RENATA RODRIGUES SILVA E LIMA

Limites dos negócios jurídicos processuais: Um estudo sobre o objeto das convenções atípicas

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Associado Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

RENATA RODRIGUES SILVA E LIMA

Limites dos negócios jurídicos processuais: Um estudo sobre o objeto das convenções atípicas

Versão Corrigida

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Nome: SILVA E LIMA, Renata Rodrigues.

Título: *Limites dos Negócios Jurídicos Processuais*: um estudo sobre o objeto das convenções atípicas

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Dedico este trabalho aos meus avós, Elza, José, Joana e Antônio.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Edmê e Benedito, e a toda a minha família, pelo apoio em todos os momentos.

À professora Ada Pellegrini Grinover, pela minha admissão no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

Ao meu orientador, Heitor Vitor Mendonça Sica, pelos constantes estímulos à realização do presente trabalho.

Aos professores Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Marcelo José Magalhães Bonizzi e Marco Antonio dos Santos Rodrigues, pelas considerações, realizadas por ocasião da defesa, para o aprimoramento do trabalho.

A Deus, pela vida e pela natureza que me circunda e atende pelo nome de Mel.

RESUMO

SILVA E LIMA, Renata Rodrigues. *Limites dos negócios jurídicos processuais*: um estudo sobre o objeto das convenções atípicas. 2020. 245 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, os operadores do Direito passaram a contar com poderoso instrumento de conformação do processo e do procedimento: a cláusula geral de negociação atípica em matéria processual, constante do art. 190 do diploma. Atento a isso, o presente trabalho busca atender à necessidade de se estabelecerem os limites do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, uma vez que tal dispositivo não os apresenta de forma exaustiva. Procurou-se, assim, aproveitar as compreensões alcançadas pelos civilistas, principalmente as relativas ao estudo do art. 104, II, do Código Civil, para a formulação do conteúdo das convenções processuais. Demonstramos, ainda, que, para ser lícito, o negócio jurídico processual deve satisfazer a limitações legais e constitucionais. Portanto, os convenentes não podem afetar, de forma principal e primordial, as situações jurídicas titularizadas por terceiros à convenção. Quanto às limitações constitucionais, correspondentes à efetivação do devido processo legal, destacamos que algumas garantias processuais não são, em verdade, titularizadas pelos convenentes e que as demais, por sua vez, poderão ser objeto de disciplina pelas partes.

Palavras-chave: Processo civil. Negócios jurídicos processuais. Requisitos de validade. Limites constitucionais e infraconstitucionais.

ABSTRACT

SILVA E LIMA, Renata Rodrigues. *The limits of procedural private ordering*: a study about the possible content of atypical contract procedure. 2020. 245 f. Dissertation (Master) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The new Code of Civil Procedure establishes on its article 190 a general clause of contract procedure, providing case management powers to the parties. The present work then aims to explore the limits of procedural contracting set by constitucional provisions, statutes and rules. This study shows how should the lessons of private contractual law be aplied to the public law scenario of litigation, particularly the article 104, II, of brazilian Civil Code. The essay also reveals the fact that the parties can only design their own procedural rights, but not those belonging to third parties. The constitucional provisions concerning the due process of law can also be modified by both parties in aspects that only adress themselves, but not when it comes to the constitucional guarantees that serve the public interest.

Keywords: Civil procedure. Contract procedure. Validity. Constitucional and statutory limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1. PREMISSAS CONCEITUAIS 19

2. OBJETO LÍCITO, POSSÍVEL E DETERMINÁVEL 27

2.1 Observações iniciais 27

2.2 A licitude do objeto 29

2.2.1 A lei 30

2.2.2 Os bons costumes 34

2.2.3 A ordem pública 38

2.3 A possibilidade do objeto 44

2.3.1 A administração da justiça 47

2.4 A determinabilidade do objeto 57

2.4.1 Negócios anteriores ao surgimento do conflito 63

2.4.2 Negócios posteriores ao surgimento do conflito 72

2.4.3 Interações entre normas convencionadas e procedimento comum 74

3. LIMITES INFRACONSTITUCIONAIS AO OBJETO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: RESERVA LEGAL 79

3.1 Observações iniciais 79

3.2 Classificação das normas processuais 84

3.3 Normas processuais e procedimentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 100

3.4 Convenções sobre procedimento 111

3.4.1 Princípio da adequação 117

3.5 Convenções sobre situações jurídicas titularizadas pelas partes 120

3.5.1 Convenção sobre deveres 126

3.5.2 Convenção sobre faculdades 128

3.5.3 Convenção sobre ônus 130

3.5.3.1 Convenções processuais e poderes instrutórios do juiz 132

3.5.3.2 Convenções probatórias 145

3.5.4 Convenção sobre poderes 150

3.6 Convenção processual e a afetação da esfera jurídica de terceiros 154

3.7 Convenção quanto aos efeitos jurídicos 160

3.8 *In dubio pro libertate* 161

4. LIMITES CONSTITUCIONAIS AO OBJETO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: AS GARANTIAS PROCESSUAIS NA CRFB/1988 167

4.1 Observações iniciais 167

4.2 Aplicação de direitos fundamentais às relações entre particulares 169

4.3 Da inaplicabilidade da máxima da proporcionalidade ao conflito entre autonomia privada e outros direitos fundamentais dos convenentes 177

4.4 As garantias processuais na CRFB/1988 181

4.4.1 Devido processo legal 183

4.4.2 Inafastabilidade do Poder Judiciário – acesso à justiça 185

4.4.3 Contraditório 195

4.4.4 Ampla defesa 198

4.4.5 Duplo grau de jurisdição 200

4.4.6 Celeridade processual 205

4.4.7 Igualdade 207

4.4.7.1 Negócios e sistema de precedentes 213

4.4.8 Publicidade 218

4.4.9 Juízo natural, competente, independente e imparcial 219

4.4.10 Vedação à prova ilícita 221

4.4.11 Dever de motivação das decisões judiciais 222

4.4.12 Coisa julgada 223

4.4.13 Assistência jurídica integral e gratuita 227

CONSIDERAÇÕES FINAIS 229

REFERÊNCIAS 233

INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos processuais não são propriamente uma novidade apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). De fato, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) já contava com previsões de negócios típicos, como a cláusula de eleição de foro (CPC/1973, art. 112, parágrafo único), a suspensão convencional do processo (CPC/1973, art. 265, II) ou mesmo a convenção processual em matéria probatória (CPC/1973, art. 333, parágrafo único), entre outras. Até mesmo a legislação valia-se de previsões normativas dessa natureza, como exemplifica o art. 58, IV, da Lei 8.245/1991 (Lei de Locações), no que tange, ao menos, aos atos processuais de comunicação dos contratantes.

O atual CPC/2015 não apenas manteve vários negócios jurídicos processuais típicos já conhecidos, como criou outros (o calendário processual, a alteração de prazos peremptórios, a escolha consensual do perito, o saneamento consensual etc.). Nesses casos, a própria lei prevê o regime do negócio jurídico, pelo que se constata a constituição de um tipo de negócio, dispensando-se sua regulação pelas partes.[1] Por constarem da lei os elementos e hipóteses do pacto, a regularidade da convenção típica é avaliada por meio da técnica de subsunção.[2]

A grande inovação do CPC/2015, entretanto, consiste na previsão de uma cláusula geral de atipicidade dos negócios processuais, conforme se observa do art. 190 do diploma. A análise do texto legal revela que, se à luz do CPC/1973 pairavam dúvidas sobre a possibilidade de, com fundamento em seu art. 158[3] (atual art. 200 do CPC), celebrar negócios jurídicos processuais atípicos, o novo diploma processual encerrou tal debate.[4]

---

1 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 75-92.

2 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. São Paulo: RT, 2017. p. 91.

3 CPC/1973: "Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença".

4 TUCCI, Rogério Lauria. *Negócio jurídico processual*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 190-192.

A opção legislativa pela adoção de cláusula geral, na matéria, evita a legiferação exaustiva, inclusive com a criação de procedimentos especiais, e estimula a atuação de partes e magistrados na adequação do procedimento ao direito material em disputa.

O CPC/2015 fortaleceu, dessa forma, o princípio do autorregramento da vontade em matéria processual. Superada a excessiva preocupação com a autonomia do direito processual, o publicismo, então reinante, passa a conviver com uma maior deferência às manifestações concertadas das partes, seja para alteração do procedimento, seja para convencionar situações jurídicas.

É certo que se, de uma parte, essa nova realidade aproxima o direito processual e o direito material, de outra, é imperioso recordar que o processo segue regido por um regime jurídico de direito público, impondo limitações àquela manifestação de vontade. O desafio lançado pela cláusula geral constante do art. 190 do CPC, portanto, é exatamente o de encontrar limites razoáveis à sua aplicação.

Apesar das vantagens que possam advir da redação aberta do dispositivo, é imperioso notar a concisão do texto legal, que não exaure os requisitos de existência, validade e eficácia do instituto, bem como deixa de indicar a corregulação dos negócios processuais por normas materiais e processuais. Ademais, mesmo aquilo em que o dispositivo é expresso suscita vários questionamentos visando à aplicação do instituto.

Pode-se, nesse sentido, perquirir o significado da plena capacidade exigida pelo texto legal aos convenentes. A opção legislativa pela expressão "direitos que admitam autocomposição", para indicar o substrato material sobre o qual poderão se convencionar normas processuais, provoca dúvidas, uma vez que difere da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), que limita a aplicação do procedimento arbitral a litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Além disso, o dispositivo mencionado contenta-se em dispor que o negócio poderá ter por conteúdo ou (i) "ônus, poderes, faculdades e deveres processuais" de titularidade dos convenentes ou (ii) a adequação do procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa. O texto legal também não distinguiu o tratamento da convenção em virtude de sua celebração ocorrer antes ou após o processo.

O parágrafo único do art. 190 do CPC, por sua vez, prevê que o controle judicial da validade das convenções será feito, de ofício ou a requerimento, podendo o magistrado somente recusar aplicação aos negócios jurídicos processuais nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta

situação de vulnerabilidade. Como enunciado, o texto legal deixa de se referir, por exemplo, aos planos da existência e da eficácia, bem como à observância das normas de direito material pertinentes.

Nesse sentido, entre as várias questões suscitadas, o presente trabalho se circunscreverá aos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao objeto do negócio jurídico processual atípico e bilateral.[5] Utilizaremos, no desenrolar do estudo, as expressões negócio jurídico processual, convenção processual, ajuste, avença, pacto e contrato processual como sinônimas, para referirmos ao instituto disciplinado pela cláusula geral do art. 190 do CPC, porquanto se encontram consagradas entre os estudiosos do tema.[6] Além disso, como se teve a oportunidade de esclarecer, vamos nos restringir aos negócios bilaterais atípicos, ou seja, àqueles que contaram, ao menos, com a atividade normativa de ambas as partes da relação processual.

Pressupondo-se, portanto, a existência da convenção, a investigação terá por foco a validade de seu conteúdo. É na definição do conteúdo do negócio jurídico processual que os convenentes encontrarão, evidentemente, maiores dificuldades para aplicar o dispositivo.[7] Logo, a atipicidade advinda da ausência de uma descrição

---

5 Embora a doutrina também utilize a classificação dos negócios em unilaterais e bilaterais para distinguir pactos que alcançam a esfera de apenas uma das partes dos pactos que atingem ambas as esferas, a classificação, no presente trabalho, objetiva diferenciar os negócios firmados a partir de um encontro de vontades (bilaterais) daqueles em que a manifestação é de apenas um dos sujeitos (unilaterais) (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p.49-51).

6 No ponto, não ignoramos a distinção que usualmente se faz entre acordos, de um lado, e contratos, do outro. Nesse sentido, Gajardoni, Dellore e Roque consignam o seguinte: "Por sua vez, os negócios jurídicos bilaterais costumam ser divididos em contratos (quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos) e acordos ou convenções processuais (vontades unidas para um interesse comum). Embora não seja possível negar, *a fortirori,* a existência de contratos processuais, é nas convenções ou acordos processuais que se tem solo fértil para o desenvolvimento do tema" (GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo:* comentários ao CPC de 2015 – parte geral. São Paulo: Forense, 2015. p. 632.). Entendemos, todavia, que a diferença, por vezes, é sutil e que, em ambos os casos, têm-se negócios jurídicos bilaterais, ou seja, ambos estão sujeitos à disciplina legal semelhante. Atente-se, ademais, que tanto a transação quanto o compromisso são, para o direito material brasileiro, espécies contratuais.

7 De fato, vários doutrinadores procuram adiantar alguns limites ao poder de disposição das partes. Nessa linha, Flávio Luiz Yarshell assevera: "Sem resolver o problema e sem qualquer pretensão de esgotamento ou de imutabilidade (pela considerável dificuldade de se tratar o tópico de forma geral, e, mais do que isso, desvinculada de determinada situação específica), parece lícito identificar limites à convenção das partes em relação ao seguinte: a) excluir ou restringir a intervenção do Ministério Público, quando ditada pela Constituição ou pela lei; b) alterar regras cuja falta de observância leva à incompetência absoluta; c) dispor sobre organização judiciária; d) dispensar as partes (mesmo que de forma bilateral) dos deveres inerentes à litigância proba e legal; e) ampliar o rol das condutas caracterizadoras de litigância de má-fé ou de atos atentatórios à dignidade da justiça; g) criar recursos não previstos em lei; h) criar hipóteses de ação rescisória ou de outras medidas tendentes a desconstituir

exaustiva do conteúdo permitido, mas tão somente de elementos genéricos (como normas de procedimento e situações jurídicas), exige do intérprete a construção dos elementos específicos que também devem, no caso concreto, limitar a liberdade dos convenentes.[8] Para além das zonas de certeza na matéria, portanto, o presente trabalho buscará identificar balizas para que os interessados possam eleger com maior tranquilidade o objeto de eventual convenção processual.

Nesse sentido, impõe-se reforçar a compreensão de que o instituto ora analisado se insere no campo dos negócios jurídicos, em geral. Por tal razão, fala-se em uma corregulação do negócio processual por normas materiais e processuais. Assim, a breve regulação do tema pelo Código de Processo Civil não impedirá que soluções sejam encontradas no Código Civil, particularmente no que se refere aos limites e controle do exercício da liberdade negocial.

Assim, pretende-se investigar em que medida as lições do direito privado devem ser aproveitadas na formulação do conteúdo das convenções processuais, bem como identificar quais normas processuais regem o tema. Assentando nortes claros para o desenho dos negócios jurídicos processuais, espera-se estimular a aplicação do art. 190 do CPC, de forma a realizar, por meio da norma convencional, o princípio do devido processo legal.

Por tais razões, não serão abordados os casos de inserção abusiva da convenção em contrato de adesão por se entender que a invalidade, no caso, não surge do conteúdo em si da avença, mas da constatação de que: (i) suas cláusulas (materiais ou não) são rígidas e predefinidas, tendo sido impostas unilateralmente; (ii) seu conteúdo de direito processual pode vulnerar a esfera jurídica do aderente.[9] Procura a lei, portanto, tutelar o exercício efetivo da livre manifestação da vontade pelos contratantes, e não o conteúdo em si das cláusulas de cunho processual.[10]

---

a coisa julgada; i) dispensar o requisito do interesse processual" (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? cit., p. 84).

8 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 94.

9 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. Salvador: JusPodium, 2018. volume único, p. 1030-1031.

10 A lei dedicou especial atenção ao controle da cláusula de eleição de foro inserida, de forma abusiva, em contrato de adesão (CPC, art. 63, § 3.º). Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao tema, pode-se extrair que será abusiva a cláusula de eleição de foro em contrato de adesão se constatado que a parte aderente: (i) não manifestou livremente sua vontade (seja por desconhecer o impacto da disposição, seja por não poder contratar com outra parte a obtenção do bem da vida); ou (ii) sofrerá significativo prejuízo no exercício de seu direito de acesso à Justiça. *In verbis*: "[...] I – A jurisprudência desta Corte firmou a orientação de que a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é,

Outrossim, não se abordará a análise da plena capacidade dos convenentes ou mesmo do conceito de manifesta vulnerabilidade que causa a nulidade do pacto, por serem temas afetos aos elementos subjetivos do negócio jurídico processual.[11]

Também não se debruçará sobre o que se deva entender por "direito material que admite autocomposição" para que seja aplicável o negócio processual, uma vez que o presente trabalho objetiva identificar os limites ao objeto do negócio jurídico processual que independam da relação jurídica de direito material específica que guarda relação com a convenção.[12]

Por outro lado, o estudo abarcará: (i) os limites à mudança de procedimento para adequação às especificidades da causa; (ii) os limites à criação, modificação e extinção de situações jurídicas titularizadas pelos convenentes. Naturalmente, será necessário perquirir quais limites são extraíveis do princípio do devido processo legal, bem como verificar a serventia de balizas tradicionalmente apontadas pela doutrina, tais como: interesse público, bons costumes, ordem pública processual, normas cogentes etc.

Procurando, ainda, aproximar a análise teórica ínsita à investigação do tema aos desafios de ordem prática a serem enfrentados pelos operadores do Direito, opta-se por apresentar e explorar, ao longo do trabalho e a título de exemplo, alguns negócios jurídicos processuais atípicos. Serão examinadas as aplicações do instituto próprias ao processo

---

em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de intelecção suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. [...]" (REsp 379.949/PR, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.02.2002, *DJ* 15.04.2002, p. 230).

11 Nesse sentido, Marcos Bernardes Mello esclarece que todo fato jurídico (como é o negócio jurídico processual) guarda referibilidade com um sujeito de direito, ainda que a norma jurídica omita esse sujeito. São elementos subjetivos do fato jurídico, ademais, o sujeito de direito e também sua qualificação, como sua capacidade, sua condição de consumidor, de contribuinte e, para o que aqui interessa, de vulnerável (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52-53 e 57-58).

12 No julgamento da SE 5.206-AgR, o Ministro Nelson Jobim assentou, a respeito da Lei de Arbitragem, que a natureza dispositiva do conflito só se pode verificar no momento em que surge o conflito, e não no momento em que a cláusula compromissória é ajustada. Se o litígio, surgido após a celebração da cláusula compromissória, for indisponível, será o caso de ineficácia do ajuste especificamente em relação a esse direito indisponível. O jurista ainda apresenta um exemplo: a superveniente perda de capacidade plena de um dos contratantes, a justificar a ineficácia (e não a invalidade) da cláusula compromissória. Conquanto o raciocínio tenha sido feito à luz da Lei 9.307/1996, que se circunscreve aos direitos patrimoniais disponíveis, entende-se que possa ser aproveitado aos negócios jurídicos processuais a que se refere o art. 190 do CPC.

individual, não abrangendo as aplicações ao processo objetivo, ao processo coletivo e aos processos de jurisdição voluntária.

