construções do negócio jurídico, enquanto manifestação da autonomia privada, se fazem num tempo em que as visões do processo, e talvez com excepção do espaço alemão¹⁶, são essencialmente marcadas por uma pragmática de que está ausente a construção dogmática¹⁷, de intervenção muito tardia no domínio do direito processual civil¹⁸,

-
12. D. 5.1.2.pr. [Ulp]; Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, § 33.IV.2.
 13. D.4.4.21 e D.5.1.10, ambos os passos atribuídos a Ulpiano.
 14. Para a *confessio in iure*, D.42.2., capítulo integrado em livro destinado à compilação das diversas *sententias* relativas ao caso julgado, ao efeito das sentenças e das [decisões] interlocutórias. Sobre a *confessio* e a dificuldade da apreensão do seu verdadeiro significado, Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, § 27.II.2. Quanto à *confessio* num contexto geográfico e político muito peculiar, Wlassak, *Konfessio in iure und Defensionsverweigerung*, monografia dedicada à Lex Rubria de Gallia Cisalpina. A relevância do fragmento analisado por Wlassak decorre numa determinação dos poderes dos magistrados municipais. Sobre a Lex Rubria, Armando Torrent Ruiz, A propósito de la Lex Rubria de Gallia Cisalpina: Cap. XXIII, disponível em [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-1966-10059300602].
 15. Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, § 90.III.4.
 16. ROLF STÜRNER, *Die Rolle des Dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht*, p. 274, 276-277.
 17. ROLF STÜRNER, *Die Rolle des Dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht*, p. 273.
 18. ROLF STÜRNER, *Die Rolle des Dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht*, p. 273-4, chama a atenção para um aspecto extremamente relevante, nomeadamente quando se procede à comparação entre sistemas: a ciência jurídica inglesa apenas a partir dos anos sessenta do século passado observa o direito processual como um objecto com relevância académica. Em sentido idêntico, FLOHR, *Richter und Universitätsjuristen in England*, p. 328, onde descreve a paulatina integração da disciplina de direito processual nas grades curriculares universitárias.

a atenção desvia-se para aquilo que, nesta área do direito, surge com proeminência: a necessidade de construir ritos, marcados pelo exercício de uma função, informada por elementos públicos, e que determina a intervenção, não apenas das partes, mas de um decisor, nos quais é preciso resolver a repartição de tarefas entre sujeitos tão diferenciados quanto estes e que permitam a adjudicação.

Se puder imputar-se a primeira análise sistemática do processo a Vigelius (Nicolaus Weigel)¹⁹ e apesar do avanço representado pela sua obra *Methodus universi iuris civilis absolutissima*, datada de 1565, onde o Autor, ao expor a matéria do processo, antecede a descrição dos ritos de uma teoria geral dos sujeitos e do objecto do processo²⁰, só no século XIX, e na sequência da pandectística, é que o processo passa a ser objecto de estudo científico. Costuma afirmar-se que o primeiro estudo desta índole se deve a Bülow²¹.

Com a obra *Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, que surge em 1868, terá Bülow, se não dado início à ciência do processo, pelo menos ao seu

-
19. KOLLMANN, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht*, pp. 413 e segs.
 20. KOLLMANN, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht*, 413 (aa). O lugar onde Vigelius procede à descrição que pode, efectivamente, considerar-se como uma, ainda que incipiente, teoria geral da acção (sujeitos e objecto) é o Livro II da Parte I, dedicado aos *iudicia privata*, integrados no *ius publicum*. A obra de Vigelius, a que é feita referência por KOLLMANN, pode ser consultada em linha na versão de 1576 em www.google.books.
 21. CHIOVENDA, *Romaneismo e germanismo nel processo civile*, p. 185; ADOLF WACH, *Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, p. 263. Contra esta visão, GAUL, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, pp. 30-31; SIMSHÄUSER, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny*, pp. 89 e segs.