Nessa esteira, serão estudadas, entre outras espécies, convenções processuais para estender prazos processuais, desjudicializar a produção de prova, ampliar as hipóteses de intervenção de terceiros, dispensar assistentes técnicos, estipular mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, excluir medidas executivas, ratear despesas processuais e alterar as formas de comunicação dos atos processuais, bem como o pacto de *non petendo*.

As hipóteses ora mencionadas foram selecionadas de modo a atingir, simultaneamente, dois objetivos: (i) apresentar negócios que exemplifiquem cada caso autorizado pelo art. 190 do CPC, ou seja, que se refiram à criação, modificação e extinção de ônus, deveres, poderes e faculdades ou à alteração de normas procedimentais; (ii) apresentar pactos que revelem, presumivelmente, maior utilidade prática.

A fim de identificar os limites impostos ao conteúdo do negócio jurídico processual, o presente trabalho inicia-se com a apresentação das premissas teóricas necessárias que indicam a perspectiva de enfrentamento do tema. Nesse sentido, no Capítulo 1, serão adotadas posições quanto à teoria do fato jurídico e suas implicações em matéria processual. Também serão apresentados o conceito de convenção processual e sua disciplina legal no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando a corregulação de normas processuais e materiais.

Na sequência, o Capítulo 2 se ocupará de apresentar as compreensões alcançadas pelos civilistas a respeito dos limites do conteúdo do negócio jurídico, bem como seu aproveitamento para o tratamento das convenções processuais. Dessa forma, será possível entender que sentido adquirem, na seara processual, as exigências de licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto impostas pelo Código Civil (CC, art. 104, II), para a validade do negócio jurídico.

No Capítulo 3, por sua vez, pretende-se identificar as matérias infensas à disposição das partes, consistentes nas normas processuais submetidas à reserva legal pelo constituinte e que se excluiu do alcance do art. 190 do CPC.

O Capítulo 4 terá por objetivo apresentar balizas para a observância das garantias constitucionais do processo, conformadas pelo princípio da autonomia privada dos convenentes. Será estudada, portanto, a possibilidade de convenção que afete os principais institutos e princípios que concretizam o direito a um processo justo, tais como:

os princípios do contraditório e da ampla defesa; a garantia do juiz natural, independente e imparcial; o princípio da publicidade; o princípio da celeridade processual; a vedação à prova ilícita; a inafastabilidade do Poder Judiciário; a assistência jurídica e judiciária gratuita; o dever de motivação das decisões judiciais; a garantia do duplo grau de jurisdição; o princípio da igualdade etc.

Por fim, a conclusão sintetizará os resultados alcançados no trabalho e permitirá uma prognose da implementação das convenções processuais na prática advocatícia. Pretende-se, assim, contribuir para o aprimoramento do uso do instituto e para o fomento da segurança jurídica de tais negociações.

1 PREMISSAS CONCEITUAIS

A publicação do CPC/2015 contribuiu para recrudescer o debate sobre o publicismo e o privatismo processual, ainda que com novos contornos. Não se trata mais, efetivamente, de defender o retorno à concepção de processo civil como "coisa das partes", com o único objetivo de tutelar o interesse privado deduzido em juízo. Também não se revela suficiente defender o extremo oposto: a primazia, pura e simples, do interesse público sobre o privado no exercício da função jurisdicional, para atingimento da pacificação social, ainda que à custa de significativas doses de paternalismo.[13]

Se a mera submissão do litígio ao Poder Judiciário já o retira da condição de mero interesse privado,[14] não é possível consentir que o transforme em interesse público, que justifique a instauração de uma investigação oficial que ignora e se distancia do interesse das partes. Deve-se, portanto, atenuar o publicismo exacerbado para que se possa atingir um processo justo, que sirva aos destinatários da prestação jurisdicional e, mediatamente, aos interesses coletivos na ordem e paz social. [15]

Nesse sentido, o CPC/2015 estabeleceu uma nova divisão de trabalho entre os sujeitos processuais, atenuando características publicistas, como a sobreposição dos escopos públicos do processo sobre o interesse privado das partes, o inchaço dos poderes oficiosos do juiz e a impossibilidade, em regra, de disposição das partes quanto às normas do procedimento.[16] O CPC/2015, como observa Julio Guilherme Müller, passa a se apresentar como uma plataforma processual, a partir da qual pode-se dirigir o processo por modos distintos a depender da vontade das partes, amenizando o publicismo processual.[17-18]

---

[13] GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, v. 164, p. 31-41, out. 2008.

[14] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 99.

[15] GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil cit., p. 43.

[16] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais* cit., p. 106.

[17] MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 74-75.

[18] Para Julio Guilherme Müller: "A previsão da cooperação como norma fundamental e da possibilidade de um amplo espaço para a atuação da vontade das partes por meio de uma cláusula geral com a extensão daquela descrita no art. 190 do CPC relevam uma ideologia, nesse aspecto, comprometida com ideais liberais. Todavia, a previsão de amplos poderes do juiz prende, em igual intensidade, o processo civil idealizado pelo CPC ao modelo inquisitivo. E é essa constatação que nos permite afirmar que o CPC

O processo cooperativo, adotado pelo novo diploma processual, redistribui os poderes entre as partes e o juiz, assegurando a convivência do dever de gerenciamento do processo pelo magistrado com eventuais acordos processuais celebrados entre as partes. O modelo revela-se mais condizente com o processo democrático, pois reduz o protagonismo judicial, que prevalecia no CPC/1973.[19]

A previsão legal de uma cláusula geral de atipicidade em matéria de negociação processual, nesse sentido, permite superar a contradição em admitir a disposição ampla do direito material sem o correspondente poder de disposição de normas do direito processual. Tal qual no direito civil, a liberdade passa a ser a regra e o desafio que se impõe é o de limitar o exercício desse direito de disposição assegurado pelo art. 190 do CPC.[20]

A compreensão do arcabouço normativo que rege as convenções processuais (e no qual se devem buscar aqueles limites à autonomia privada) impõe um breve escorço da teoria do fato jurídico processual. Assim, os negócios jurídicos ora em comento compõem um quadro maior, pertencente à teoria geral do Direito, conforme se passa a explanar.

Dentre os fatos do mundo, alguns recebem a qualificação de jurídicos e tal fenômeno ocorre em razão de que uma norma os tomou como suporte fático (hipotético) de sua incidência.[21] Nessa esteira, o fato jurídico processual é aquele que preenche, concretamente, o suporte fático abstrato de uma norma processual e que guarda relação com um procedimento pendente ou futuro.

Sem ignorar as várias classificações doutrinárias do fato jurídico processual, que o conceitua a partir da produção de efeitos no processo, do vínculo que guarda com os sujeitos da relação processual, da sede em que realizado (dentro do processo, portanto) etc., deve-se reconhecer a utilidade do conceito apresentado por Fredie Didier Jr. Para o autor, o fato jurídico será processual, se for tomado como suporte fático de norma jurídica também processual e se referir a um procedimento, ainda que futuro. Assim, mesmo que o

---

atua como uma plataforma processual que estimula, e ao mesmo tempo limita, diferentes formas de desenvolvimento do processo, ora aproximando-se do adversarial, mesmo que com bem menor intensidade, ora do inquisitivo, ora do cooperativo. Tudo, todavia, a depender, principalmente da vontade das partes e da validade de suas convenções e, em especial, de uma mudança de mentalidade e de postura dos sujeitos processuais" (MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 84).

19 DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-225, 2011.

20 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários aos arts. 188 a 202 do CPC/2015. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. v. 1, p. 748.

21 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência cit., p. 43-44.

fato não integre a cadeia ritual, se relacionado a procedimento pendente ou futuro, será qualificado como processual.[22]

Nesse sentido, completa o conceito apresentado a compreensão de que é norma processual (em sentido amplo) toda norma que disciplina a prestação da função jurisdicional.[23] A vantagem do conceito revelado pelo processualista está em submeter um maior número de fenômenos à disciplina dos fatos processuais, reconhecendo sua relevância para o procedimento em si mesmo.

Nada impede, portanto, que um fato concreto preencha o suporte fático abstrato tanto de uma norma processual quanto de uma norma material.[24] É o caso, por exemplo, da procuração *ad judicia*, que é instrumento do contrato de mandato e também constitui o representante judicial da parte.

Importa, ainda, notar que o suporte fático hipotético de uma norma é formado por elementos nucleares, completantes, complementares e integrativos. É a partir do elemento nuclear (cerne do suporte fático abstrato) que se devem classificar os fatos jurídicos processuais.

Os elementos nucleares e completantes do núcleo são os que dizem respeito à própria existência do fato jurídico. É nuclear, portanto, a manifestação de vontade consciente, com poder de autorregramento, no negócio jurídico. São completantes do núcleo do negócio jurídico: os elementos subjetivos, elementos objetivos, a forma, entre outros.[25]

Os elementos complementares não integram o núcleo do suporte fático e se relacionam com a perfeição do fato jurídico, permitindo avaliar sua validade ou eficácia. São complementares, no que tange ao objeto do negócio jurídico, sua licitude, moralidade, possibilidade física e jurídica e determinabilidade.[26]

Os elementos integrativos também não compõem o núcleo do suporte fático, atuando no plano da eficácia, para a ocorrência de determinados efeitos previstos pelo

---

22 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1, p. 373-374.

23 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 59-60.

24 Idem, p. 63.

25 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência cit., p. 54-57.

26 Idem, p. 57-58.

ordenamento. É o que se dá, por exemplo, com a exigência de registro público do ato constitutivo da pessoa jurídica.[27]

Preenchido o núcleo do suporte fático hipotético de uma norma processual, portanto, temos o fato jurídico processual lícito, em sentido amplo.[28] Ainda que o fato ocorra fora do processo ou que não tenha sido praticado por sujeito do processo, ele poderá ser qualificado como processual, se preencher o cerne de uma norma processual.

Nesse sentido, os fatos processuais podem ser: (i) fatos jurídicos processuais em sentido estrito, se o cerne do suporte fático for um evento da natureza (ex.: a morte decorrente de suicídio, pois o ato humano envolvido não é elemento essencial do núcleo do suporte fático abstrato); (ii) atos jurídicos processuais em sentido amplo, se o cerne do suporte fático for uma manifestação consciente de vontade.[29]

Parte da doutrina[30] acrescenta, ainda, o ato-fato jurídico processual, que teria por cerne do suporte fático o ato humano avolitivo, tomado, assim, como se fato fosse. Em âmbito processual, entretanto, não se verifica espaço para tal fenômeno, pois, como assevera Pedro Fernandes Pröglhöf, todo ato processual pode, em tese, caracterizar litigância de má-fé, pelo que está sujeito à análise do elemento volitivo do agente.[31]

Os atos jurídicos processuais em sentido amplo, ademais, podem ser classificados em: (i) atos jurídicos processuais em sentido estrito, que têm por cerne do

---

27 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência cit., p. 57-58.

28 Apesar da ponderação de Antônio Junqueira de Azevedo no sentido de que a qualificação como lícito ou ilícito não é intrínseca ao fato, já que é obtida pela análise de conformidade do fato para com o ordenamento jurídico, opta-se por seguir a doutrina majoritária e, portanto, separar os fatos lícitos dos ilícitos (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19-20).

29 COSTA, Adriano Soares da. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 270, p. 36-38, ago. 2017.

30 Cf. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre a uma teoria do fato jurídico processual – plano de existência. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_maio2008/docente/doc2.doc. Acesso em: jun. 2019; COSTA, Adriano Soares da. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais cit., p. 36-38; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento cit., p. 375; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais* cit., p. 116-120.

31 O autor esclarece, ainda, que a preclusão temporal também não deve ser tomada como exemplo de ato-fato processual, posto que a lei admite a devolução do prazo, caso seu decurso se dê por motivo alheio à vontade da parte (CPC, art. 223). Ademais, admitido pelo Código o recurso do assistente simples, afasta-se a relevância de entender a omissão do assistido como ato-fato ou ato jurídico (CPC, art. 121). Cf. PRÖGLHÖF, Pedro Fernandes. *A vontade e o ato postulatório civil*: uma investigação sobre a interpretação dos atos postulatórios civis. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 106-110.

suporte fático abstrato uma manifestação de vontade consciente, sem poder de autorregramento da vontade; (ii) negócio jurídico processual, que tem por cerne do suporte fático abstrato uma manifestação de vontade consciente, com poder de autorregramento da vontade.[32]

A nota distintiva do negócio jurídico, portanto, é a vontade negocial, uma vontade qualificada que constitui direitos e deveres e que é vista socialmente como dirigida a produzir efeitos considerados queridos pelo declarante.[33-34] A declaração de vontade negocial, a propósito, tem cunho decisório e dispositivo e vincula a esfera jurídica do declarante perante os sujeitos aos quais é dirigida a manifestação.[35] Consigne-se, de toda forma, que a disciplina das duas espécies de atos jurídicos em sentido amplo é muito próxima, por força do art. 185 do CC, que estende aos atos em sentido estrito as regras que regem os negócios.[36]

Interessante notar que, por vezes, as partes iniciam suas tratativas preliminares mediante manifestações nos próprios autos. Por meio de atos sucessivos e concordantes, as partes elaboram, entre as possibilidades de conformação do procedimento e de disposição de situações jurídicas que titularizem, as normas que devem reger determinado aspecto da marcha processual. O fato de não apresentarem referida disciplina em ato único não afasta a consequência de que as partes restringem o campo de apreciação judicial à análise de validade do negócio prescrita no art.190, parágrafo único, do CPC. Não declarando a nulidade da convenção, impõe-se ao magistrado sua observância.[37]

---

32 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência cit., p. 56-57.

33 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia cit., p. 17-19.

34 A massificação dos contratos, advinda da pulverização dos contratos padronizados (até mesmo no direito administrativo), tornou necessário apresentar uma distinção entre atos jurídicos em sentido estrito e negócio jurídico que não se baseasse na tese de que este último seria marcado pela ampla liberdade e igualdade na criação de efeitos jurídicos. Assim, encontrou-se na própria vontade (e não apenas na liberdade) um critério para diferenciar as categorias mencionadas (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 42).

35 COSTA, Adriano Soares da. Distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico unilateral. Disponível em: https://www.academia.edu/21568985/Distin%C3%A7%C3%A3o_entre_ato_jur%C3%ADdico_stricto_sensu_e_neg%C3%B3cio_jur%C3%ADdico_unilateral. Acesso em: jun. 2019.

36 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293. Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luís Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2019. v. V, p. 236.

37 Nesse sentido: BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre a uma teoria do fato jurídico processual – Plano de existência cit. Em sentido contrário, por entender que as convenções decorrem de duas declarações de vontade materializadas em ato único: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções

Portanto, se o negócio pode ser objeto de um ato único, não há razão para negar-lhe a mesma disciplina pelo só fato de se materializar por meio de manifestações sucessivas. Não se trata, dessarte, de meros atos unilaterais de disposição consecutivos, mas de apresentação de verdadeiras propostas (e eventuais contrapropostas), revelando um caráter de clara negociação preliminar e, consequentemente, vinculante ao proponente (CC, arts. 427 e 431).

Se a proposta negocial não é suficiente, por si só, para gerar os efeitos pretendidos pelo proponente, uma vez que a ela adere expressa e precisamente a parte adversa, tem-se o surgimento do negócio jurídico processual. Verificado o efetivo encontro de vontades, deve o juiz observar a disciplina das convenções processuais. A omissão (ou mesmo a imprecisão da manifestação) daquele que foi alvo da proposta, salvo previsão legal em sentido contrário, não importa aceitação e, por isso, não conduz à formação do negócio jurídico.[38] E apenas excepcionalmente se admite que o silêncio supra a anuência, o que se admite quando as circunstâncias ou os usos autorizarem tal compreensão e, ainda assim, não se exigir manifestação expressa da vontade (CC, art. 111).

Feitas essas considerações, temos que o negócio jurídico processual, em suma, é o fato jurídico processual que tem por suporte fático uma manifestação de vontade negocial,[39] consistente no autorregramento da vontade pelos convenentes, que disciplinam as situações jurídicas por eles titularizadas ou normas do procedimento.

---

das partes sobre matéria processual. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 89; MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 33.

38 MÜLLER, Julio Guilherme. Idem, p. 40-41.

39 Ressaltando a distinção entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, a partir do conceito de propósito negocial, Julio Guilherme Müller assevera o seguinte: "[...] Informar, requerer alguma providência no curso do processo, propor e decidir, sem prejuízo de outras, são exteriorizações da vontade humana, diferentes entre si e que usualmente são manifestadas em atos jurídicos em sentido estrito. Não há, em nenhuma delas, propósito de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, ou mesmo de uma situação processual, por força exclusiva da vontade e apenas dela. A manifestação unilateral de vontade no processo (comum em atos jurídicos em sentido estrito) tem aptidão para permitir a produção de efeitos jurídicos previstos na lei, mas não de modificar as situações processuais e as relações jurídicas como consequência exclusiva da vontade. [...] Quando há um propósito negocial, a manifestação de vontade tem a finalidade consciente de produzir efeitos, de regular uma determinada relação jurídica, criando, modificando, substituindo ou excluindo posições e situações processuais. A vontade consciente, manifestada com a pretensão de funcionar como causa suficiente para que dela decorram efeitos ou produzam consequência independente de outra vontade, revela um negócio jurídico processual no plano da existência. Enquanto a vontade, nos atos jurídicos em sentido estrito, não tem propósito negocial, nos negócios jurídicos, ela se dirige e é manifestada com esta finalidade, ciente de que ela, por si só, basta para a produção dos efeitos que deseja. [...]" (Idem, p. 39).

De toda sorte, inserida a convenção processual dentre os fatos jurídicos, entende-se que a elas também se estendem as compreensões alcançadas pelos civilistas quanto aos negócios materiais, na medida em que compatíveis com o traço de processualidade que as distingue. Parte-se, então, para uma investigação dos limites ao exercício da autonomia privada na eleição, pelos convenentes, do objeto dos negócios processuais.

2 OBJETO LÍCITO, POSSÍVEL E DETERMINÁVEL

2.1 Observações iniciais

Firmada a compreensão de que as convenções processuais se inserem em uma categoria mais ampla, a dos negócios jurídicos, resta clara a corregulação do instituto por normas materiais e processuais. Assim, será possível transpor, para a análise dos limites ao conteúdo das convenções processuais, as lições da teoria geral do Direito acerca do negócio jurídico, sem descuidar da peculiaridade de que tais pactos preenchem o suporte fático abstrato de uma norma processual e se relacionam a um procedimento.