redireccionamento²². Nesta evolução, é curioso notar que, com esta obra, Bülow visa demonstrar que o processo tem tanta dignidade quanto o direito material, na medida em que ele pode ser organizado e explicado através do conceito central em torno do qual se organizaria o sistema de direito material, a saber, através do conceito de relação jurídica. A relação processual²³, tal como a relação jurídica estudada pela teoria geral do direito civil, dependia, quanto à sua constituição e validade, da verificação de determinados pressupostos relativos às partes e ao objecto. É, assim, de uma simetria conceptual entre direito processual e direito material que se parte para justificar a relevância do direito processual. É da possibilidade de identificar no processo todas as realidades que são conhecidas do direito material e de nele concretizar os conceitos fundamentais do sistema de direito material que resulta afirmada a autonomia do direito processual enquanto ramo do Direito. Aos estudos de processo deixa de competir a mera *descrição dos ritos* de tutela de situações materiais para passar a caber a construção de um sistema.

8. Se os ritos não desconhecem os negócios jurídicos processuais, se o exercício das situações jurídicas em que são encabeçadas partes e juiz é dobrado por tais negócios, não são eles o objecto imediato da atenção. O processo, como toda a realidade jurídica, é um instrumento da Política. Porque nele

22. HENCKEL, *Prozeßrecht und materielles Recht*, 1988, pp. 9-10.

23. Tomámos posição crítica quanto à possibilidade de explicar o processo através do conceito de relação jurídica processual em outro lugar, onde pudemos concluir que, sendo o processo da ordem dos factos e a relação da ordem das situações, aquele não pode ser explicado através desta. PAULA COSTA E SILVA, *Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios dos actos postulativos*.

se combinam autonomia e heteronomia, numa alocação de funções a partes e decisor²⁴, definidora das finalidades inscritas ao sistema de adjudicação, a carga política é muito intensa²⁵. Comunidade em que, desde logo através de toda a linguagem simbólica²⁶, perpassa uma imagem de ausência de igualdade entre os sujeitos participantes, com clara proeminência do decisor²⁷, e em que aquela igualdade, se imaginada, revelaria um nivelamento considerado incompatível com a representação do poder através do juiz. Apesar de se desenvolver sempre em torno do conceito de relação processual, como dissemos para se estabelecer um *simile* processual da relação jurídica material, o estudo do processo constrói-se sobre os actos jurídicos, quer referido às condutas das partes, atomisticamente consideradas²⁸, quer ao processo em si²⁹.

-
24. MIRJAN R. DAMASKA, *The faces of Justice and State Authority*, IV.ii a iv e V.ii a iv.
 25. Com análise aprofundada da interferência entre sistema político e finalidades da adjudicação, MIRJAN R. DAMASKA, *The faces of Justice and State Authority*, III e segs..
 26. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *Judex perfectus*, § 66.
 27. Nas palavras de REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, p. 698, escreve: *Bisognerebbe pensare che tutti i fenomeni processuali si svolgano in una specie di gabbia (...). Soltanto spingendo lo sguardo là dentro, i semplici mortali che avessero una volta scomodati i giudici con le loro istanze, potrebbero apprendere che esito hanno avuto (...).*
 28. São tão profundas as divergências entre os diversos autores quanto ao conceito de acto processual da parte que KERN acentua que cada autor que escreve ou sobre os actos processuais em geral, ou sobre actos processuais em particular, começa a respectiva obra pela enunciação de um conceito próprio de acto de processo. Cfr. *Zur Lehre von den Prozeßhandlungen*, p. 58.
 29. Sobre o debate em torno da qualificação do processo enquanto realidade pertencente ao mundo dos actos (acto complexo) ou enquanto realidade pertencente ao mundo das situações (relação jurídica), PAULA COSTA E SILVA, *Acto e processo*, capítulo 2., §§ 5º e 6º.

Ainda que os conheça desde tempos muito recuados³⁰ e com configurações subjectivamente complexas³¹, os negócios jurídicos processuais, assim qualificados e observados enquanto categoria, só tardiamente emergem como protagonistas. Poderá haver uma razão justificativa para esta circunstância: talvez por serem expoentes máximos da autonomia e da liberdade, os negócios jurídicos processuais surgem como estranhos ou, mesmo, como hostis a uma área que se diz pertença do direito público, o que quer que desta qualificação se possa inferir. Na verdade, mais do que um sistema, interessam-nos as regras e os fins a que elas estão ordenadas. Ora, olhar para o sistema processual como se de um *edifício público* se tratasse, acaba por revelar um curioso movimento: fundado, na sua origem, em actos autónomos das partes³², concebido como um domí-

-
30. Quanto aos debates em torno da fórmula e da natureza da *litiscontestatio*, WLASSAK, respectivamente, *Edict und Klageform*, onde o autor analisa a tensão entre o édito e a fórmula concretamente editada, concluindo que, “[w]enn es erlaubt ist, einen modernen Terminus zu gebrauchen, dann lässt sich die Klageformel der civilen Quelle wie dem Edict gegenüber passend als processuale Vollzugsverordnung bezeichnen” [p. 70] e *Die Litiskontestation*, p. 59, onde se lê: “Nach unserer Auffassung, ist die Litiskontstation (...) eine wirkliche Parteienhandlung, ein Formalgeschäft; und die Form des Geschäftes besteht nach honorarischem wie nach jüngerem Civilrecht darin, daß der Kläger vor dem Prätor dem Beklagten das iudicium ediert, während der letztere dasselbe entgegennimmt.” E, mais abaixo, na mesma página: “Wenn die [...] ausgeführte Theorie etwas Richtiges enthält, so dürfen wir erwarten, **den Vertrag der Prozeßparteien** (...)” (sublinhado nosso).
31. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, p. 21, escreve: “O novo procedimento [quele que foi introduzida pela *Lex Julia iudiciorum privatorum*] significou não apenas uma evolução face à *legisactio*, porquanto se anulou o risco da palavra enunciada (Spruchformel) que foi substituída por uma formula (Schriftformel) **que era redigida com a colaboração ou participação do pretor**, (...)” (sublinhado nosso e tradução também nossa).
32. Basta, aqui, recordar a não ingerência, durante o período de direito romano clássico, de qualquer oficial público na decisão de casos que apenas envolvessem

nio em que imperava a vontade das partes – basta recordar o pensamento de Josef Kohler que, numa visão que se diria, a partir das coordenadas de actualidade, muito moderna, fundava o processo na autonomia privada (*Dogma der Parteiherrschaft*)³³ –, com o tempo o processo veio a estatizar-se³⁴, a publicizar-se³⁵, sendo compreendido como uma instância de funcionários, de altos funcionários, mas de funcionários. Muitas podem ser as causas deste fenómeno, mas, independentemente delas, uma circunstância resulta como impressiva: à medida que cresce e se concentra no Estado o poder das suas clássicas funções, na medida em que o aparelho estadual cresce e se burocratiza,

privados ou a relevância da *litiscontestatio*, contrato processual de cuja celebração dependeria o exercício – ou, talvez de forma mais correcta, o modo de exercício – da jurisdição. Com o principado, assiste-se a um progressivo abandono do processo formular, afinal um símbolo da autonomia privada, e sua substituição pela *cognitio extra ordinem* – ou, como prefere dizer JAVIER PARÍCIO, pelas *cognitiones extra ordinem* em face da ausência de estrutura única – *cognitio* em que o poder de decisão é de funcionários públicos. Sobre esta matéria, por todos, DAVID JOHNSTON, Roman Law in Context; KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht, §§ 41 e 42 (para o processo formular). Também em KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht, 90.IV.III., para o processo pós-clássico em que emerge já uma descaracterização da *litiscontestatio* como contrato ou procedimento colaborativo entre as partes, por causa das qualidades do novo decisor, um funcionário.

33. *Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen*, p. 276 e ss.
34. O movimento não é recente e, curiosamente, acaba por ter sempre o mesmo tipo de enquadramento: a intenção de reforço dos poderes do *Princeps*. Recorde-se, aqui, a evolução do processo *per formulas* para as *cognitiones extra ordinem*. De acordo com o *ordo iudiciorum privatorum*, naquele não havia qualquer ingerência de poderes públicos, nestas, o exercício da jurisdição está integralmente confiado a agentes públicos (v.g. magistrados, prefeitos, governadores, funcionários).
35. Acerca da publicização do processo, como reacção ao caos que se instalara na gestão dos processos fundados em modelos liberais, como ocorrera até final do século XIX, início do século XX, cfr., numa resenha sinóptica que reúne os passos e razões mais interessantes, ROBSON GODINHO, *Negócios processuais sobre ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, 56-64.