Nessa etapa, cabe perquirir, portanto, os limites do objeto do ajuste no direito civil, ou seja, os requisitos de validade desse objeto, já antecipando algumas de suas repercussões processuais.

O estudo dos limites à autonomia da vontade no direito privado foi intensamente desenvolvido justamente por sua feição negativa. Se a regra é a liberdade, importa à doutrina esclarecer, à luz dos preceitos legais, suas fronteiras.

A validade do objeto dos negócios jurídicos, segundo os arts. 104, II, e 166, II e VI, do Código Civil (CC), demanda que seu conteúdo seja lícito, possível e determinado ou determinável e que não tenha por objetivo fraudar a lei. Todos os elementos mencionados, conforme anota a doutrina, podem ser reconduzidos à noção de licitude em sentido amplo, pois somente será lícito o objeto eleito no campo conferido pelo Direito à autonomia da vontade.[40]

Note-se, ainda, que os requisitos do art. 104, II, do CC referem-se tanto ao objeto da prestação (no caso, o ajuste quanto a situação jurídica ou quanto ao procedimento) quanto ao objeto do negócio jurídico (efeitos jurídicos daí advindos).[41] A ilicitude em sentido amplo, portanto, pode ser de meios ou de resultados.

Anote-se que os conceitos de objeto da prestação e objeto do negócio, em verdade, não são unívocos na doutrina. No ponto, o português Manuel A. Domingues de

---

[40] MENEZES DE CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português I*. Coimbra: Almedina, 2005. t. I, p. 689.

[41] MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 128.

Andrade, por exemplo, entende que a distinção ocorre entre o objeto imediato ou conteúdo, que são os efeitos jurídicos da avença, e objeto mediato ou objeto *stricto sensu*, que seria a prestação em si (uma coisa, pessoa ou conduta).[42]

No presente trabalho, todavia, utilizaremos a nomenclatura conteúdo, objeto e significado negocial como sinônimos, de forma a abordar tanto os efeitos jurídicos alcançados (ou mesmo pretendidos pelos negociantes) quanto as próprias regras jurídicas ajustadas pelos interessados.

Quanto à forma de apreender esse significado negocial, importa registrar que a declaração negocial não encerra todo o conteúdo ajustado, como teve oportunidade de observar Francisco Paulo de Crescenzo Marino, que diferencia o objeto expresso e o objeto implícito. O conteúdo implícito refere-se justamente ao que, não constando da declaração negocial, é encontrado pela interpretação da avença. O estudioso conclui, assim, que o objeto do negócio jurídico, em verdade, é identificado a partir de sua interpretação.[43]

Na mesma esteira, Antônio Junqueira de Azevedo admite: (i) o conteúdo implícito do negócio, que são os elementos naturais que o ordenamento inclui no pacto e que, por vezes, as partes assumem inconscientemente; (ii) o conteúdo expresso, aquele referido de forma completa; e (iii) o conteúdo incompletamente expresso, aquele referido de forma incompleta, mas que decorre naturalmente do negócio escolhido (se "se vende", assume-se o dever de entregar a coisa).[44] Mais uma vez, fica claro o papel a ser desempenhado pelo intérprete para traduzir plenamente o objeto convencionado, a partir da soma dos conteúdos implícito, expresso e incompletamente expresso.

Pontue-se, enfim, que a validade do objeto do negócio jurídico material nem sempre influencia a análise da validade do objeto do negócio processual, quando ambos constam do mesmo instrumento. Também aqui se aplica a autonomia da cláusula de conteúdo processual, nos moldes do art. 8.º, *caput*, da Lei 9.307/1996, e, por vezes, a disciplina legal do aspecto material da avença não será a mesma que rege a validade do negócio processual. Nem sempre, portanto, os vícios que atingem o objeto material alcançarão necessariamente o objeto processual da avença, mas, particularmente, os vícios de consentimento e de capacidade dos convenentes tendem a gerar a referida contaminação

---

42 ANDRADE, Manuel de A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*: facto jurídico, em especial negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 2003. v. II, p. 327.

43 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45-48.

44 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia cit., p. 136-137.

do negócio processual. Ademais, nem mesmo o distrato do contrato em que inseria a cláusula de natureza processual afeta-a automaticamente, dependendo de expressa menção a esse desejo das partes. Assim, em regra, eventual litígio em juízo a respeito do negócio resilido ou extinto deverá observar o negócio processual assentado.[45-46]

Na sequência, faz-se uma análise detida de cada requisito imposto pelo direito privado à validade do objeto do negócio jurídico.

2.2 A licitude do objeto

Ainda que o texto legal não tenha disposto o que se deve entender por objeto ilícito, não se deve buscar tal sentido simplesmente nos dispositivos que definem o ato ilícito no direito material (CC, arts. 186 e 187)[47] – ou mesmo nos deveres de probidade estipulados nos arts. 77 e 774, entre outros, do CPC. É no art. 122 e no parágrafo único do art. 2.035, ambos do CC, que se encontram os critérios para aferir a licitude do objeto, quais sejam: a lei, a ordem pública e os bons costumes. A licitude, portanto, é aferida em face do ordenamento jurídico, e não meramente perante a lei.

Importante a lição de Pontes de Miranda que reconhece a ilicitude do conteúdo quando: (i) o negócio implica realizar o que o ordenamento jurídico proíbe ou obsta o que deva ser livre de qualquer imposição ou coação, como o direito de se casar ou não etc.; (ii) o ajuste faz depender de retribuição econômica, o que não deve ter essa dimensão, como a retirada de queixa-crime ou a prestação de depoimento em juízo;[48] (iii) o negócio tem por fim ou obriga a resultado ilícito ou impede resultado exigível, como prometer deixar-se condenar em ação de destituição de pátrio poder; (iv) faz depender de contraprestação, o que é proibido ou obrigatório independentemente dela, como o contrato que tem por objeto a destruição de provas.[49] A ilicitude, nessas hipóteses, pode estar na prestação ou na contraprestação, na condição ou na recompensa que se dê em face de ato de outrem.[50]

---

45 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009. p. 174.

46 LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 49.

47 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade cit., p. 127.

48 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012. t. IV, p. 238-239.

49 Idem, p. 242.

50 Idem, p. 233.

O autor, em suma, tem por ilícito não apenas o objeto que contrarie norma cogente, mas também parece incluir o objeto que envolve pretensões que, por sua natureza, não podem ser negociadas. O autor alagoano também tinha por ilícitas cláusulas que impunham prestação demasiadamente perigosa (por ação ou omissão), se não estivesse em face de fim mais alto, como a promessa de não comer por x dias ou, para os fins do presente trabalho, eventual proibição de requerer, em juízo, tutela cautelar. A falta de paridade das prestações também deveria conduzir à ilicitude do ajuste, bem como o objeto que tivesse por efeito exploração intolerável de qualquer espécie, como atos que atentam contra a Lei de Usura.[51]

Essas preocupações não encontram ressonância, todavia, no atual art. 421-A do CC (incluído pela Lei 13.874/2019), que estabelece uma presunção relativa de simetria entre os contratantes e de equilíbrio na alocação de riscos definida pelos interessados.[52] A norma aumenta o ônus argumentativo do magistrado que pretenda afastar a aplicação de uma convenção processual, por ser ilícita quanto à alocação de riscos e à estipulação de direitos e deveres entre os convenentes.

Pontue-se, de todo modo, que a ilicitude originária torna nulo o negócio, mas a superveniente torna resolúvel a avença, não alcançando a prestação já adimplida, nos moldes do art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). A consciência da ilicitude, ademais, é irrelevante para o reconhecimento da nulidade, bem como a ignorância da lei, da imoralidade ou do malferimento da ordem pública.

Nos tópicos seguintes, vamos analisar cada faceta da licitude, ou seja, a conformidade com a lei, com os bons costumes e com a ordem pública.

2.2.1 A lei

Um dos aspectos pelos quais se avalia a licitude do objeto, como se viu, é a conformidade dele com a lei. O objeto contrário à lei é aquele que atinge resultado proibido expressa ou implicitamente por uma norma jurídica cogente, seja por impedir o

---

51 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* cit., p. 234-235.

52 O art. 421-A do CC dirige-se às relações civis e interempresariais, pelo que mesmo pactos celebrados entre não empresários presumem-se estipulados em simetria pelas partes e com adequada alocação de riscos. A preocupação da lei, em verdade, foi de explicitar regra já aceita doutrinariamente e que emana da própria autonomia privada que inspira o Código Civil, assegurada a empresários, e a não empresários.

que ela impõe, seja por fazer o que ela proíbe. A violação da lei imperativa, portanto, pode ser direta[53] ou indireta,[54] caso em que há aparência de compatibilidade do negócio com a norma violada.[55]

A infração indireta é usualmente denominada, na doutrina, de "fraude à lei". A expressão revela-se inadequada, uma vez que pode levar o intérprete a supor ser relevante a análise da intenção (ou má-fé, "dolo" etc.) dos convenentes, para o reconhecimento da ilicitude. A confusão apontada pode implicar a admissão equivocada de atos jurídicos que infrinjam indiretamente normas imperativas, sob o argumento de que não foi constatado o objetivo de fraudar a lei. Trata-se de solução que não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, que tem por inescusável o desconhecimento da lei (LINDB, art. 3.º; CP, art. 21). De fato, tratando-se de norma cogente, não é necessário investigar a intencionalidade dos agentes, salvo quando a própria norma jurídica (excepcionalmente) assim o exige.[56]

Acresça-se que, para aferir se houve efetivamente infração indireta, importa avaliar se a lei vedou certa atuação ou o atingimento de determinados resultados, o que poderia ocorrer por meios indiretos. Se o escopo é proibido, todos os caminhos até ele também o são.[57] Daí que se defenda a ausência de autonomia da fraude à lei, pois o problema se resolveria pela interpretação exata da norma imperativa, que revele sua finalidade de proibir um dado resultado e demonstre que o texto legal apenas não

---

53 A infração direta à norma cogente pode implicar a sanção de nulidade do negócio jurídico, quando (i) a lei imponha a sanção de nulidade expressamente (caso de nulidade textual, expressa ou cominada) ou (ii) proíba a prática do negócio, sem cominar outra sanção (caso em que se verifica a nulidade virtual ou não cominada). É o que consta do art. 166, VII, do CC (Cf. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade cit., p. 129-130). Observe-se que o reconhecimento de nulidade, em sede processual, não ocorre se o ato praticado alcançar a sua finalidade (CPC, arts. 276 e 277).

54 A infração indireta impõe a nulidade do negócio, nos moldes do art. 166, VI, do CC. A solução legal é criticada por Marcos Bernardes de Mello, uma vez que impõe a nulidade sempre que a infração for indireta, ainda nos casos em que a infração direta à mesma norma pudesse, à luz do art. 166, VII, do CC, ser objeto de outra sanção, como a anulabilidade. É o caso da venda de descendente à ascendente sem o consentimento expresso dos demais descendentes e do cônjuge do alienante que, embora anulável (CC, art. 496), se perpetrada por meio do uso de interposta pessoa (que compra ao ascendente para vender ao descendente) seria nula. É dar tratamento desigual a uma mesma situação, entendendo o autor que se deveria impor a mesma sanção à infração à lei, independentemente de ela ocorrer direta ou indiretamente (Cf. Idem, p. 143).

55 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade cit., p. 128-129.

56 Idem, p. 128-132.

57 Idem, p. 692-693.

mencionou o meio utilizado por não ter podido prevê-lo ou por ter aludido aos meios tão somente de forma exemplificativa.[58]

A autonomia da fraude à lei, em nosso ordenamento, deve-se, no mais das vezes, à existência de uma norma geral a respeito, constante do art. 166, IV, do CC.[59] Portanto, seria sempre possível utilizar tal disposição para situações que não estejam expressamente combatidas na norma imperativa tida por violada, embora dela se aproximem, particularmente, pelos resultados que alcancem.

O reconhecimento da infração indireta à lei, por vezes, exige uma análise unitária da sequência de atos praticados, pois o procedimento adotado pelos interessados é finalisticamente unitário.[60] Nesse sentido, se o irmão do advogado do executado, por exemplo, arremata o bem em leilão judicial e, posteriormente, doa-o ao dito procurador, deve-se, para os fins do art. 890, VI, do CPC, analisar de modo uno os dois atos jurídicos (arrematação e doação). Assim, a fraude à lei usualmente implica a utilização de interposta pessoa ou mesmo de atos jurídicos que seriam regulares não fossem o fato de conduzirem a fins proibidos. De toda forma, a maior ou menor perfeição dos atos perpetrados apenas imporá maiores ou menores dificuldades probatórias.[61]

As lições do direito material são aproveitadas em larga medida para a análise da ilicitude, por inobservância da lei, das convenções processuais. A doutrina processual tem por ilícito o ajuste que descumprir norma cogente, inclusive de cunho principiológico (como o devido processo legal), ou que invadir matéria com reserva de lei (como os recursos, a competência absoluta etc.).[62] A imperatividade seria inferida, a propósito, do

---

58 Idem, p. 695.

59 Entendemos ser pertinente apontar algumas figuras que costumam ser confundidas indevidamente com a fraude à lei, apontando as distinções em cada caso. No dolo, por exemplo, exige-se a intenção de infringir a lei, iludindo o outro contratante. Mesmo no direito penal, o dolo implica a deliberada intenção de realizar o tipo ou, ao menos, o assumir que o crime se realize. Na infração indireta à lei, entretanto, a intenção, ainda que possa ser aferida, não é imprescindível. Assevere-se que o abuso de direito também não se confunde com a fraude à lei, uma vez que o primeiro é o exercício irregular de direito subjetivo, enquanto a segunda é o exercício irregular da autonomia privada, ou seja, da própria prerrogativa legal (direito objetivo) de criar direitos. A fraude contra credores, por sua vez, não é combatida pelo ordenamento jurídico por ser ilícito o negócio que conduz à insolvência do devedor, mas porque esse negócio afeta direito (subjetivo) de crédito de terceiro. Na infração indireta de norma cogente o próprio negócio (ou um de seus elementos) é ilícito. Não há que se confundir a fraude à lei também com a simulação, pois nesta o objeto não condiz com os fatos, tratando-se de uma mentira/aparência, o que não ocorre naquela, em que os atos são verdadeiros, porém ilícitos (Cf. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade cit., p. 141-142).

60 Idem, p. 144.

61 Idem, p. 137-139.

62 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro cit., p. 71.

regime jurídico que subtrai o tema do alcance da preclusão e determina seja este conhecido de ofício.[63]

Por vezes, a legislação processual é expressa em proibir convenção processual sobre uma matéria, assentando a cogência de determinada regra e retirando-a do âmbito de disposição das partes (como ocorre quanto à cláusula de eleição de foro posterior à contestação, regulada pelos arts. 25, 63, § 4.º, e 65, todos do CPC; quanto à competência absoluta, pelo que se vê do art. 62 do CPC; quanto à sucessão processual voluntária, a que alude o art. 108 do CPC; quanto à alteração do pedido e causa de pedir após o saneamento processual, nos moldes do art. 329, II, do CPC; quanto ao adimplemento de quantia pela Fazenda Pública por precatório ou os casos de remessa necessária, entre outros).[64] Entretanto, em outros casos, a ilegalidade se dá de forma indireta, pela incompatibilidade com normas imperativas (como convenções que atentem contra o art. 77 do CPC, que rege deveres de probidade).[65] É bom que se diga que aquelas situações jurídicas que não são titularizadas pelas partes (como as normas de competência) já estariam fora do âmbito de liberdade contratual do art. 190 do CPC.

---

63 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? cit., p. 83.

64 Estudando o tema, Lorena Miranda Santos Barreiros aponta o seguinte: "Há prerrogativas processuais outorgadas à Fazenda Pública que são decorrentes de sua natureza de pessoa jurídica de direito público ou do regime de direito material a que, em virtude dessa natureza, se sujeita. Tais prerrogativas são estruturadas com vistas a resguardar, precipuamente, o interesse público e/ou o patrimônio público. [...] Além das acima referidas, outras prerrogativas também se relacionam ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas. Nesse grupo de prerrogativas podem ser enquadradas, por exemplo: a) as dispensas de adiantamento de despesas processuais em processo judicial (art. 91 do CPC/2015), de preparo de recursos (art. 1.007, § 1.º, do CPC/2015) e de depósito prévio para propositura de ação rescisória (art. 968, § 1.º, do CPC/2015); b) o juízo privativo outorgado aos entes públicos por leis estaduais de organização judiciária (com a criação de varas da Fazenda Pública); c) a previsão de regras especiais para fixação de honorários de sucumbência em processos nos quais a Fazenda Pública figure como parte (art. 85, §§ 3.º a 7.º, do CPC/2015); d) a proibição legal de deferimento de medidas liminares em determinadas hipóteses, especialmente quando implique pagamento de qualquer natureza (art. 7.º, §§ 2.º e 5.º, da Lei n.º 12.016/2009), a necessidade de ouvida dos entes públicos antes da concessão de tutela provisória em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública (art. 2.º da Lei n.º 8.437/1992 e art. 22, § 2.º, da Lei n.º 12.016/2009) e a restrição à execução provisória de sentenças ou acórdãos (art. 14 da Lei n.º 12.016/2009 e art. 2.º-B da Lei n.º 9.494/1997). Essas prerrogativas não podem ser objeto de disposição pela Fazenda Pública em sede de negócio jurídico processual" (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 343-345).

65 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais* cit., p. 241.

A ilicitude do objeto do negócio jurídico processual, por infração direta ou indireta à lei, ocorre:[66] (i) nos casos em que a própria lei veda a possibilidade de convenções processuais a respeito de certas matérias que, salvo previsão expressa, estariam abarcadas pela cláusula geral do art. 190 do CPC, por tratarem de posições jurídicas titularizadas pelos convenentes (como no caso da sucessão processual voluntária) ou de normas de procedimento; (ii) por violação do art. 190 do CPC, uma vez que o dispositivo concretiza o princípio do autorregramento da vontade e apresenta balizas para seu exercício (os elementos genéricos da convenção), conforme se verá no Capítulo 3; (iii) por violação às garantias processuais asseguradas na Constituição Federal de 1988, nos moldes do que será exposto no Capítulo 4.