a Justiça, mulher nascida da cabeça de um homem, parece transmutar a sua face: deixa de ser assunto das pessoas, daqueles que a ela acorrem, para ser mais um assunto de Estado. Não se ignora que a realização da Justiça feita no caso pode transcender o plano do individual; mas isto não invalida que tudo comece e sempre termine pela realização da Justiça no caso e para o caso individual. Estruturas ordenadas a garantir que o direito dito e, como tal, realizado, seja sempre o melhor, determinando uma ampliação das intervenções – ou dos sujeitos legitimados a intervir – não vivem em contradição com a tutela do individual.

Mas é evidente que em tempos do acentuar da visão pública do processo, ainda que tal não se reflecta necessariamente numa alteração das regras dispostas, certo é que, radicando a autonomia na liberdade, as visões, não do processo, mas das actuações das partes que as observam como actos em que a vontade de quem busca a justiça é aquela que deve estar em primeiro plano, perdem terreno. Surgem como particularmente pertinentes, neste contexto, as palavras de Remo Caponi: a aparente antinomia entre autonomia privada e processo não resulta da natureza das coisas, mas de factores históricos.³⁶

9. O sublinhar da ligação entre negócios processuais e autonomia privada no processo logo no título da sua obra marca o tom do discurso de Wagner.

Mas o que nos traz o Autor acerca da matéria das perturbações no cumprimento de tais negócios?

36. CAPONI assenta a necessidade de reforço de um procedimento rígido e preordenado, exclusivamente regulado pelo legislador secular, na degenerescência a que chegara o processo romano-canónico. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual*, p. 99.

Analiseemos o índice geral da obra. Logo ali se verifica que, estendendo-se esta por quase 800 páginas, as principais preocupações do Autor, como tipicamente sucede quando, na doutrina, se empreende o estudo dos negócios processuais: depois de fixar a sua noção de negócio processual³⁷, tarefa particularmente complexa porquanto não existe estabilidade na doutrina quanto ao critério demarcador desta espécie de negócios jurídicos (Aqueles que repercutem efeitos no processo se, por ventura, se puder aceitar que o facto repercute efeitos em outro facto, o processo, e não necessariamente numa situação jurídica, hipótese que supomos traduzir a colocação mais correcta? Aqueles que são celebrados na pendência de um processo? Aqueles que, ainda que repercutam efeitos em situações jurídicas materiais, também repercutem efeitos sobre situações jurídicas processuais? Aqueles que são regulados por regras de direito processual?³⁸), determinar as restrições materiais – ou decorrentes de regras que regulam a pretensão – à autonomia privada na celebração de negócios processuais³⁹, tipicamente designada por *Parteiherrschaft*⁴⁰, e as condições gerais de admissibilidade destes negócios⁴¹, Wagner dedica a sua atenção aos negócios processuais mais comuns.

37. *Allgemeiner Teil*, 1. Kapitel.

38. *Allgemeiner Teil*. 1.D.

39. *Allgemeiner Teil*. 1.E.

40. O uso de dois termos – *Privatautonomie* e *Parteiherrschaft* –, ambos, afinal, ordenados a determinar o campo de actuação da liberdade das partes, revela a disparidade de pontos de referência do eixo a partir do qual se estabeleceriam os limites à liberdade, bem como as interferências da autonomia privada, reservada esta expressão para a liberdade de celebração e estipulação de negócios jurídico-materiais (*materiell-rechtliche Vertragsfreiheit*), sobre a liberdade de celebração e estatuição das partes processuais.

41. *Allgemeiner Teil*. 1.F.

Mas, mesmo nesta sede, o foco é evidente: as condições de admissibilidade de tais negócios. Ao discorrer acerca dos negócios que recaem sobre os *efeitos da decisão* – caso julgado e *executividade* –, a atenção do Autor centra-se na demarcação dos limites entre o admissível e o inadmissível.

Ainda que na análise tópica Wagner discorra acerca das consequências do agir em contrário ao negócio celebrado, nenhuma parte geral é dedicada à determinação do regime aplicável às perturbações do cumprimento das obrigações decorrentes de negócio processual.

Ressurgem as dúvidas. Será que dos negócios processuais não resultam deveres de prestar? Não geram os negócios processuais *obrigações* em sentido técnico? Será por esta razão que nunca se fala de *perturbações no cumprimento* de obrigações processuais ou, numa expressão menos rigorosa, de incumprimento dos próprios negócios? Não convocam estes negócios problemas atinentes ao cumprimento ou ao incumprimento *daquilo que dispõem*? Não conseguimos, neles, localizar os conjuntos de casos que tipicamente são estudados, no Direito das obrigações, sob a designação ampla de *perturbações na prestação*? Será que, destes negócios, não resultam deveres de prestar, com isto estando prejudicada a possibilidade de construção de uma teoria geral em torno do respectivo cumprimento e incumprimento? Ou será que, ainda que os negócios processuais não tenham como conteúdo deveres de prestação, isto não só não prejudica a necessidade de ponderação de situações disruptivas daquilo que foi disposto semelhantes àquelas que interferem com deveres com aquele conteúdo, como tal ponderação deve ter sempre por referente, na busca de saídas, os equilíbrios estabelecidos no sistema das obrigações?⁴²

42. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VI, n. 29, onde se lê: “É certo que, muitas vezes, interpõem-se outros complexos normativos, como (...) o Direito

2. A DOUTRINA BRASILEIRA

10. Observada a doutrina que, nos últimos dez anos, mais intensamente vem estudando os negócios processuais e que é absolutamente incontornável, a saber, a doutrina brasileira, o panorama sofre uma alteração profunda: a produção científica tem-se sucedido a um ritmo vertiginoso, podendo registrar-se uma evolução no cada vez maior aprofundamento dos temas.

O percurso da categoria dos negócios processuais no Brasil tem sido muito interessante. A causa próxima aparente da atenção que a doutrina vem dando à figura é o art. 190 do Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Dispondo a regra que as partes podem “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, rapidamente a doutrina começou a ver nela a válvula de abertura das estruturas processuais a uma adaptação dúctil, justificada pelos concretos interesses das partes no *modo de fazer justiça*. As potencialidades do art. 190 são de tal ordem que, logo no início da vigência do Código, Flávio Yarshell perguntava se as convenções das partes em matéria processual traçariam o rumo para uma nova era.

11. A consagração do art. 190 foi, porém, antecedido e preparado pela doutrina, podendo, neste caso, traçar-se o percurso que levou o legislador à sua aceitação⁴³. Isto porque,

processual. No que, porém, esses complexos não determinem de outra forma, regressa-se ao Direito das obrigações. E mesmo quando este não deva prevalecer: é por defeito ou por acréscimo, mas sempre tendo em conta a básica solução obrigacional, que essas disciplinas normativas vão propugnando os seus valores.”

43. Para um registo dos passos mais relevantes neste processo, ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, 2.9.

ainda que o direito brasileiro conhecesse negócios processuais típicos, mesmo que estes assim não fossem qualificados pela doutrina, ainda que o direito brasileiro conhecesse a liberdade de celebração e de estipulação de negócios jurídicos, porque esta parecesse colidir, para certos sectores da doutrina, com a natureza pública das regras processuais civis⁴⁴, a consagração de uma regra que admite a celebração de qualquer negócio que impacte em situações jurídicas processuais ou no procedimento, foi resultado de um movimento doutrinário. Tudo poderia ter começado na década de oitenta do século passado com a publicação do texto seminal de Barbosa Moreira, intitulado *Convenções das partes sobre matéria processual*. Neste ensaio, Barbosa Moreira defendia a existência do negócio jurídico processual enquanto categoria; a ideia não colheu frutos no momento da sua divulgação apesar de se viver já uma época de enorme modernidade da ciência processual civil brasileira.