2.2.2 Os bons costumes

A ilicitude também vicia o objeto do negócio que fira os bons costumes. É o que se extrai, no âmbito privado, do art. 846 do CC, que, *a contrario sensu*, obsta que se exija o cumprimento de obrigação com fim ilícito, imoral ou proibido por lei. O direito público também impõe a observância da moralidade, nos moldes do art. 37, *caput,* da CRFB/1988, cabendo, se inobservada, ação popular (CRFB/1988, art. 5.º, LXXIII). É expressa, portanto, a previsão de que o objeto do ajuste deve atender aos bons costumes, à moral.[67]

No direito processual, especificamente, devem-se observar os bons costumes na eleição das normas materiais e processuais a serem aplicadas no procedimento arbitral (Lei 9.307/1996, art. 2.º, § 1.º). Ressalte-se, inclusive, que a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são negócios jurídicos processuais e, também por isso, se estenderia, de qualquer forma, ao gênero das convenções processuais a necessidade de que seu conteúdo atenda à noção de moralidade.

Os bons costumes, como se nota, não são conceituados pela legislação pátria. Assim, a tarefa foi desempenhada pela doutrina, que procura formular um padrão de moral

---

[66] Para Julio Guilherme Müller: "O sistema processual brasileiro, com a introdução do novo CPC, possibilita a criação de negócios processuais típicos, quando os elementos e hipótese estão todos suficientemente previstos no texto legal, e atípicos no caso de inexistir uma exata e completa correspondência entre o permitido e o previsto na lei e o objeto da convenção. Nas convenções típicas, a constatação é direta, por subsunção. Nas atípicas, é indireta, pois a indeterminação dos conceitos fornece apenas os elementos constitutivos genéricos da convenção, sendo os específicos constituídos a cada caso concreto de forma mais dinâmica" (MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 94).

[67] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* cit., p. 235-237.

a ser adotado, apresentando figuras como as do homem médio, do sentimento de decência das pessoas justas, de ética coletiva, moral média, moral pública etc. De forma geral, trata-se da moral de determinada sociedade em um dado momento histórico. É, naturalmente, um conceito de significado dinâmico, posto que a compreensão do que é moral se altera ao longo do tempo e também em cada comunidade. Assim, recomenda-se que o julgador tenha em vista os bons costumes vigentes no momento da execução do negócio.[68-69]

Para o civilista Marcos Bernardes de Mello, os bons costumes referem-se à moral, mas não a uma moral individual ou mesmo de grupos específicos da sociedade, e sim a uma moral presente, objetivamente, na generalidade dos indivíduos. Deve-se aferir a experiência vivencial da comunidade analisada para encontrar suas concepções comuns de bom comportamento. Deve-se levar em conta, todavia, apenas o pensamento daqueles que atuam de forma prudente e justa, não sendo o caso, por exemplo, de aferir o comportamento normalmente observado entre os agiotas. Para o autor, a propósito, são imorais, de maneira geral, atos que restrinjam direitos da personalidade e direitos de família.[70]

No ponto, Pontes de Miranda já entendia que deveria ser aferida a moral mais generalizada na sociedade, bem como aquela própria ao mundo dos negócios jurídicos e também inerente ao campo do direito em questão. Admitia que se tivesse por parâmetro a conduta ética de certas categorias profissionais, mas não a de grupos dedicados à imoralidade, como os corruptos etc.[71]

Para o autor alagoano não se devia deixar ao juiz a possibilidade de analisar sob seu ponto de vista individual o que é imoral. Ademais, se o objeto não é imoral em si mesmo, não haverá ilicitude. Nessa linha de intelecção, deve-se diferir, por exemplo, a doação para que o beneficiário pratique ato imoral, caso de nulidade por ilicitude, da doação para aquele que já realizou um ato imoral, caso em que se reconhece a validade do ajuste.[72]

O português António Menezes Cordeiro afirma que a formulação do conceito de bons costumes, que não encontrava guarida no direito romano, se aprofundou com o

---

68 MENEZES DE CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português I* cit., p. 709.

69 ANDRADE, Manuel de A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*: facto jurídico, em especial negócio jurídico cit., p. 341.

70 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade cit., p. 146-147.

71 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* cit., p. 236.

72 Idem, p. 233.

advento do BGB, o Código Civil alemão, que, em sua exposição de motivos, toma por norte a consciência dominante, o sentimento de decência dos que pensam justamente. Tais balizas foram inseridas na jurisprudência com o cuidado de se considerarem, no círculo social em que o conflito se dava, as pessoas médias.[73]

O autor entende, entretanto, que essa formulação, como as demais, é genérica e pouco ajuda a solucionar os problemas práticos. Afirma também que os bons costumes não obedeceriam a esquemas próprios do Direito, não se confundindo, assim, com a norma (ainda que moral) positivada, com os costumes ou com o direito consuetudinário.[74] Nesse sentido, não estariam em causa os usos realmente observados na sociedade, mas aqueles que são tidos como devidos.[75] Ademais, apenas uma parte da moral deve ser compreendida como bons costumes,[76] não se podendo submeter a validade do objeto, por exemplo, aos mandamentos de uma religião específica.

Seu conterrâneo Manuel A. Domingues de Andrade, por seu turno, vê na ilicitude por imoralidade a admissão legal de uma norma em branco, ou seja, de conteúdo a ser ditado pela moral. Não é que a própria lei tenha certas condutas por imorais (caso que seria de mera ilegalidade), mas que tenha por ilícito o objeto que a moral reprove. A proibição em si não consta da lei, devendo ser ditada pela moral.[77]

Os bons costumes, nessa toada, seriam o conjunto de regras morais aceitas pela consciência social, ou seja, não se trata do que efetivamente se pratica em sociedade, mas do que se entende que deva ser observado no trato social. É o sentido ético imperante na comunidade, apreensível objetivamente e, assim, mais favorável à segurança jurídica – cara ao mundo dos negócios. Não se confunde com a moral transcendente (religiosa ou filosófica), tratando-se da moral positiva. Manuel A. Domingues de Andrade, ainda, esclarece que não se deve ignorar o fato de que os comandos morais variam não só no tempo, mas também conforme a situação das pessoas envolvidas, devendo o magistrado, portanto, considerar a condição das partes. Atenta também à distinção entre o que se recomenda e o que se exige moralmente, entre o que é louvável e virtuoso e o que é obrigatório.[78]

---

73 MENEZES DE CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português I* cit., p. 703.
74 MENEZES DE CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português I* cit., p. 705.
75 Idem, p. 707.
76 Idem, p. 708.
77 ANDRADE, Manuel de A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*: facto jurídico, em especial negócio jurídico cit., p. 331.
78 Idem, p. 341.

Considerando que será tarefa do magistrado apreciar o padrão de moral a ser aplicado no caso concreto, Alberto J. Bueres enfatiza que o órgão judicial deve apurar objetivamente um estado de consciência coletivo. O argentino lança uma preocupação: naqueles povos em que não reina uma normalidade ética nas condutas (como nas sociedades corruptas), é perigoso deixar ao arbítrio do órgão judicial a eleição do bom proceder de uma minoria da população. O autor aduz também que as coisas não são imorais em si mesmas, como podem ser o fazer e o não fazer (o agir humano), pelo que o negócio que tenha por objeto uma coisa só pode ser imoral a depender de sua finalidade.[79]

Das compreensões alcançadas pelos civilistas, em suma, tem-se que os bons costumes são dinâmicos e devem ser encontrados na moral generalizada em uma determinada comunidade, em um dado momento histórico. Não se trata de analisar os usos efetivamente adotados na prática diária, mas aqueles legitimamente esperados e tidos por justos. Devem, assim, ser objetivamente identificados pelo magistrado, que deverá considerar as partes em conflito, inclusive, para constatar a necessidade de observar o comportamento esperado em uma categoria profissional específica, como a dos advogados, e em um determinado ramo do Direito, como o direito processual civil.

Ademais, não é apenas o direito material que positivou a exigência de observância dos bons costumes. No campo processual, a lei de arbitragem, como se mencionou, impõe tal limite também ao procedimento arbitral (e à eleição do direito material aplicável). Em estudo sobre o tema, Carlos Alberto Carmona identifica nos bons costumes a exigência de honestidade e recato, de dignidade e decoro social. Sustenta, ainda, que o conceito foi absorvido pelo de ordem pública, que também exige o respeito à moral média do povo, de forma a preservar a paz social.[80]

A experiência estrangeira também se vale dos bons costumes para limitar os negócios processuais. Na Alemanha, como as convenções processuais podem ser firmadas mesmo que o direito em disputa seja indisponível, a doutrina aponta como limite à norma negociada os bons costumes.[81] Assim, exige-se que o ajuste não vulnere a esfera jurídica da parte de modo tão severo a ponto de ser considerada contra os bons costumes.[82] Já na

---

79 BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. p. 190-191.

80 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96 cit., p. 68-69.

81 KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 201.

82 Idem, ibidem.

França, Loïc Cadiet defende a aplicação, às convenções processuais, dos limites impostos aos contratos civis, como a ordem pública e os bons costumes.[83]

Tratando da flexibilidade do procedimento arbitral, Marcos André Franco Montoro observa que, por se cuidar de conceito indeterminado, o *bonimores* pode servir como uma "válvula de escape" ou um "disjuntor".[84] Assim, quando se constatar uma violação grave ao conceito de justiça que não possa ser tutelada por uma regra específica, será possível o enquadramento da hipótese como violadora dos bons costumes ou da ordem pública, pois os conceitos são abertos e, por isso, "podem ser aplicados para resolver questões que não são solucionadas por outras regras jurídicas".[85]

Para Antônio do Passo Cabral, a moral é uma cláusula vaga, completamente imprestável para a segura fixação dos limites à liberdade dos interessados em convencionar em sede processual.[86]

A aplicação dos bons costumes, para fins de fixação de limites às negociações em matéria processual, é residual por excelência ou completamente despicienda. Não se aferindo qualquer violação ao devido processo legal ou à reserva legal, parece pouco provável que a liberdade contratual seja simplesmente obstada pela alegação de malferimento dos usos legitimamente esperados.

É certo também que não se pode admitir que os magistrados, ante as incertezas que ainda cercam a admissão dos negócios jurídicos processuais, encontrem em expressões tão subjetivas o fundamento para supostamente invalidar os pactos que lhes sejam apresentados.

2.2.3 A ordem pública

O conceito de ordem pública, que deve ser observado para se ter por lícito o objeto do negócio jurídico, é igualmente um conceito subjetivo ou, ao menos, polêmico em sede doutrinária.

---

83 CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 107.

84 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 140.

85 Idem, p. 140.

86 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais* cit., p. 301.

Como os bons costumes, a ordem pública é uma baliza constante não apenas do art. 122 do CC, mas também para fins de internalização de leis, atos e sentenças estrangeiros, do art. 17 da LINDB e, no que tange à prisão preventiva, no art. 312 do CPP. Na própria legislação processual, é possível encontrar a determinação de que não haja ofensa à ordem pública, particularmente tratando-se de pedido passivo de cooperação jurídica internacional e homologação de sentença estrangeira (CPC, arts. 39 e 963, VI).

Nos ordenamentos jurídicos que não admitem expressamente a infração à ordem pública, deve-se encontrá-la, segundo Pontes de Miranda, nos bons costumes, que, assim, devem ser analisados de forma a abranger a ordem social, política, econômica e moral.[87] A lição, entretanto, não é pacífica.

Em sentido contrário, o civilista António Menezes Cordeiro entende justamente que a ordem pública apela a valores fundamentais do ordenamento e aos princípios cogentes da ordem jurídica não positivados, enquanto os bons costumes são externos ao ordenamento.[88] Na mesma esteira, Manuel A. Domingues de Andrade fala em interesses fundamentais, que dado sistema jurídico busca tutelar, e os princípios correspondentes.[89]

Por sua vez, Alberto J. Bueres defende que a ordem pública abarca os princípios fundamentais da organização social, o interesse da comunidade. Sustenta que o conceito pode ser encontrado positivado na lei ou nela achar-se implícito, sendo comum que os preceitos legais omitam a característica de se tratar de ordem pública, cabendo ao intérprete reconhecê-la.[90]

Na seara do direito internacional privado, o tema também é objeto de conceituação, uma vez que a exceção de ordem pública autoriza o afastamento de leis, atos (ou negócios jurídicos) e sentenças (estatais ou arbitrais) estrangeiros. O art. 17 da LINDB, inclusive, nega-lhes eficácia também por ofensa à soberania nacional e aos bons costumes, o que, para alguns autores, encontra-se dentro da noção de ordem pública.[91]

Para a resolução de conflitos de leis no espaço, procura-se distinguir a ordem pública interna, que limita a autonomia privada dos particulares, e a ordem pública

---

87 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* cit., p. 235.

88 MENEZES DE CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português I* cit., p. 710.

89 ANDRADE, Manuel de A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*: facto jurídico, em especial negócio jurídico cit., p. 335.

90 BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico* cit., p. 181.

91 RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erick Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 313.

internacional, que obsta a aplicação do direito estrangeiro, em defesa dos valores essenciais do Estado.[92]

Estudando o tema, Maristela Basso admite que a noção de ordem pública: (i) varia no tempo e no espaço; (ii) deve ser cunhada pelos magistrados e árbitros na busca da moral básica da nação; e (iii) protege não direitos subjetivos, mas o interesse social público, particularmente aquele ligado à estrutura constitucional e organização do Estado.[93] Ademais, "é uma noção que deve atender sempre às necessidades econômicas de cada Estado, compreendendo os planos político, jurídico, econômico e moral de todo Estado Constituído. Em outras palavras, a ordem pública emana da *mens populi*".[94] A autora aduz que o conceito não será encontrado em textos legislativos, mas na mentalidade e sensibilidade médias da sociedade, em dado momento histórico, o que deverá ser apurado pelo órgão julgador.[95]

Registra a doutrinadora também que há uma tendência do juiz nacional de se valer do conceito de ordem pública para afastar, sem fundamentação mais concreta, a aplicação da norma estrangeira sob a alegação de fraude à lei brasileira (infração indireta, como visto) ou de que a norma estrangeira trata de instituto desconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio, ainda que não proibido. É a preferência constatada na jurisprudência nacional pela aplicação do direito positivo brasileiro.[96]

No tema, Nadia de Araújo conceitua ordem pública como "núcleo duro da ordem jurídica do foro, composto por seus valores essenciais de justiça".[97] Mesmo no direito internacional privado, o conceito não se confunde nem se sobrepõe, portanto, ao de norma imperativa.[98]

Apesar de os conceitos de ordem pública e de bons costumes serem vagos, a processualista Caroline Dal Poz Ezequiel defende que tais balizas limitam o objeto da convenção processual. Ademais, os bons costumes estariam relacionados aos "interesses gerais da sociedade ou aos princípios indispensáveis à organização da vida social", e a ordem pública, por sua vez, "ao proceder de acordo com os ditames da moral social, de

---

92 Idem, p. 308 e 315.
93 BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 288-294.
94 Idem, p. 288.
95 Idem, ibidem.
96 Idem, p. 294.
97 ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado*: teoria e prática brasileira. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 59.
98 Idem, p. 60.

acordo com a concepção de cada povo". [99] No ponto, Loïc Cadiet também sustenta a aplicação do dispositivo do Código Civil francês que proíbe às convenções particulares, mesmo as processuais, portanto, de derrogar leis que dizem respeito à ordem pública e aos bons costumes.[100] O autor apresenta, nesse sentido, uma diretriz: a liberdade contratual encontra limites nas prerrogativas asseguradas pelo ordenamento ao magistrado, que não podem, portanto, ser invadidas pelos convenentes[101].

A tendência, em âmbito processual, é de distinguir os conceitos, conferindo à ordem pública processual a relevante missão de assegurar a lisura do trâmite procedimental. Nesse sentido, a processualista Trícia Navarro Xavier Cabral acentua a importante função cumprida pela ordem pública como eixo do princípio da segurança jurídica, pois cabe àquela restringir direitos fundamentais e as liberdades públicas, assegurando a ordem social. O instituto também tem por missão garantir "a estabilidade, a regularidade e a previsibilidade jurídicas", pelo que se resguarda a lisura dos atos.[102]

Respaldada no interesse público, a ordem pública teria por traços principais: (i) a imperatividade; (ii) a irretroatividade; e (iii) a indisponibilidade do direito.[103] A referida autora reconhece, entretanto, que a ordem pública deve prestigiar a conciliação entre interesses públicos e privados, e não, pura e simplesmente, os primeiros em detrimento dos segundos.[104] A ordem pública, por ser conceito dinâmico (no tempo e no espaço), deve absorver o direcionamento da ciência processual no sentido de maior disponibilidade das regras e maior atuação dos sujeitos processuais na modulação dos atos e do procedimento.[105]

A estudiosa afirma, ainda, que a norma mais abrangente da ordem pública tem sede constitucional. Trata-se do princípio do devido processo legal (CRFB/1988, art. 5.º, LIV), verdadeiro limite à autonomia privada dos sujeitos processuais. Considerando o CPC/1973, ademais, defendeu que a ordem pública abarcaria "as condições da ação, os pressupostos processuais e outros aspectos processuais e materiais capazes de gerar uma

---

99 EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. *Negócio jurídico processual*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 164.

100 CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels cit., p. 107.

101 CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. Théorie générale du procès. Paris: Presses Universitaires de France, 2013, p. 538.

102 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 54-55.

103 Idem, p. 78.

104 Idem, p. 64-65.

105 Idem, p. 83.

nulidade absoluta no processo", bem como "a instrumentalidade adequada e a duração razoável do tempo do processo".[106]

Debruçando-se sobre o assunto, o processualista Ricardo de Carvalho Aprigliano entende que a "ordem pública processual compreende o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle da regularidade do processo, ou seja, para salvar processos, permitir que sejam conduzidos ao julgamento de mérito".[107]

O autor defende que o controle exercido por meio do instituto tem por finalidade assegurar o cumprimento dos escopos da função jurisdicional, ou seja, a pacificação dos conflitos, de forma célere e econômica.[108] A ordem pública processual encontra-se positivada e abarca as condições da ação (do CPC/1973), os pressupostos processuais e as nulidades processuais, que guardem relação com os interesses próprios da jurisdição e com o devido processo legal.[109] A identificação das matérias imunes à disposição das partes, portanto, exige analisar a vinculação das normas positivas à realização da atividade jurisdicional.

Em extenso trabalho sobre o tema, Gisele Santos Fernandes Goés professa que a ordem pública processual envolve o Poder Público e, com isso, orienta-se pela realização do interesse público mais adequado ao caso concreto e que, por conseguinte, esse interesse público pode ser o individual ou o coletivo. Até mesmo o interesse privado, portanto, pode ser de interesse público.[110] Entende, ainda, que toda norma de ordem pública processual é imperativa, o que não lhe retira, em alguns casos, a possibilidade de renúncia. Logo, a imperatividade em abstrato nem sempre impedirá a renunciabilidade no plano da aplicação da norma.[111]

---

106 Idem, p. 73, 76-77 e 82.

107 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 65.

108 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual cit., p. 65.