Anos mais tarde, esta ideia volta à ordem do dia. Em 2008, na 9ª edição do seu Curso de Direito Processual Civil, Fredie Didier Jr. trabalha as diversas categorias de factos jurídicos processuais, referindo-se, expressamente, ao negócio processual⁴⁵. Fredie Didier, fortemente influenciado pelo pensamento de Barbosa Moreira⁴⁶ e de Marcos Bernardes de Mello⁴⁷⁻⁴⁸, afirma, peremptoriamente, a existência de actos

44. Em sentido contrário, BARBOSA MOREIRA, *Convenções das partes sobre matéria processual*, 81-91.

45. *Curso*, volume 1, p. 240-242.

46. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 81-91.

47. *Teoria do facto jurídico*, Saraiva, São Paulo, citado por FREDIE DIDIER na edição de 2000.

48. No posfácio da edição brasileira do nosso *Acto e processo*, FREDIE DIDIER afirma, ainda, a relevância do pensamento veiculado nesta monografia para a estruturação

jurídicos processuais em que a vontade do autor do acto é relevante, não apenas quanto à respectiva prática, como também quanto aos efeitos pretendidos. Esta sua ideia poderá ter sido identificada ao longo dos trabalhos do grupo de pesquisa destinado ao estudo dos factos jurídicos processuais e a que Fredie Didier dava início em 2006.

E, neste momento, o aprofundamento dos estudos sobre os factos processuais abriu o caminho ao aprofundamento do olhar da doutrina sobre os negócios processuais. Em 2011, era publicada a dissertação de doutoramento de Pedro Henrique Nogueira, intitulada *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como actos negociais*, orientada por Fredie Didier, Jr.: o Autor chegava, passado pouco tempo, à ideia de que a própria decisão teria natureza negocial. Em 2015, Antonio do Passo Cabral defendia, na Universidade de São Paulo, a sua tese de livre docência, que tinha como título *Convenções processuais*. Neste seu trabalho, que veio abrir muitas linhas de aprofundamento da matéria, Antonio do Passo Cabral faz a primeira análise monográfica transversal da figura das convenções processuais, já contando com o art. 190, mas ainda antes da entrada em vigor do Código de 2015. Em 2018 publicaria a segunda edição da sua dissertação. E esta é determinante para os problemas que agora ocupam a nossa atenção porquanto, e se nenhum elemento nos escapou, é nesta segunda edição que se encontra o primeiro ensaio de construção de soluções para as comumente designadas perturbações das obrigações. O Autor enfrenta problemas clássicos como a verificação de

do seu próprio pensamento na categoria dos actos processuais e quanto à (para nós e também para FREDIE DIDIER) inegável influência ou relevância da vontade na respectiva interpretação. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, p. 599.

factos supervenientes, desequilibradores da convenção (6.3.3.), o dever de renegociar (6.2. e 6.3.1., consoante a modificação seja operada pelas partes, *v.g.*, por vigência de uma cláusula de *hardship*, ou pelo juiz) e a resolução da convenção.

12. Pela mão da doutrina, o negócio processual passava, assim, a estar na ordem do dia anos antes da consagração, no novo Código de Processo Civil, do art. 190.⁴⁹ Observado como uma cláusula geral⁵⁰ instituidora de liberdade de celebração e de estipulação de acordos⁵¹, quer sobre situações jurídicas processuais, quer sobre o procedimento,⁵² a regra vem sendo mobilizada para superar estrangulamentos que o procedimento padrão traria à resolução de concretos problemas práticos. Um dos exemplos muito interessantes que a prática já relatou neste tão curto espaço de tempo, o da convenção sobre legitimidade que permite superar, com vantagem para todas as partes processuais, os constrangimentos criados à intervenção de certos sujeitos no processo.⁵³

49. Registe-se, aliás, que esta regra não constava do projecto remetido pelo Senado à Câmara dos Representantes. É aqui que, por proposta da comissão técnica, na qual também tinha assento FREDIE DIDIER, que a regra vem a constar do articulado.

50. A título meramente exemplificativo, ANTONIO CABRAL, *Convenções processuais*, p. 86; FREDIE DIDIER, *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015, Ensaios*, p. 29 [2.1.].

51. ANTONIO CABRAL, *Convenções processuais*, p. 378 e ss..

52. Operando uma distinção nos “acordos processuais”, em que contrapõe as convenções sobre situações jurídicas processuais (acordos obrigacionais) às convenções sobre actos do procedimento (acordos dispositivos), ANTONIO CABRAL, *Convenções processuais*, 2.4.1.

53. FREDIE DIDIER JR./LUCAS BURIL DE MACEDO, *Alienação (judicial ou extrajudicial) de bem por sociedade diferente da credora que compõe grupo societário: um bom exemplo de negócio jurídico executivo sobre legitimidade*, *Negócios processuais*, v. 1, t. 2, 495-523.

É, aliás, muito interessante observar o percurso que este tema traçou, através de uma simples comparação. Se analisados os temas que integram os dois volumes da colectânea sobre negócios processuais, publicados, respectivamente, em 2015 e 2019, verifica-se um claro afinamento dos temas escolhidos. Naquele primeiro, a doutrina fixou o seu olhar na interligação entre os negócios processuais, a autonomia privada, a heteronomia e a natureza democrática do contexto político em que decorre o processo a que se aplica o novo Código de Processo Civil e a da admissibilidade da figura, quer por demarcação dos seus limites no campo do processo civil, quer por elaboração do seu espaço de intervenção em processos ordenados a conhecer do interesse público ou de interesses privados sectoriais; no segundo, há um olhar focado sobre temas de espectro menos abrangente; a doutrina foi-se especializando num curtíssimo espaço de tempo. E, se nos não escapou algum elemento, é exactamente no 2º volume da colectânea sobre os negócios que encontramos o estudo de Fernanda Vogt, em que, em caminho iniciado por Passo Cabral, se ensaia uma aplicação aos negócios processuais da teoria geral do cumprimento dos negócios jurídicos⁵⁴. Ainda que, até pelos seus propósitos, este estudo não possa aprofundar os problemas suscitados pelo incumprimento de deveres instituídos por negócio processual, Fernanda Vogt discorre acerca da inadmissibilidade do comportamento incompatível com a convenção, dos meios para induzir o cumprimento da convenção processual, das modalidades dissolutórias em espécie e dos problemas relacionados com a ruptura do equilíbrio contratual.

54. *Cessação da relação convencional: um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual*, in AAVV, *Negócios processuais*, v. 1, t. 2, p. 159-193.

3. NOVAS IMAGENS CALEIDOSCÓPICAS: A AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO QUANTO AO QUE SÃO NEGÓCIOS JURÍDICOS NÃO PROCESSUAIS E O IMPACTO DA AUSÊNCIA DE REGRA QUE PREVEJA A LIBERDADE DE CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS PROCESSUAIS

13. A circunstância de quer em obras mais gerais, quer em obras monográficas, tudo ter início na determinação do que sejam negócios processuais, suscita uma outra perplexidade. Isto porque, se se percorrerem os manuais gerais onde é tratada, aprofundadamente, a figura do negócio jurídico e que são destinados ao ensino de disciplinas jurídicas que concorrem, na grade curricular, com as disciplinas de teoria geral do processo e de processo civil, comercial, administrativo, constitucional, fiscal, canónico, etc., não existe uma preocupação em fixar um critério que justifique – se ela realmente existir – uma segregação entre negócios materiais ou não processuais e negócios processuais ou não materiais.

Poderá argumentar-se que sendo tais lições ordenadas a trabalhar a figura do negócio jurídico como conceito de cúpula e dotado de abstracção⁵⁵, será nos diversos domínios em que se recorre a esta figura que deverão ser feitas as adaptações necessárias à teoria geral previamente exposta.

Mas, pergunta-se, haverá algum outro domínio em que se perquiria, com a mesma intensidade com que isso se verifica em obras gerais ou monográficas que se dedicam aos negócios processuais e como questão a tudo prévia, qual o critério distintivo dos negócios absorvidos por dada qualificação? Porque se preocupam tanto os processualistas, quando escrevem sobre

55. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil*, p. 29.

a figura do negócio processual, em assentar numa qualquer noção que o distinga do negócio não processual, o que quer que seja que isto signifique, quando este problema está totalmente ausente das inquietações de quem escreve sobre o negócio jurídico em geral?