109 Idem, p. 67 e 91.

110 GOÉS, Gisele. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 76.

111 Idem, p. 65-68.

A ordem pública, para a autora, pode ser: (i) absoluta, não podendo ser renunciada, como no caso de direitos extrapatrimoniais (direitos da personalidade etc.); (ii) relativa, que se pode renunciar, como se dá com direitos adquiridos (a herança etc.).[112]

A ordem pública processual, para Julio Guilherme Müller, cumpre o papel de impor limites ao próprio poder jurisdicional e é composta por normas (regras e princípios) atinentes "ao juiz (independência, imparcialidade e competência absoluta), às partes (legitimidade) e à Constituição (núcleo duro dos direitos fundamentais processuais – acesso à justiça, igualdade de oportunidades, contraditório e ampla defesa, publicidade etc.)".[113] Não haveria, para o estudioso, óbice a que a lei, como de fato o fez, positivasse uma cláusula geral de atipicidade em matéria de negócios jurídicos processuais, de forma a estimular a participação das partes, a adaptação do procedimento e a reavaliação da imperatividade das normas processuais.[114]

A noção de ordem pública processual, como conjunto de normas garantidoras da regularidade do processo, revela-se insuficiente para Flávio Luiz Yarshell. O autor admite a superação de irregularidades por ajuste entre as partes, por exemplo, para a simplificação da forma de comprovar a representação processual.[115] Não concorda, portanto, em equiparar "os conceitos de requisitos para julgamento do mérito (condições da ação e pressupostos processuais) a regras de ordem pública ou cogentes".[116]

Das lições ora analisadas pode-se extrair que a ordem pública processual ainda é um conceito controverso, particularmente por cumprir a função de resguardar os fundamentos do Estado Democrático de Direito e que, na área processual, pode ser reconduzido à cláusula do devido processo legal.[117] Conquanto o termo "ordem pública" tenha ampla utilização em sede processual, entende-se que seus elementos, que impõem limites à autonomia privada, caracterizam também o processo justo, objeto do Capítulo 4.

---

112 GOÉS, Gisele. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial* cit., p. 65-68.

113 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 92.

114 Idem, ibidem.

115 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? cit., p. 83-84.

116 Idem, p. 84.

117 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais* cit., p. 309.

2.3 A possibilidade do objeto

A análise da possibilidade do objeto, que também envolve a do objeto da prestação e a do objeto do negócio jurídico, é feita à luz da possibilidade física ou jurídica. Será possível fisicamente o objeto que o ser humano possa realizar com suas forças, sem impedimentos da lei natural. A impossibilidade física, a propósito, só imporá a nulidade da avença, se for absoluta no momento da conclusão do negócio e, no que tange aos contratos de prestação futura, por ocasião da prestação. A impossibilidade relativa, aquela vencível por alguns ou temporária, não afeta a validade,[118] a não ser, no primeiro caso, quando o contrato é *intuitu personae.*

Por seu turno, a impossibilidade jurídica ou advém de determinação legal ou convencional e deve ser verificada no momento de celebração da avença. Não importa, para fins de aferição da impossibilidade jurídica, que o objeto seja fisicamente possível. Assim, são juridicamente impossíveis negócios relativos a coisas fora do comércio (como o ar atmosférico), mas não os que se refiram a coisas futuras de existência possível. Nesse último caso, se a coisa não vem a existir, a solução legal impõe que se observe se houve a intenção de firmar contrato aleatório[119] ou se foi aposto termo inicial ou condição suspensiva, quando se reconhece o inadimplemento contratual.

Não é livre, todavia, a criação de impossibilidade jurídica negocial, dependendo sua aposição ao negócio sempre de autorização legal. Se a restrição criada pelos negociantes não for admitida pela lei, haverá, em verdade, ilicitude. Se a restrição não for proibida nem prevista em lei, seu inadimplemento será tão somente indenizável, não havendo a dita impossibilidade.[120]

Fala-se, ainda, em impossível jurídico primário, aquele caso em que a própria lei obsta o negócio (ex.: venda de bem inalienável), e impossível jurídico secundário, em que há situação jurídica impeditiva do negócio (ex.: compra de bem de que já se é proprietário).[121]

Nem sempre é fácil diferenciar a impossibilidade jurídica do objeto e o negócio jurídico proibido por lei. Pontes de Miranda, por exemplo, afirmava que, se a avença possuía por objeto um jogo considerado ilícito (como o jogo do bicho), tinha-se um objeto

---

118 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade cit., p. 150-151.
119 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade cit., p. 151-152.
120 Idem, p. 154.
121 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* cit., p. 260.

impossível. Já o negócio sobre herança de pessoa viva, para o autor, seria caso de negócio ilícito.[122]

Registre-se que a impossibilidade pode ser da prestação, quando diga respeito a ela mesma. É o caso da prestação da coisa infungível que pereceu. Não é o caso, todavia, da promessa de vender bem de propriedade de terceiro, pois a prestação é possível e o inadimplemento conduzirá à reparação em dinheiro.

Para Pontes de Miranda era impossível também a prestação excessivamente incômoda, como a de entregar anel que, após a venda e antes da tradição, cai dentro de lago.[123] De modo geral, a prestação difícil ou muito onerosa não é admitida como causa de nulidade da avença. Nessa esteira, o art. 421, parágrafo único, do CC (na redação dada pela Lei 13.874/2019) dispõe ser excepcional a intervenção estatal no sentido de revisar os contratos sem o consenso das partes, devendo prevalecer o princípio da autonomia privada e a alocação de riscos feita pelos próprios convenentes. À luz da legislação consumerista (CDC, art. 51, IV e § 1.º, III), entretanto, a excessiva onerosidade para o consumidor impõe a nulidade da cláusula respectiva.

No tema, Caroline Dal Poz Ezequiel defende que à convenção processual basta a possibilidade física, confundindo-se a jurídica com a própria licitude. A autora cita, exemplificando a impossibilidade física, a convenção que determine que o trâmite processual não será afetado pelo recesso forense, uma vez que, nesse período, o número de serventuários disponíveis é significativamente menor, o que obsta a concretização da avença no mundo dos fatos. Outrossim, tem por impossível o negócio pelo qual se imponha ao perito que entregue seu laudo técnico em algumas horas, a despeito de o caso versar sobre questão complexa a ser aferida no exame em questão.[124]

A impossibilidade, como se anotou, pode ser absoluta ou relativa (objetiva ou subjetiva), conforme seja insuperável para alguns sujeitos ou para todos. Pode ser também temporária ou definitiva, devendo-se considerar temporária a impossibilidade, se é previsível que cesse.

Na doutrina portuguesa, António Menezes Cordeiro aponta, ainda, a impossibilidade efetiva e a econômica, e, neste último caso, ela se revela injusta economicamente com o devedor. Essa derradeira espécie, a propósito, só pode ser avaliada

---

122 Idem, p. 255.
123 Idem, p. 256-257.
124 EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. *Negócio jurídico processual* cit., p. 168.

pelas próprias partes contratantes, de modo que, se foi realmente querido o objeto, não se podendo verificar vício na sua eleição, deve ser considerado válido. Trata-se de entendimento condizente com a nova redação do art. 421-A do CC, que privilegia a manifestação das partes no tocante à alocação dos riscos e estipulação de direitos e deveres.

O português admite também a impossibilidade moral, extraída, por eles, da violação à boa-fé, o que no Direito brasileiro implicaria ilicitude por inobservância do princípio da boa-fé objetiva. Defende, ademais, que a impossibilidade deve ser sempre aferida tendo-se em consideração a normalidade social, e não apenas um critério matemático.[125]

A impossibilidade pode ser também originária ou superveniente. No Direito brasileiro, importa aferir sempre se o óbice é originário, ou seja, já existente no momento da celebração do ajuste. No caso de impossibilidade física, é imperioso observar também o momento da realização da condição suspensiva ou termo inicial, pois até esse marco também pode ter sido superado o óbice.

Ademais, não há nulidade na promessa de prestação fisicamente impossível, se se assume a possibilidade futura da prestação, caso este em que o inadimplemento conduzirá à indenização.[126] É conclusão que também se aplica ao impossível jurídico secundário: é possível, por exemplo, prometer a compra de bem de que já se é proprietário, supondo-se que o bem já não estará em poder do promitente, quando se verificar a condição ou termo.[127]

Eventual impossibilidade superveniente, física ou jurídica, torna resolúvel a avença, cabendo direito de indenização em face do convenente que eventualmente deu causa ao obstáculo.[128] É o caso do falecimento do perito eleito consensualmente pelas partes.[129]

Passemos à análise da possibilidade fática no que tange aos negócios processuais.

---

125 MENEZES DE CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português I* cit., p. 686-688.
126 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* cit., p. 258-259.
127 Idem, p. 260.
128 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade cit., p. 155.
129 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 266.

2.3.1 A administração da justiça

Uma preocupação compreensível da doutrina,[130-131] que avalia as vantagens dos negócios jurídicos processuais e seus limites, volta-se à convivência deles com o regular funcionamento da máquina estatal, do Poder Judiciário. Assim, por integrar a Administração Pública, o exercício da função jurisdicional sofre tanto limitações de ordem material quanto a necessidade de observar uma série de deveres, dentre os quais se destacam os de eficiência e impessoalidade (CRFB/1988, art. 37, *caput*).

Nesse sentido, Erik Navarro Wolkart chega a defender que a análise de nulidade da convenção processual se dá a partir da sobreposição dos sistemas de direito privado (particularmente do art. 166 do CC), de direito processual (que, entre outras normas, impõe a análise da verificação de prejuízo) e de direito administrativo, que importaria na restrição da autonomia da vontade no que afetasse a eficiência e a impessoalidade exigidas no desempenho da função pública.[132]

De fato, não se admite que, a partir de um pacto processual, a eficiência da atividade estatal prestada à coletividade seja efetivamente prejudicada ou que implique, pura e simplesmente, tratamento especial às partes, em violação à impessoalidade, sem correspondência com a prestação da tutela jurisdicional adequada. Também não é o caso de

---

130 Entre outros: WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate?. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 40, v. 250, maio 2016, p. 50-51; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 145.

131 Tratando das objeções, por vezes, opostas aos negócios jurídicos processuais, Christoph A. Kern pontua o seguinte: "Standardized procedural rules enhance the efficiency of the judiciary and thereby *save* costs not only to the parties, but also to the taxpayer" (Cf. KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany cit., p. 192). Como observa Michel L. Moffitt, por outro lado: "Furthermore, even if there were some initial expense involved in specifying the meaning of certain customized agreements, I would expect that the cost of doing so would decrease over time. With arbitration, a relatively small set of standardized deviations has become popular and is routinely incorporated by reference. If the same dynamic arises with customized litigation (as I expect it would), then the cost of each additional dispute would decrease over time. In short, it may be that an initial investment would be required, but would be justified by the captured efficiencies" (MOFFITT, Michael L. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. *George Washington Law Review*, v. 75, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=888221. Acesso em: dez. 2019). Também Marcos André Franco Montoro afirma que: "[...] não é correto dizer que num sistema mais flexível o magistrado vai ter trabalho demais, ou que vai perder muito tempo, adaptando os procedimentos. Isso é fantasia. Veja-se que a flexibilidade procedimental, nos litígios submetidos ao Poder Judiciário estatal, não significa que em todo e qualquer processo serão (total ou parcialmente) modificadas as regras procedimentais previstas em lei" (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 34).

132 WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? cit., p. 50-51.

autorizar que as partes prolonguem indefinidamente, afetando os demais jurisdicionados, a marcha do processo individual que integram.

Não se ignora, portanto, a necessidade de observar os princípios reitores da Administração Pública (CRFB/1988, art. 37), que, em verdade, estão concretizados na legislação processual como um todo (Código de Processo Civil, Loman, leis de organização judiciária, leis federais extravagantes etc.), que se presume conforme a Constituição Federal, por efetivar esses e outros valores. Portanto, na medida do possível, recomenda-se evitar o apelo a noções tão abstratas, quando o conteúdo desses princípios já se encontra delineado, com maior precisão, também nas normas infraconstitucionais.

De fato, não se pode admitir a decretação de nulidade de convenção processual por meio do recurso a expressões genéricas como "a boa administração da justiça", a celeridade processual, a eficiência etc. É certo, por outro lado, que, devidamente amparadas por aspectos fáticos presentes no caso concreto e na avença e por aspectos jurídicos pertinentes, tais linhas de raciocínio podem ser usadas para concretamente demonstrar o abuso no exercício da liberdade contratual.

Como, então, a preservação da "boa administração da justiça" pode servir de limite às convenções processuais? A necessidade de assegurar a adequada prestação do serviço jurisdicional pode limitar o autorregramento da vontade, quando constatada a impossibilidade material do objeto do negócio, no momento de sua execução.[133] A admissão de negócios atípicos não autoriza as partes a criar "um serviço público", a se apropriar do aparato do Poder Judiciário para a satisfação de seus próprios interesses.[134]

---

[133] Carlos Alberto Carmona trata da impossibilidade também no cenário da arbitragem. O autor refere-se às dificuldades de implementação de "cláusulas compromissórias que determinam a aplicação de regras de uma instituição arbitral por outra entidade, cuja estrutura não comporta (ou efetivamente impede) a plena operacionalidade das regras escolhidas. Estou me referindo a uma situação que tem ocorrido com certa frequência, em que as partes determinam, na cláusula compromissória, que a arbitragem será administrada por uma certa entidade brasileira, aplicando, porém, as regras da CCI. O exemplo não é casual: em São Paulo já tive oportunidade de ver algumas cláusulas com esta anomalia. A consequência de tal escolha costuma ser deletéria, pois o órgão arbitral brasileiro pode não admitir a utilização de procedimentos forasteiros; pode ainda ocorrer (hipótese mais usual) que o órgão administrador brasileiro, ainda que flexível quanto a regras procedimentais, não tenha estrutura compatível com as regras escolhidas (no caso da CCI, o escrutínio, constante do regulamento de tal entidade, pode ser impossível pela inexistência de órgão capaz de fazer a revisão formal da sentença arbitral" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96 cit., p. 113-114).

[134] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 260.

A possibilidade física, ademais, tem a ver com a viabilidade do objeto em razão da necessidade de meios e recursos para efetivar a vontade negocial e que serão proporcionados ou pelo Estado-Juiz ou pelos próprios convenentes. Esses meios e recursos, a propósito, serão materiais (do qual destacamos o conteúdo financeiro, os custos da medida) ou humanos.[135]

Tratando do tema, à luz do ordenamento norte-americano, Michael L. Moffitt constata que as custas processuais não são suficientes para a manutenção do sistema judiciário, mas que mesmo assim os fins sociais cumpridos pelas Cortes justificam sua manutenção, mesmo para o trato de litígios privados.[136] São comuns, inclusive, as decisões das partes que promovem ineficiências e gastos, como a recusa ao acordo, a solicitação de dilação de prazo, interposição de recursos etc. Assim, não é qualquer incremento de despesas que se busca vedar, mas apenas aquelas despesas acima do que já é contemplado pelo sistema processual. O problema, portanto, não é que os negócios aumentem as despesas do Judiciário, mas que promovam uma significativa elevação dessas despesas.[137] O americano sugere, ainda, que mesmo uma majoração de gastos advinda do uso de convenções processuais pode se compensar largamente pelos benefícios daí advindos e, por isso, entende que poderia até mesmo ser criado um mecanismo que permitisse aos interessados arcar com esse procedimento *premium*.[138]

Serão inadmissíveis, nessa linha de intelecção, os pactos que: (i) transfiram ao Poder Judiciário custos extraordinários para implementação das normas convencionadas, presumindo-se excepcionais, a princípio, os custos para a prática de atos processuais não previstos na lei (ex.: publicação de edital, para citação no estrangeiro); (ii) exijam do Poder Judiciário recursos materiais extraordinários para sua implementação, assim entendidos os recursos materiais que, a princípio, não correspondam aos pressupostos para a observância do procedimento legal (ex.: a realização de audiência de conciliação

---

135 Por onerarem o aparato judicial, Antonio do Passo Cabral tem por inadmissíveis, exemplificativamente, as seguintes convenções: "Outros exemplos seriam as convenções pelas quais as partes alteram o local dos atos processuais para fora da sede do juízo, o que forçaria juízes e servidores a deslocarem-se, com evidentes custos de transporte; convenção que impusesse audiência por videoconferência utilizando tecnologia de última geração não disseminada nas serventias judiciárias; ou ainda acordos que determinassem horários de audiência antes ou depois do período de funcionamento ordinário do fórum, impondo custos de segurança, limpeza, energia elétrica e outros" (CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 255, p. 329, maio 2016).

136 MOFFITT, Michael L. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable cit.

137 MOFFITT, Michael L. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable cit.

138 Idem, ibidem.

ou mediação em locais específicos, como parques etc.); (iii) requeiram do Poder Judiciário recursos humanos de que não disponha o órgão e cuja eleição não seja franqueada, por lei, às partes (como ocorre com conciliadores, mediadores, leiloeiros, peritos etc.);[139-140] (iv) impliquem alteração no modo de funcionamento da máquina estatal em prejuízo dos demais jurisdicionados (ex.: por implicar alteração de horário de funcionamento da repartição, da jornada do pessoal de apoio, do atendimento em regime de plantão, impor que os atos de comunicação sejam feitos sempre por oficiais de justiça etc.); (v) não possam ser replicáveis a todos os jurisdicionados interessados, preservando-se o princípio da isonomia e da impessoalidade; (vi) demandem das próprias partes recursos não disponíveis na localidade e que se revele inviável/impraticável (ex.: exigência de publicação em jornal de grande circulação inexistente na localidade).

Ocorre que o negócio jurídico processual pode gerar *algum* custo, *alguma* exigência de recursos materiais ou humanos ou *alguma* alteração no funcionamento da máquina pública ou pode ser de *difícil* replicabilidade ou demandar recursos das partes não disponíveis na localidade em que tramita o feito. Por tais razões, importa revisitar as hipóteses de impossibilidade fática apontadas.

---

139 Tratando da possibilidade de escolha consensual do depositário-administrador e do avaliador, Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral consignam o seguinte: "É possível que o depositário-administrador seja escolhido de comum acordo entre as partes (art. 190, CPC). O trecho final do § 2.º do art. 840 do CPC, que permite que o executado seja o depositário, desde que o exequente consinta, combinado com o art. 190 do CPC, demonstram claramente a possibilidade de haver negócio jurídico processual de escolha do depositário, que pode ser, inclusive, um terceiro (pessoa natural ou jurídica). Assim, por exemplo, podem as partes convencionar que valores de aplicação financeira penhorados possam permanecer depositados em determinado fundo de investimento gerido por um banco privado, em vez de serem transferidos para uma conta judicial num dos bancos previstos no inciso I do art. 840 do CPC. No caso da avaliação, a questão é ainda mais simples, pois existe um extenso campo de convencionalidade a esse respeito. De fato, a avaliação mais correta tecnicamente é tanto do interesse do exequente como do executado, a fim de que se consiga vender o bem pelo maior valor possível na alienação judicial. [...] Por essas razões, as partes podem convencionar escolhendo a pessoa do avaliador, atribuindo a tarefa a empresas privadas ou profissionais de sua confiança, independentemente de habilitação no juízo. Ademais, a avaliação é uma perícia; assim, não há qualquer problema na aplicação do art. 471 do CPC. Rigorosamente, o caso é de negócio processual típico – de todo modo, no mínimo seria possível esse negócio com base no art. 190 do CPC. As partes podem também acordar sobre o valor da remuneração do avaliador, bem assim o rateio dessa despesa. Podem também limitar a própria atividade do avaliador, convencionando a adoção de parâmetros não legalmente previstos para a avaliação, como a utilização de tabelas de órgãos públicos ou privados, índices de correção etc." (DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. Disponível em: https://www.academia.edu/35787589/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_AT%C3%8DPICOS_E_EXECU%C3%87%C3%83O. Acesso em: dez. 2019).

140 Idem, ibidem.

As limitações do Poder Judiciário de ordem material (pelo aumento de custos ou exigência de outros recursos materiais) servem de obstáculos à validade dos negócios, quando as partes pretendam transferir semelhante ônus ao Estado. Logo, as despesas estatais são disciplinadas pelas normas orçamentárias, as quais têm por pressuposto o desempenho das atividades legalmente imputadas aos órgãos públicos.[141-142] Nesse ponto, o ônus argumentativo de demonstrar que eventual norma procedimental não impõe ampliação de custos, ou que não exige recursos materiais outros que não aqueles que, em ambos os casos, já são pressupostos pela legislação processual, é das partes que não objetivem arcar com a implementação do ajustado por elas mesmas.

Note-se que, por vezes, a exigência de recursos materiais ou humanos ou o aumento dos custos pode não decorrer da literalidade do ajuste, mas das consequências advindas de sua efetivação. Se ocorrer o contrário, ou seja, se as partes desincumbirem o Poder Público de atividades que lhe tocariam (como se dá na produção extrajudicial de provas etc.), não se oporá, evidentemente, a impossibilidade prática.

E se o procedimento convencional envolver a repetição "excessiva" de atos processuais (ex.: a previsão de dez sessões para tentativa de conciliação etc.)? Nada obsta o reconhecimento do abuso de direitos processuais, materializado, nesse caso, no negócio celebrado. Ocorre que caberá ao juiz, fundamentando nos moldes do art. 489 do CPC, demonstrar que a norma convencional prejudica a prestação do serviço jurisdicional, pois não poderia ser cumprida também em proveito de outros possíveis interessados e que, longe de estar em uma possível zona de penumbra, atenta contra a razoabilidade e a proporcionalidade (CPC, art. 489, § 2.º).

---

141 Conforme Paulo Mendes de Oliveira: "Um terceiro parâmetro objetivo que deve ser considerado na elaboração de convenções processuais é a impossibilidade de se atribuírem ônus excessivos ao Poder Judiciário, por exemplo, criando competências não previstas em lei, postulando o dispêndio de recursos materiais ou humanos que extrapolem limites razoáveis do serviço público oferecido pelo Estado aos cidadãos. Não se pode perder de vista que a função jurisdicional é um serviço público organizado pelo Estado e custeado pela sociedade, de maneira que não se pode admitir que os particulares exijam que tal serviço seja prestado de maneira mais onerosa do que aquela para a qual ele foi projetado. Evidentemente que não se pode medir com uma régua qualquer custo material ou humano que venha a ser acrescido ao processo judicial em razão de convenções processuais (muito dos quais solucionados com o pagamento de custas), mas se deve ter o cuidado para que tais ônus a serem suportados pelo Estado não sejam irrazoáveis" (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização processual cit., p. 259-260).

142 Trícia Navarro Xavier Cabral também consigna o seguinte: "Portanto, qualquer ato de disposição processual que eleve os custos do processo, onerando o Judiciário, é passível de controle e invalidação pelo juiz" (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual* cit., p. 146).

Quanto aos recursos humanos, há de se entender que o ordenamento jurídico brasileiro impõe, para desempenho das funções típicas de Estado, a observância da regra do concurso público e do regime jurídico administrativo (CRFB/1988, art. 37, II). Fora das hipóteses legais que autorizam a eleição de alguns auxiliares do juízo (peritos, conciliadores etc.) pelas partes ou mesmo do árbitro, no procedimento arbitral, não se coaduna com os princípios da moralidade, impessoalidade e da continuidade da prestação do serviço público o emprego de terceiros (estranhos aos quadros do órgão em questão) para o desempenho de funções atribuídas por lei aos detentores de cargos e funções públicas. Nessa linha de entendimento, tem-se que, mesmo fora do âmbito do princípio do juiz natural (a ser analisado adiante), não se revela lícita também a escolha, dentro dos quadros do órgão, dos servidores ou assistentes que vão participar do trâmite do processo.

Os princípios da isonomia e da impessoalidade, além disso, impõem a nulidade do negócio jurídico que implique alterações no funcionamento da repartição em prejuízo dos demais feitos ou que não possa ser replicável aos demais interessados. Não se trata, no primeiro caso, de *qualquer* alteração, evidentemente, pois alguma alteração já decorreria naturalmente da existência de uma convenção processual. Trata-se de pacto que viola as normas administrativas infralegais que organizam o funcionamento do órgão, bem como que imponham sobrecarga de trabalho que exceda manifestamente às possibilidades fáticas da repartição.

Nesse sentido, temos que a convenção processual para ampliação do tempo de sustentação oral[143-144] é inadmissível por impossibilidade fática, uma vez que afetaria o interesse dos demais jurisdicionados, no julgamento de seus recursos ou na realização da sustentação oral, e também a própria organização da Justiça. A alteração pode sempre

---

143 Mencionando a nulidade, por malferimento do princípio da eficiência (CRFB/1988, art. 37), da convenção que pretenda "dirlargar para duas horas o tempo de sustentação oral na sessão de julgamento da apelação": WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? cit., p. 52.

144 Luiz Antonio Ferrari Neto acrescenta "[...] o fato de a dilatação [do prazo de sustentação oral] trazer problemas para os demais jurisdicionados. À guisa de exemplo, a ampliação de prazo de sustentação oral para trinta minutos, por exemplo, impedirá que outro caso seja julgado na mesma sessão, gerando atraso nas já abarrotadas pautas dos Tribunais" (FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização. 2016. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 137).

ocorrer, mesmo que a pedido das partes, nos moldes do art. 139, VI, do CPC, para atender, em casos excepcionais, ao interesse na prestação do serviço jurisdicional.[145]

Eventual impossibilidade física e estrutural do Judiciário ao atendimento de negócio para ampliação do número de testemunhas (por fato, inclusive) ou para ampliação do tempo de inquirição, por sua vez, poderá ser resolvida, sem prejuízo da pauta de audiências, pela desjudicialização da prova oral.[146]

Quanto à nulidade decorrente da impossibilidade de atender, em igualdade de condições, a negócios jurídicos processuais celebrados em diversos feitos, não se exige um exercício de futurologia do órgão judicial. Não se deve de antemão avaliar a convenção projetando uma impossibilidade que adviria da circunstância de todos os processos de complexidade semelhante estarem a ela submetidos. A preocupação, nesse ponto, é com cenários nos quais a convenção implique retrabalho ou seja excessivamente complexa, fomentando nulidades.

Basta pensar no que ocorreria se, em uma localidade, uma empresa submetesse seus vários clientes a contratos de adesão que autorizem o afastamento da coisa julgada (para autores que o admitem) e o consequente rejulgamento da causa em primeiro grau de jurisdição no exclusivo interesse dos aderentes. O caso, que pode parecer excêntrico, conta com o complicador "quantidade", mas poderia advir da própria complexidade do procedimento convencional em alguns poucos casos ajuizados simultaneamente, somado às dificuldades de prestação do serviço jurisdicional aos demais tutelados.

Um último caso de impossibilidade fática, que já se antevê, diz respeito à implementação do procedimento convencionado que envolva recursos materiais ou mesmo o emprego de técnicas não disponíveis na localidade e impraticáveis. Embora as partes não transfiram ao Poder Judiciário a medida, sua inviabilidade fática não pode obstar a marcha do processo. De qualquer modo, deve ser observado o contraditório, para que a parte interessada possa se desvencilhar do ônus de demonstrar a viabilidade do procedimento a ser adotado.

---

[145] Pela inadmissibilidade também de convenção que disponha a respeito de sustentação oral em casos diversos daqueles previstos em lei: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários a enunciados – Capítulo I. *In*: PEIXOTO, Ravi (org.). *Enunciados FPPC comentados*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1, p. 217.

[146] RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil*. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 133.

Interessante notar, ainda, que as normas convencionais que simplificarem o procedimento, por meio da mera exclusão de fases ou atos, e as que excluírem o exercício de situações jurídicas titularizadas pelas partes não geram sobrecarga ao funcionamento do juízo. Outrossim, a criação ou modificação de situações jurídicas afetam, imediatamente, a esfera jurídica das próprias partes e, quando muito, influem no conteúdo da decisão judicial a ser prolatada.

As controvérsias, portanto, devem se concentrar nas convenções que acarretem modificação ou alteração do procedimento, não se revelando suficiente a alegação, para invalidação do pacto, de que a norma negociada torna a marcha processual mais complexa ou menos célere. Defende-se que a redação do art. 190, *caput*, do CPC não autoriza um controle de adequação do pacto a ser perpetrado pelo juiz, a fim de averiguar se a convenção logrou êxito em "estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa". Impõe-se uma postura de deferência em face da solução negociada eleita pelas partes, como teremos oportunidade de avaliar no item 3.4.1.

Um último aspecto é apresentado por Trícia Navarro Xavier Cabral, que aduz que as cláusulas convencionadas não podem ser excessivamente onerosas ao patrimônio do convenente.[147] Também Rafael Calheiros Bertão tem que os negócios que "se traduzirem em custos desarrazoados, quer para os sujeitos processuais, quer para a coletividade",[148] não devem ser admitidos. Igualmente, Luis Antonio Ferrari Neto aduz que a excessiva onerosidade na produção da prova deve ser aferida pelo magistrado, pois revela a própria negação do contraditório e da ampla defesa.[149]

É imperioso observar que são admitidas as convenções sobre os custos do processo (custas, despesas processuais e honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais), abarcando também emolumentos, multas processuais coercitivas[150] e administrativas/tributárias, despesas extrajudiciais (despesas com consultoria, gastos com negociação colaborativa, conciliação e mediação, atos preparatórios do litígio, contratação de árbitros, de pareceristas e outros profissionais, juros, correção monetária) e quaisquer outros gastos efetuados pelas partes "em razão do processo ou como consequência

---

147 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual* cit., p. 141.

148 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 185.

149 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 158.

150 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, v. 276, fev. 2018, p. 79.

dele".[151-152] Nessa toada, Antonio do Passo Cabral reconhece que as partes podem pretender se valer de tal negócio para aumentar a previsibilidade quanto aos custos que cada uma vai suportar com o litígio.[153-154]

O autor, entretanto, aponta que não se deve admitir que, por meio da transferência de custos entre os litigantes, uma das partes seja praticamente impedida de acorrer ao Judiciário ou mesmo de exercer a ampla defesa.[155-156] Em termos de convenções probatórias, exemplificando, tem que o custo incompatível é aquele que não é proporcional ao valor do próprio objeto do litígio.[157] Pondera, por outro lado e com razão, que nem mesmo a lei distribui os custos do processo tendo em vista a isonomia entre as partes, pelo que é de se admitirem convenções que distribuam de forma desigual tais despesas[158] (CC, art. 421-A). As preocupações do doutrinador, afinal, parecem se concentrar na análise da vulnerabilidade (do impacto da convenção na parte vulnerável) e no resultado da transferência de custos.[159]

Pois bem. Guardadas as devidas proporções, importa observar como a questão costuma ser resolvida na arbitragem. Dessarte, ainda que a convenção arbitral preveja os custos (seja repartindo de maneira igualitária entre os polos em disputa, seja de forma proporcional ao valor econômico do pleito de cada parte), se uma das partes não promover o pagamento, a outra será convidada a custear a arbitragem, financiando a parte

---

151 Idem, p. 62-63 e 72-73.

152 Como adverte Antonio do Passo Cabral: "No que tange às *custas*, como possuem natureza de taxa, sua repartição negocial, para que vincule a Fazenda Pública, depende de sua expressa anuência" (Idem, p. 76).

153 Idem, p. 71.

154 Segundo Antonio do Passo Cabral: "Os acordos processuais, nesse sentido, viabilizam para os convenentes uma análise e cálculo de custo-benefício da litigância por anteciparem informação precisa sobre gastos e, assim, imprimem maior previsibilidade ao processo, reduzindo o estado de incerteza que este gera, e diminuem os custos de transação"(Idem, p. 71-72).

155 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 337-339.

156 João Paulo Bocalon recorda que os acordos sobre custos do processo podem ser celebrados entre sujeitos do mesmo polo processual. (BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 197).

157 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 337-339.

158 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites cit., p. 86.

159 Idem, ibidem.

inadimplente.[160] A parte que, desse modo, arcar com as despesas certamente o fará para atender ao seu interesse em preservar o convencionado. Caso, entretanto, não seja de seu interesse, o pedido pode ser considerado retirado.[161] Anote-se, ainda, que há a possibilidade de financiamento por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, normalmente com objetivo de lucro, mas até essa opção costuma depender de um valor mínimo do objeto litigioso e o financiador tem em vista, no cálculo dos riscos que assume, a celeridade própria à arbitragem.[162]

A forma mais comum de "salvar"[163] o procedimento convencionado, portanto, acaba sendo o pagamento das despesas pela parte interessada, inclusive, para evitar manobras da parte adversa, que pretende, por vezes, dificultar a implementação da avença. De todo modo, aquele que arca com despesa que não lhe competia, à luz do negócio, terá direito naturalmente ao ressarcimento no mesmo feito.[164] Nesse sentido, é importante a prova da *impecuniosidade*, que, a nosso ver, não deve seguir a lógica do art. 99, § 3.º, do CPC, mesmo quanto às pessoas físicas. Portanto, a avença, prévia ou incidental (CPC, art. 493), compõe o próprio objeto litigioso.[165]

Importante notar que a *impecuniosidade* merece um tratamento atento do juiz, sob pena de, afastando a norma convencionada, reduzir o direito à tutela adequada ao mero direito de ter a demanda julgada pelo Poder Judiciário,[166] o que não se deve admitir. O magistrado deve se atentar ao fato de que o negócio processual compõe, muitas vezes, os custos de transação do negócio material, tendo aquela convenção sido considerada na

---

160 GABARDO, Rodrigo Araújo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial*: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 37.

161 Idem, p. 38.

162 Idem, p. 39-43.

163 Como observa Rodrigo Araújo Gabardo: "A impecuniosidade, como uma circunstância inerente à pessoa, não caracteriza hipótese de invalidade da convenção de arbitragem, pois não a qualifica como incapaz. Por outro, contudo, poder-se-ia alegar que o desconhecimento da parte quanto a exigibilidade do pagamento de custas na arbitragem ou de seu montante configurariam hipótese de erro que macula-se a validade da convenção de arbitragem. [...] Como no presente caso a hipótese sob análise envolve relação entre comerciantes, profissionais aos quais a ignorância não pode ser presumida, o eventual desconhecimento da existência de custas e seu montante não pode ser considerado como erro, mas sim negligência ou imperícia na celebração da convenção de arbitragem" (Idem, p. 114-119).

164 Idem, p. 114-119.

165 GABARDO, Rodrigo Araújo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial*: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada cit., p. 114-119.

166 Idem, p. 123.

análise de viabilidade econômica do ajuste principal.[167] Daí a impossibilidade fática por falta de recursos do convenente afetar o equilíbrio econômico do contrato principal.[168]

Pontue-se, por fim, que a transferência de custo ao Estado ou a terceiros não deve ocorrer nos acordos sobre situações jurídicas processuais, por importarem comportamentos. De fato, a transferência de externalidades ao Judiciário ou terceiros tende a ser mais comum em acordos sobre o procedimento. Nesses últimos, as partes devem sempre buscar internalizar os custos, fornecendo também os recursos materiais, na linha do que explanamos.[169]

2.4 A determinabilidade do objeto

A exigência de determinabilidade do objeto é novidade do Código Civil de 2002. A princípio, cumpre anotar que a indeterminabilidade do objeto que impõe, no direito privado, sua nulidade é aquela absoluta, e não a relativa. Assim, tratando-se de objeto determinado ou determinável, não se verifica a invalidade.

Determinabilidade significa que o negócio deve ter um objeto passível de cognição pelas partes. Nesse sentido, António Menezes Cordeiro afirma que, desde a celebração do negócio, as partes devem, ao menos, prever um esquema que possibilite essa determinação.[170] É o que faz o art. 400 do Código Civil português:

> Artigo 400.º (Determinação da prestação)
> 1. A determinação da prestação pode ser confiada a uma ou outra das partes ou a terceiro; em qualquer dos casos deve ser feita segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados.

---

[167] Apontando a importância dos negócios processuais para a redução de custos, os americanos Kevin E. Davis e Helen Hershkoff consignam o seguinte: "But there are several reasons to believe that parties to a contract might benefit sufficiently from avoiding state-supplied procedural rules to offset the transaction costs entailed in creating a customized regime. [...] More generally, adopting clear procedural terms when the procedural law that would otherwise be applicable is unclear may allow parties to reduce their litigation costs. In addition, adopting a single set of procedural terms across all their agreements allows parties who are exposed to litigation in multiple jurisdictions to avoid the costs of learning multiple bodies of procedural law and the litigation costs already mentioned. Finally, the cost of customization will predictably decline over time as later users free-ride on existing private terms. For all of these reasons, efficiency arguments suggest that courts and contracting parties alike ought to embrace procedural terms" (DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 158-159).

[168] Idem, p. 124-125.

[169] CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 119.

[170] MENEZES DE CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português I* cit., p. 688.

> 2. Se a determinação não puder ser feita ou não tiver sido feita no tempo devido, sê-lo-á pelo tribunal, sem prejuízo do disposto acerca das obrigações genéricas e alternativas.