14. Mas não é só a disparidade de colocação da doutrina quanto à noção de negócio jurídico processual e negócio jurídico, tal como tratado em obras destinadas ao ensino da disciplina de teoria geral do direito civil, que é perturbadora. O mesmo sucede com o debate em torno das condições de admissibilidade, profusamente debatidas quanto aos negócios processuais.

O que justifica que uma tão intensa atenção seja conferida às condições de admissibilidade destes factos jurídicos nas obras que os estudam, mais ou menos profundamente? Porque não capta este problema, nos nossos dias, tão forte atenção nos estudos acerca do negócio jurídico em geral?

A génese da figura do negócio jurídico permite avançar uma hipótese explicativa. Nascendo o conceito de *negócio jurídico*, enquanto termo compreensivo e sistematizador, fora da área do processo ou, talvez dito de forma mais precisa porque abrangente, da heterocomposição por exercício da função jurisdicional⁵⁶, é com alguma reserva que estes factos chegam a

56. Para uma breve síntese da história do conceito de negócio jurídico, WERNER FLUME, *Das Rechtsgeschäft* ^{4a}, § 2.4.. Mais desenvolvidamente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II., n.º 2-6.

Uma das obras mais interessantes na construção de uma teoria geral do direito privado deve-se a GEORG ARNOLD HEISE, *Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts*. A 3ª edição conta com uma nota prévia em que o Autor declara que, não sendo objecto da sua atenção a matéria da teoria geral do processo, seguiu o conselho de VON SAVIGNY (sic), decidindo nela integrar a teoria da

ser observados quando, na mudança do objecto, se pergunta se a autonomia privada pode regular as condições de admissibilidade, o *iter* até à decisão, o *quid* sob decisão, os efeitos da decisão, para apenas enunciarmos alguns dos referentes possíveis. O processo, estadual, arbitral, canónico, enquanto instância de realização de uma das clássicas funções do Estado, foi tipicamente pensado a partir da categoria do acto já que era de uma cadeia de actos que o processo, enquanto acto colectivo, se compunha.⁵⁷ E o que mais desafiava a doutrina era a construção de explicações bastantes para os fenómenos

res iudicata, o sequestro e o arresto, os princípios gerais da prova, os efeitos da insolvência sobre os credores do insolvente, a *actio pauliana* e o *privilegium exigendi*. Na estrutura da obra, estas matérias são analisadas no capítulo 3º, dedicado à tutela dos direitos, local onde HEISE analisa já aspectos considerados actualmente muito modernos na teoria geral do processo como seja, v.g., a intervenção da boa fé na propositura de acções, diríamos no exercício do direito de acção [I.D.3.d)]. O capítulo 2º fora dedicado aos direitos e só no capítulo 6º surgem as acções. O § II deste capítulo é devotado ao negócio jurídico e, aí, não se encontram ligações aos negócios processuais. Estes estão claramente fora do espectro do Autor.

No 3º volume do *System*, SAVIGNY tem uma primeira descrição dos tipos de factos jurídicos (juristische Tatsachen) no § 104.3. Apenas nos interessa sublinhar que, depois de contrapor as declarações de vontade ou negócios jurídicos (*Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte*) a outras condutas livres/voluntárias (*frei*), em que o fim imediato das partes não é a provocação dos efeitos jurídicos que o Direito lhes vem a imputar, SAVIGNY operará a distinção entre declarações de vontade que se apresentam como comportando a vontade de um participante (*Beteiligter*) e aquelas em que a vontade do participante coincidirá com a vontade de outra pessoa. Este segundo termo da categoria são os contratos e a doação (*Vertrag und Schenkung*). Segundo SAVIGNY, a declaração de vontade *Vertrag* assumirá feições particulares em todas as modalidades de institutos jurídicos. Ao enunciá-los, estes serão o direito de propriedade e outros direitos reais, as obrigações, o direito das sucessões, as relações familiares. Nenhuma referência aos negócios processuais. *System*, Dritter Band, § 104.

57. PAULA COSTA E SILVA, *Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios dos actos postulativos*, § 5.2., com referências.