Conclui o autor português que, não havendo regra pela qual se possa determinar o objeto, ele será tido por indeterminável.[171] Também o argentino Alberto J. Bueres anota que a determinabilidade do objeto demanda a existência de mecanismos ou previsões legais para seu estabelecimento ao tempo do seu cumprimento.[172]

O Código Civil brasileiro não conta com norma genérica semelhante, contendo, por outro lado, normas específicas para a concentração na obrigação de dar coisa incerta (CC, art. 244), para a escolha da prestação na obrigação alternativa (CC, art. 252) etc.

A legislação processual, entretanto, vale-se de formas de determinar o objeto dos negócios jurídicos em geral. Seria possível escolher um dos seguintes caminhos: (i) ajuizar uma ação ordinária, ou mesmo monitória, para obter uma sentença que reconheça a obrigação de fazer infungível consistente em prestar declaração de vontade negocial e, não havendo o cumprimento voluntário da sentença, adotar as providências dos arts. 536 e 537 do CPC; (ii) ajuizar execução de título extrajudicial, nos moldes dos arts. 784, II ou III, e 821 do CPC.

A Lei 9.307/1996, tratando de um tipo específico de convenção processual, indica o mecanismo para preenchimento da cláusula compromissória "em branco", aquela, aposta em contrato, que assinala o conflito subjacente, mas deixa de apontar a forma da arbitragem, com (i) indicação das normas de direito material e processual a serem observadas, (ii) delegação ao árbitro de semelhante atribuição ou (iii) eleição de órgão ou entidade especializada.

Os arts. 6.º e 7.º do diploma legal determinam que, não havendo acordo prévio quanto à forma da arbitragem, o interessado deve notificar extrajudicialmente a parte adversa e, se esta permanecer inerte, ajuizar a ação para, não se alcançando sucesso na audiência de conciliação, obter sentença que valha como compromisso arbitral. A solução é recomendada não apenas para tratar a cláusula arbitral vazia, mas também aquela que aponta órgão arbitral inexistente ou mecanismo inválido de indicação dos árbitros.[173] Entretanto, pela natureza do negócio a que alude o art. 190 do CPC, o descumprimento da obrigação de celebrar convenção processual conduz apenas à

---

171 Idem, ibidem.

172 BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico* cit., p. 179.

173 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96 cit., p. 112.

reparação de ordem moral ou material. Assim, estar-se-ia diante de uma espécie de contrato preliminar, o qual, para ser válido, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato definitivo (como é o objeto), salvo a forma (CC, art. 462).

De todo modo, exige-se que a convenção processual proporcione, tal qual o modelo legal, segurança jurídica,[174] de forma que os sujeitos da relação jurídica processual saibam "antecipadamente como se desenrolará o procedimento, até seu objetivo final, isto é, a prestação jurisdicional requerida ao Estado-juiz".[175]

Para fins processuais, portanto, a determinabilidade expressa que o negócio jurídico processual deve: (i) se referir a uma relação jurídica específica e concreta (ou mesmo aludir a quais as questões daquela relação jurídica material se submetem à convenção processual); (ii) ser dotado de previsibilidade, de forma que os interessados, ainda que antes de ajuizado eventual processo judicial, possam aferir seus efeitos (mesmo que futuros) de forma clara; e (iii) apontar especificamente quais as situações jurídicas ou quais normas procedimentais são objeto do ajuste.[176] Nessa esteira, são nulas cláusulas genéricas ou de conteúdo impreciso, bem como avenças que não se refiram a um conflito ou relação jurídica devidamente delimitados.[177-178] A previsibilidade, a propósito, também demanda que se evite o recurso aos conceitos jurídicos indeterminados na formulação das convenções processuais.[179]

---

174 Interessante colocação feita por Luiz Rodrigues Wambier, no ponto: "Na doutrina, há ainda quem critique a possibilidade de adaptação do procedimento sob o argumento de que essa permissão ofenderia a segurança jurídica. Não há, todavia, relação direta entre a alteração do procedimento e a violação à segurança jurídica, até mesmo porque tal modificação depende da iniciativa das partes, cabendo ao juiz o dever de sempre fiscalizar as alterações propostas, controlando a validade e adequação dos acordos celebrados" (WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental, p. 248. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31696/22430. Acesso em: set. 2019).

175 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Impactos processuais do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 186.

176 EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. *Negócio jurídico processual* cit., p. 169.

177 Idem, ibidem.

178 Para Lorena Miranda Santos Barreiros: "Objeto da convenção processual deve ser preciso (deve versar sobre uma situação individualizada e concreta) e determinado (assim entendido o que tem suas características definidas desde o nascimento do negócio) ou determinável (impreciso, no momento da celebração do negócio, quanto à qualidade ou quantidade, elementos que serão precisados no momento da efetivação do acordo). Trata-se de requisitos de validade que concernem à previsibilidade da efetivação do acordo" (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 267). No mesmo sentido: REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia. 2019. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019, São Paulo, p. 157.

179 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 267.

Acresça-se que também a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) exige que o compromisso arbitral indique a matéria que será objeto da arbitragem (art. 10, III), porquanto o conflito a ser solucionado já existe, e que a cláusula compromissória tenha por objeto os litígios que possam surgir (no futuro, portanto) relativamente a contrato específico (art. 4.º). De fato, não se admite que as partes acordem que "toda disputa futura, de qualquer natureza, advinda de qualquer relação jurídica, será resolvida em sede de arbitragem", exigindo-se, entretanto, apenas "um grau mínimo de certeza", ou seja, basta a indicação de uma relação jurídica determinada (contratual ou extracontratual).[180] Tais normas devem ser aplicadas, por analogia, aos negócios jurídicos admitidos pelo art. 190 do CPC.

O Supremo Tribunal Federal, a propósito, quando analisou a constitucionalidade de artigos da Lei de Arbitragem na Questão de Ordem na Homologação de Sentença estrangeira 5.206, teve oportunidade de se manifestar favoravelmente à disciplina legal da cláusula compromissória. O Ministro Nelson Jobim, em seu voto-vista, demonstrou que a cláusula compromissória, a despeito de ser celebrada antes de ocorrido o litígio, é válida se se apresentar em uma das três modalidades seguintes: (i) universal, sujeitando-se à arbitragem todos os conflitos que possam surgir do contrato em questão; (ii) parcial, se submeter à arbitragem apenas os conflitos que digam respeito a uma ou algumas das cláusulas contratuais; e (iii) singular, se submeter à arbitragem um ou mais conflitos específicos que possam decorrer da relação contratual. O ministro atrelou, portanto, a validade da cláusula arbitral à delimitação clara das relações jurídicas sujeitas à arbitragem, para que a parte possa prever os possíveis efeitos de sua manifestação de vontade.

O julgamento em questão deixou clara a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os convenentes não podem renunciar a direitos em abstrato, mas apenas a seu exercício em situações determinadas. Não se pode renunciar ao direito de ação, mas ao direito de ação relativamente a uma determinada relação jurídica.

Como se vê, a determinabilidade do objeto vincula-se intimamente à previsibilidade, decorrência do princípio do devido processo legal, que deve informar as

---

[180] SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 95.

partes, quando da celebração da avença. A preocupação, particularmente no que tange aos negócios prévios, não é novidade, como consta da obra de José Carlos Barbosa Moreira:[181]

> Um setor da doutrina alemã preocupa-se com a conveniência de evitar que as partes se vejam convencionalmente privadas, por antecipação, de direitos e faculdades que a lei lhes confere, num momento em que ainda não lhes é possível saber de maneira exata a extensão, *in concreto*, das consequências desfavoráveis do ato – como aconteceria, por exemplo, na renúncia ao direito de recorrer consumada, mediante convenção, antes do pronunciamento judicial. Em casos tais, deveria preservar-se a "liberdade de decisão (*Entschlussfreiheit*)" da parte, até o instante em que os efeitos da disposição sejam claramente previsíveis. E isso em atenção não apenas ao interesse do próprio litigante, mas ao do Estado, cujo aparelho judicial tem por missão proporcionar tutela justa.

A exigência de que o objeto do negócio jurídico processual seja determinado, ou seja, que dele constem os elementos necessários a que a parte, se devidamente assessorada, tivesse condições de saber desde logo seus efeitos, resolve em grande medida a questão da previsibilidade, sob o prisma temporal.

A ponderação feita poderá ensejar também, à luz do ordenamento jurídico brasileiro (CC, arts. 478 a 480 e CDC, art. 6.º, V), a formulação de uma teoria da imprevisão para os negócios processuais. Isso, particularmente, em casos de lei superveniente que retire certas matérias do âmbito de disponibilidade das partes, inquinando apenas parte da convenção e, assim, rompendo a previsibilidade, com potencial para afetar a intenção original dos negociantes (CC, art. 184) e o equilíbrio outrora existente entre as concessões de cada parte. São circunstâncias a serem analisadas pelo magistrado, quando da anulação parcial do negócio jurídico. Também o ordenamento alemão admite a revisão ou anulação do negócio ante a alteração imprevisível das circunstâncias da época da contratação (ou mesmo se tais circunstâncias, fundamentais à celebração da avença, nunca existiram).[182]

No tema, Bruno Garcia Redondo entende que o *pacta sunt servanda* deve sempre conviver com a cláusula *rebus sic stantibus*, de forma que o pacto somente permanece obrigatório, se mantida a situação original de previsibilidade, e deverá ser readaptado para atender aos fatos supervenientes.[183] Aduz que é de aplicar tanto a teoria da

---

[181] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual cit., p. 91-92.

[182] KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany cit., p. 200.

[183] REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 158.

imprevisão adotada pelo Código Civil quanto a onerosidade excessiva a que alude o Código de Defesa do Consumidor (art. 6.º, V), lembrando que a primeira exige que a desproporção advenha de fatos supervenientes necessariamente imprevisíveis e a segunda exige apenas que se verifique de extrema vantagem a um dos convenentes em razão de fatos supervenientes.[184]

A distinção já demonstra que o CDC optou pela onerosidade excessiva em proveito dos consumidores (ante sua vulnerabilidade) e o Código Civil, com maior rigor, aderiu à teoria da imprevisão. Temos que, salvo constatada vulnerabilidade do agente, é de exigir que os fatos supervenientes sejam imprevisíveis (aplicando a teoria da imprevisão, portanto). Consigne-se que, para Bruno Garcia Redondo, quanto mais distante se estiver da data de celebração da avença, maior deverá ser a cautela na análise da *previsibilidade.*[185]

Para Rafael Sirangelo de Abreu, o juiz deve se atentar à distribuição desproporcional dos custos do processo por meio de negócios processuais, pois a situação econômica dos litigantes pode variar entre a celebração e a aplicação da avença e pode não ter sido possível prever com clareza os custos do processo.[186] O processualista observa, entretanto, que não se trata de tutelar uma "má escolha consciente" dos litigantes, mas, sim, de verificar se, no momento da celebração da avença, as partes podiam efetivamente calcular os riscos assumidos.[187] Assim, o fato de o ajuste resultar em desequilíbrio futuro entre os convenentes não invalida a convenção, se a situação se revelava previsível.[188]

De qualquer forma, caberá ao juiz analisar se a convenção processual apresentada, prévia ou não ao conflito, realmente se refere à relação jurídica de direito material deduzida em juízo. Deve o juiz, portanto, cotejar o objeto da demanda e aquele pressuposto para fins de celebração do negócio jurídico processual. Eventual dúvida a respeito da amplitude das relações jurídicas de direito material eleitas deve ser solucionada em proveito da parte que não estipulou a cláusula (CC, art. 113, § 1.º, IV).

Nos tópicos seguintes, apresentamos algumas considerações a respeito da determinabilidade do objeto da convenção processual, conforme o momento de celebração

---

184 Idem, p. 159.

185 Idem, p. 160.

186 ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 295-296.

187 ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais cit., p. 298.

188 Idem, ibidem.

da avença, que podem ser obtidas a partir da experiência colhida no âmbito do processo arbitral.[189] Antes, porém, é imperioso fazer alguns apontamentos.

A exigência de previsibilidade evidencia, realmente, a diferença de tratamento que deve ser dado às convenções conforme o momento de sua celebração. Sob o aspecto temporal de seus efeitos, podemos encontrar três situações: (i) a convenção celebrada antes do ajuizamento do processo judicial por ela disciplinado e que só terá eficácia após o ajuizamento desse processo, contemplando em suas disposições "meras projeções, diretrizes e expectativas aptas a criar, modificar, extinguir ou regular situações e procedimentos em um futuro, eventual e incerto, processo";[190] (ii) a convenção celebrada antes do ajuizamento do processo judicial por ela disciplinado e que, ao menos em parte, já surte efeitos, por implicar a prática de atos anteriores ao ajuizamento (ex.: eventual colheita antecipada de prova testemunhal extrajudicialmente etc.); (iii) a convenção celebrada na pendência de processo judicial sobre o qual pretende lançar seus efeitos.

Isso revela, portanto, que, enquanto a distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral tem em vista o momento em que surge o conflito, a diferença entre o negócio antecedente e o incidental, no mais das vezes, tem em vista a dedução, ou não, da demanda em juízo. Entendemos, entretanto, que convém tratar o tema tendo em vista o surgimento do conflito, por considerarmos que seu advento tem significativo impacto na determinabilidade do objeto da convenção. Passemos, então, à análise da experiência obtida na arbitragem, indicando as distinções que se façam necessárias para melhor aproveitamento dos avanços da jurisdição privada à jurisdição estatal.

2.4.1 Negócios anteriores ao surgimento do conflito

O negócio antecedente é aquele celebrado entre as partes para disciplinar a resolução judicial de um conflito hipotético, incerto, futuro e eventual. Pode constar de um

---

189 Demonstrando que são vários os momentos de regulação do procedimento arbitral, Marcos André Franco Montoro consigna o seguinte: "[...] as regras que regulam o procedimento arbitral podem ser criadas, dependendo de cada situação: (b1) na cláusula compromissória; e/ou (b2) no compromisso arbitra; e/ou (b3) em qualquer outro documento firmado pelas partes, como o adendo à convenção arbitral e o 'termo de arbitragem'; e/ou (b4) no regulamento arbitral; e/ou por decisão do árbitro, ou do órgão arbitral institucional, ou do juiz estatal. [...] Aliás, normalmente é isso mesmo que ocorre, ou seja, que as regras procedimentais de uma arbitragem específica sejam oriundas de mais de uma 'fonte objetiva', sem prejuízo da sua eventual consolidação em um único documento" (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 78-79).

190 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 31.

contrato de direito material, mas pode também ser formalizado em apartado com indicação da relação jurídica de direito material específica.

Embora ainda não se tenha um conflito específico, não se admite, como se viu, que o negócio seja genérico a ponto de as partes submeterem a seu regramento toda e qualquer controvérsia que venha a surgir entre elas. Exige-se a indicação de uma relação jurídica definida, ainda que extracontratual.[191] Os interessados, ademais, podem escolher entre submeter ao negócio antecedente todos os conflitos oriundos de tal relação jurídica ou apenas alguns deles.

Tratando das dificuldades da definição da relação jurídica substancial a que se refere a cláusula compromissória, Carlos Alberto Carmona observa que usualmente os contratos se valem de formulações genéricas, delegando à arbitragem, no caso, "a solução de litígios 'decorrentes' do contrato" em que inserida a cláusula, "todos os conflitos relacionados a um determinado contrato", "todas as consequências decorrentes do inadimplemento de determinada obrigação", "todas as consequências de determinado fato", "todas as questões que surgiram decorrentes de determinado contrato", "as desavenças decorrentes do contrato"[192] etc. O autor afirma que até mesmo no compromisso arbitral, que poderia dimensionar mais adequadamente o litígio submetido à arbitragem, costuma-se empregar tais soluções, que podem, entretanto, gerar dúvidas de interpretação.[193]

O autor defende, no cenário da arbitragem, que a interpretação de tais expressões genéricas, para determinar a extensão objetiva da convenção, seja feita no sentido de favorecer a solução arbitral[194] (princípio do *favor arbitralis*).[195] De fato, intui-se que aqueles que se valem da Lei 9.307/1996 provavelmente não pretendem "fatiar a contenda", resolvendo parcela das questões contratuais na jurisdição estatal e outra parte na privada.[196] É nessa linha de raciocínio que o estudioso assevera que "a convenção arbitral é atestado de que existe vontade clara de submeter os litígios *decorrentes,*

---

191 REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. *Cláusulas arbitrais patológicas e cuidados na redação de cláusulas compromissórias*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getulio Vargas (Escola de Direito de São Paulo), São Paulo, 2017, p. 15.

192 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96 cit., p. 84-5 e 202.

193 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96 cit., p. 84.

194 Idem, ibidem.

195 LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 4, n. 20, p. 270, nov. 2016.

196 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96 cit., p. 84.

envolventes, relacionados, pertinentes, derivados ou *resultantes* de certa relação jurídica à solução dos árbitros".[197] E vai além: entende que a exclusão de alguma questão é que deve ser feita expressamente na convenção.[198] Se não há tal exclusão, a arbitragem deve abranger toda a relação jurídica.[199]

O autor afirma, ao analisar a cláusula compromissória inserta em contrato social, que não se deve esperar que as partes redijam "cláusula longuíssima que relacione todo o tipo de desavença que a imaginação possa engendrar".[200-201] Portanto, no momento em que as partes firmam tal cláusula, em verdade, não existe ainda litígio, ou seja, tem-se um conflito indeterminado, mas determinável em juízo, quando de seu efetivo surgimento.[202] Assim, mesmo que a cláusula restrinja a arbitragem às "dúvidas surgidas na interpretação do contrato", por exemplo, aos árbitros caberão demandas declaratórias, mas também condenatórias ou constitutivas.[203]

Também no cenário dos negócios jurídicos, particularmente no negócio antecedente ao conflito, "não haverá necessidade de uma descrição exauriente e completa de todos os fatos" que serão regidos, em juízo, pelo negócio processual, nem "uma descrição completa do litígio que haverá de ser dirimido",[204] bastando uma indicação suficiente que assegure a determinabilidade da relação jurídica de direito material a ser levada a juízo. Trata-se de interpretação decorrente da própria evolução do tema na arbitragem, pois, embora o CPC/1973[205] originalmente exigisse a indicação da relação jurídica substancial com todas as suas especificações (inclusive seu valor), aumentando as possibilidades de nulidade do compromisso e a insegurança entre as partes, a Lei 9.307/1996, o Código Civil (arts. 851 a 853) e o próprio CPC vigente superaram esse rigor, reduzindo a exigência de detalhamento do conflito.[206] Prevaleceu, portanto, a admissão de

---

197 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96 cit., p. 84.
198 Idem, p. 85.
199 Idem, p. 86.
200 Idem, p. 85.
201 Assim, Carlos Alberto Carmona entende que a cláusula compromissória inserida em contrato social deve ser interpretada no sentido de "abranger os litígios entre os sócios, a exclusão de qualquer deles e a própria liquidação da sociedade" (Idem, ibidem).
202 Idem, p. 148.
203 Idem, p. 85.
204 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96 cit., p. 202-203.
205 CPC/1973 (redação original): "Art. 1.074 O compromisso conterá sob pena de nulidade: III – o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusivamente o seu valor".
206 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96 cit., p. 203-204.

redações genéricas e amplas, não se exigindo a descrição minuciosa da relação jurídica de direito material ou seu valor.[207]

A evolução legislativa assinala a aceitação de que a relação jurídica de direito material objeto de controvérsia seja apontada de forma vaga, genérica, desde que apresente elementos que a tornem determinada ou determinável. É, de todo modo, recomendável que as partes procurem redigir a convenção processual com o maior apuro possível, evitando delongas relativas à determinação da relação de direito material e aproveitando o ambiente de menor litigiosidade entre as partes, pois ainda não há um conflito, efetivamente, para firmar normas de processo e de procedimento. Interessante notar, inclusive, que, por vezes, a aceitação do negócio processual poderá decorrer, caso imprecisa a indicação da relação de direito material, do próprio comportamento das partes em juízo, manifestando tacitamente a compreensão de que a relação processual deve observar a convenção juntada.

Como vimos, a determinabilidade do objeto do negócio processual antecedente (ao conflito) exige que as partes, ainda que não possam apontar com maior detalhamento a relação jurídica de direito material, procurem indicar com clareza os contratos, negócios ou as características principais dos fatos jurídicos que serão deduzidos em juízo, excluindo expressamente questões que não pretendam submeter à disciplina processual convencionada, se for o caso. Devem, ainda, se precaver em face de dificuldades na interpretação do recorte feito, que, eventualmente, podem originar maiores custos e retrabalho.

A fórmula mais comum de redação das cláusulas compromissórias, como se viu, é a mais abrangente possível, permitindo submeter à arbitragem desde questões pertinentes à existência da relação jurídica, contratual ou extraocontratual, até aquelas atinentes ao seu cumprimento e extinção.[208] Nesse sentido, Thais Schiavoni Guarnieri Silva Reynol pontua que cláusulas excessivamente específicas, com a enumeração de possíveis matérias, em verdade, podem restringir demasiadamente a aplicabilidade da convenção e, assim, gerar certa insegurança, suscitando futuras discussões a respeito de sua abrangência.[209] A autora assinala, portanto, que o ideal é que as partes, primeiramente, firmem cláusulas abrangentes e, em um segundo momento, indiquem, se assim desejarem, determinados

---

[207] VIDAL, Gustavo Pane. *Convenção de arbitragem*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 73.

[208] REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. *Cláusulas arbitrais patológicas e cuidados na redação de cláusulas compromissórias* cit., p. 70-71.

[209] Idem, p. 14.

conflitos que entendem abarcados pela convenção ou conflitos que, excepcionalmente, pretendem excluir do âmbito de aplicação da convenção.[210]

O recomendável, portanto, é o uso de cláusulas de redação mais aberta, de modo que vários conflitos oriundos de uma mesma relação jurídica possam ser submetidos ao regramento da convenção processual. Não poderia ser diferente, porquanto ainda não se conhece a controvérsia, que, em verdade, pode nem se concretizar.

Importante notar também que o negócio prévio tem aptidão a "uma vida mais longa", regendo uma série de questões e conflitos que possam derivar de uma relação jurídica de direito material, ao passo que o negócio posterior tende a se esgotar na disciplina de um processo judicial específico. É a constatação de que o negócio antecedente se relaciona "com outra fonte produtora de efeitos jurídicos", sendo imperiosa sua autonomia em relação ao negócio substancial. Ademais, o negócio antecedente, salvo no que diz respeito a cláusulas de aplicabilidade imediata (no âmbito extrajudicial), tende a ser obrigação condicional e o negócio posterior, por seu turno, embora possa conter normas sujeitas à condição ou termo, preponderantemente terá eficácia imediata.[211]

No que tange ao conteúdo processual, a vantagem da convenção antecedente, por outro lado, refere-se justamente à menor litigiosidade entre os convenentes, favorecendo o diálogo e a busca de soluções que facilitem o deslinde, no futuro, do feito. É o momento de aproveitar a boa disposição dos interessados e regrar, desde já, os pontos que se consideram mais relevantes para a condução de eventual litígio no futuro. Não se espera uma disciplina exaustiva do procedimento, mas que as partes elejam os aspectos mais caros ao tratamento da relação jurídica substantiva, inclusive quanto à repartição de despesas e custos.

Nesse cenário, Marcos André Franco Montoro aponta que são incomuns cláusulas com disciplina integral e detalhada do procedimento arbitral, sendo mais frequente a referência a regulamentos institucionais.[212] O autor constata, ademais, que não existe um conteúdo ideal do negócio prévio, mas que há duas correntes na matéria: (i) a corrente restritiva, que entende desnecessário e até inconveniente o detalhamento excessivo do procedimento, seja por gerar um desgaste pelo prolongamento das discussões

---

210 REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. *Cláusulas arbitrais patológicas e cuidados na redação de cláusulas compromissórias* cit., p. 71.

211 ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 267-269.

212 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 93-94.

a respeito do contrato, seja pelo risco de inadequação das normas convencionadas e até de restrição da flexibilidade procedimental; (ii) a corrente ampliativa, que defende que o bom estado de ânimo dos contratantes recomenda a construção de normas procedimentais e que, não o fazendo nesse momento favorável, corre-se o risco de que (não o façam posteriormente e) as normas sejam fixadas pelo árbitro – ou, no caso das convenções processuais, pelo legislador.[213] É a situação concreta e até o espaço de negociação estabelecido entre as partes que vai indicar se vale a pena detalhar mais o procedimento ou se ater a algumas questões mais relevantes.[214]

Tratando da redação da cláusula compromissória, Guilherme Pereira tem que é raro que as partes descrevam exaustivamente o procedimento, contentando-se em apontar algumas regras apenas, ou, o que é mais comum, indicando a adoção das regras de um órgão arbitral. Essa segunda alternativa tem a vantagem de evitar surpresas que poderiam advir da constatação de lacunas no procedimento criado isoladamente pelas partes, pois os regramentos desses órgãos já foram postos à prova em outras oportunidades. O autor consigna também que as partes devem se ater ao fato de que, por vezes, o regramento de uma instituição arbitral foi desenvolvido de acordo com a própria estrutura daquele órgão, não fazendo sentido ou viabilizando-se em outro.[215-216]

Os mesmos desafios ora mencionados podem surgir na redação de convenções processuais atípicas. De fato, será possível que as partes criem regras processuais e procedimentais, mas também haverá significativo espaço para o "diálogo de procedimentos".[217] Parece natural que as partes se inspirem, em um primeiro momento, em

---

213 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 93-94.

214 Idem, ibidem.

215 PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Procedimento I. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 170-172.

216 De fato, Luiz Antonio Scavone Junior sugere que a adoção de regulamentos de órgãos arbitrais se dá também pela maior confiabilidade jurídica de tais regras: "As cláusulas arbitrais dessa natureza, que se referem às regras procedimentais de uma entidade arbitral especializada, são mais comuns nos contratos, evitando cláusulas extensas e de procedimentos não confiáveis juridicamente, que poderão sofrer anulação em razão de eventuais afrontas às normas de ordem pública" (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: RT, 2008. p. 85-86).

217 Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover: "Mas deveria ser perfeitamente possível introduzir no procedimento ordinário algumas técnicas previstas pelas possessórias, quando cabível; ou aplicar a outros conflitos societários o procedimento previsto para a dissolução parcial de sociedades; ou ampliar as técnicas de homologação do penhor legal para a tutela de interesses análogos; ou transportar algumas das técnicas da regulação de avaria grossa a outros conflitos na área do direito marítimo. Seja como for, entendemos que a abertura à adaptabilidade do procedimento, prevista no CPC, representa ao menos um primeiro passo para que o sistema brasileiro, de rígido que é – e continua sendo – se abra a uma maior flexibilização e adaptabilidade. Mas o que gostaríamos de ter visto, no novo Código, é o diálogo dos

possibilidades constantes da lei (e, consequentemente, mais afeitas às preferências do próprio juiz) ou, em um segundo momento, em regramentos adotados no meio arbitral,[218] na experiência estrangeira ou referendados, com o tempo, pela jurisprudência.[219] Em todos os casos, as normas eleitas pelos interessados deverão constar do próprio negócio processual, não bastando que se faça uma mera referência.

O ambiente de maior entendimento e disposição entre os convenentes, no momento anterior ao surgimento de litígios, legitima a importância do estabelecimento de negócios processuais antecedentes com redação acurada e aptidão para a boa gestão de eventual conflito. Deve-se superar a tendência, que se justifica até mesmo pelos desgastes nas negociações do objeto principal do contrato, de colocar tais cláusulas processuais em segundo plano, permitindo que sejam confeccionadas por advogados sem experiência para tanto e que, não raras vezes, deixam para se ater a elas apenas na iminência da assinatura do contrato (pelo que são conhecidas como *midnight clauses*).[220] A adequada redação do negócio antecedente gera impactos significativos na preservação da relação contratual substantiva e também na solução do litígio.[221]

Para Ricardo Soares Stersi dos Santos, entretanto, embora o negócio antecedente seja celebrado em momento em que as partes não se consideram adversárias e se mostram dispostas à colaboração e à compreensão, ele também carrega maiores riscos. Portanto, as partes podem não ter clareza da natureza, dimensão e consequências dos litígios que podem advir da relação jurídica de direito material. Assim, podem estipular normas de processo e procedimento que não guardam pertinência com a resolução da lide, ou seja, inadequadas.[222]

---

procedimentos" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 18).

218 Tratando de negócios probatórios, Giovani dos Santos Ravagnani menciona a possibilidade de as partes se valerem de normativas ou diretrizes comuns no cenário da arbitragem, como: o *protocolo sachs*, para que as partes, por meio de apresentação de listas separadas com relação de peritos, e o juiz, por meio da escolha de um perito de cada lista, escolham os *experts* em conjunto; a aplicação do Padrão Daubert, que fixa padrões para produção de prova técnica; o uso da IBA *Rules on taking of evidence*, para harmonização de diferentes sistemas processuais; aplicação das regras de Praga, para ampliar os poderes do juiz de limitar e gerir as provas, etc. (RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 123-124 e 153-156).

219 ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais cit., p. 299-300.

220 REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. *Cláusulas arbitrais patológicas e cuidados na redação de cláusulas compromissórias* cit., p. 12-14.

221 Idem, p. 14.

222 SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Sobre a cláusula compromissória cheia. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 41, n. 47, p. 273-274, jan./jun. 2007.

O cotejo do objeto da demanda e da relação jurídica referida na convenção prévia e o conteúdo negocial podem revelar efetivamente a *causa* da formulação das normas convencionadas e, assim, justificar o afastamento de sua aplicação no caso concreto. Trata-se de respeitar o conteúdo do próprio negócio jurídico processual. Nesse sentido, pode ser que a manifesta dissociação entre o objeto da demanda e a relação jurídica de direito material apontada na convenção ou entre aquele e o resultado da interpretação teleológica das cláusulas revele que, se as partes tivessem suposto referido conflito, tê-lo-iam excluído da disciplina estipulada no ajuste. Não se trata de pura e simples análise do juiz, como se legislador ou convenente fosse, quanto à adequação da norma convencionada, mas de conferir uma interpretação à avença, calcada na boa-fé objetiva, como em qualquer contrato (CC, art. 113).

Ainda quanto à previsibilidade, Rafael Calheiros Bertão assevera que o objeto deve ser concretamente delimitado, pois o sistema exige sua calculabilidade. O negócio deve ser preciso e claro acerca da situação jurídica objeto de disposição, seja individualizando a situação de forma concreta, seja contendo os elementos para que possa ser determinável no momento da aplicação, com a plena superação de qualquer vagueza qualitativa ou quantitativa.[223-224]

Pela mesma razão que Luis Antonio Ferrari Neto não admite a renúncia prévia à produção de prova, pois as partes sequer têm clareza do litígio. O autor explica que, mesmo após o ajuizamento da demanda, é comum que as partes não saibam quais os meios necessários à prova dos fatos. Para o estudioso, apenas após o ajuizamento, por já terem conhecimento dos limites objetivos e subjetivos da demanda, podem as partes dispor a respeito da instrução probatória.[225-226] Ressalva, entretanto, a opção prévia pela *expert witness* (CPC, art. 464, § 2.º).[227]

---

223 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 233.

224 Segundo Antonio do Passo Cabral: "Assim, se a convenção processual não é clara a respeito de seu conteúdo e dos efeitos pretendidos pelas partes no processo, seu resultado pode ser restringido no plano da eficácia. Um exemplo é o da cláusula de perito neutro (*neutral fact-finding, Schiedsgutachtenklausel*), pela qual os convenentes estabelecem que a verificação ou constatação de certos fatos será feita extraprocessualmente por um perito escolhido pelas partes, cujo parecer vinculará a cognição do juiz sobre aquela questão fática em um futuro processo. Se não ficar claro que não se trata desta específica convenção, a manifestação do perito não é inválida, e poderá ser utilizada no processo mesmo assim, mas sua eficácia será diversa: valerá como um meio de prova atípico ou como um assistente técnico extrajudicial" (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais* cit., p. 294).

225 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 159.

Não podemos concordar com tais argumentos, pois também o negócio prévio pode ser estruturado de modo a atender plenamente à previsibilidade, permitindo a prognose de seus futuros efeitos.[228] Ora, ao assinalar os meios de prova admitidos na avença, é necessário que as partes indiquem o que pretendem provar por aquele meio ou, ao menos, que isso seja inferível do negócio. Do contrário, viola-se a segurança jurídica. Se as partes celebram, por exemplo, uma compra e venda de imóvel, estipulando preço por medida de extensão (CC, art. 500) e afirmando que a área será provada por documentos (plantas do imóvel, documentação constante de cartórios e declarações prestadas à prefeitura etc.), não se admitirá em feito futuro perícia imobiliária para apurar a correção do preço. A previsibilidade demanda a interpretação da vontade negocial. Essa é a cautela a ser tomada com maior razão nos negócios prévios.

A previsibilidade do negócio prévio, particularmente, impõe preocupações relativas: (i) à simetria de informações entre as partes quando da celebração da avença;[229] (ii) à efetiva compreensão do conteúdo das cláusulas (materiais e) processuais do negócio, especialmente na ausência de participação de advogados;[230] (iii) à completude da redação da cláusula processual, podendo as partes, para se precaverem, estipular normas interpretativas também de cunho convencional. Embora algumas dessas considerações digam mais com a qualidade do consentimento, é possível que o próprio objeto, tal qual formulado na avença, já demonstre a deficiência de informações ou a incompletude da disciplina dos fatos processuais, afetando a possibilidade de projeção de suas consequências. A tendência, de todo modo, é de que, conforme algumas cláusulas se tornem habituais, passem a integrar o conhecimento negocial e até as expectativas dos convenentes, afastando alegações relativas até mesmo à vulnerabilidade técnica das partes.[231]

---

[226] Conforme Luis Antonio Ferrari Neto: "Novamente, a renúncia consensual à produção de provas somente poderá ocorrer quando já iniciada a controvérsia sobre o objeto litigioso e quais os riscos envolvidos. Não é possível, em nosso sentir, a inserção de cláusulas prévias em contratos, nas quais as partes, antes de terem noção sobre qual será a futura e eventual controvérsia, abrem mão do seu direito à ampla defesa de suas pretensões, sob pena de infringência aos princípios constitucional do devido processo legal, da ampla defesa e do direito constitucional à prova" (Idem, p. 163).

[227] Idem, p. 163.

[228] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 267.

[229] DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure cit., p.159-160.

[230] Idem, ibidem.

[231] DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure cit., p. 160.

2.4.2 Negócios posteriores ao surgimento do conflito

O negócio incidente é aquele celebrado entre as partes para disciplinar a resolução judicial de um conflito atual e específico (ainda que a demanda ainda não tenha sido ajuizada, portanto). Como se imagina, a animosidade que se estabelece entre os interessados amplia a dificuldade de celebração de convenções nesse momento, ainda que a definição da demanda pudesse propiciar a construção de normas convencionadas mais conectadas com as concretas necessidades dos litigantes.

A experiência da arbitragem revela que a opção por celebrar negócio antecedente ao conflito, por meio de cláusula compromissória, é muito mais comum que o uso do compromisso arbitral.[232-233] A disposição e a possibilidade de consenso tendem a diminuir significativamente com a ocorrência do litígio entre os interessados. Talvez, a exceção fique por conta de relacionamentos econômicos antigos ou outros nos quais as partes tenham maior confiança entre si.[234] Acontece que o detalhamento das normas processuais ou procedimentais, entretanto, é mais comum no compromisso arbitral do que na cláusula compromissória.[235]

De toda forma, o negócio incidental, por ser contemporâneo ao litígio, autoriza a especificação do conflito com maior detalhamento. As partes podem, portanto, optar por submeter a um negócio processual algum ou alguns conflitos pontualmente. Eventualmente, a complexidade do conflito, que pode evoluir em diversas etapas, justifica o tratamento isolado de cada aspecto do direito material por meio de mais de um negócio processual posterior. Além dessa maior precisão, o fato de as partes conhecerem os limites do conflito proporciona a estipulação de regras de processo e procedimento mais adequadas ao tratamento do direito material.[236]

---

232 Conforme anota Thaís Schiavoni Guarnieri Silva Reynol: "Porém, ainda que seja possível a celebração do compromisso – restando inegáveis sua importância e utilidade em diversos casos –, 'a prática confirma que 80% dos processos arbitrais são instaurados em função do pacto prévio, daí a importância dada a essa cláusula cuja redação deve ser a mais precisa e, preferencialmente, completa possível'" (REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. *Cláusulas arbitrais patológicas e cuidados na redação de cláusulas compromissórias* cit., p. 11-12).

233 Assevera Ricardo Soares Stersi dos Santos o seguinte: "Como já se discorreu no presente texto, o número de arbitragens instituídas a partir da cláusula é muito maior do que aquelas advindas do compromisso, mesmo porque o ambiente de celebração dos referidos institutos em regra é distinto" (SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Sobre a cláusula compromissória cheia cit., p. 84).

234 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 99.

235 Idem, p. 140.

236 VIDAL, Gustavo Pane. *Convenção de arbitragem* cit., p. 83-84.

No negócio anterior ao conflito, as partes projetam a disciplina do futuro processo tendo em vista litígios eventuais. Elegem regras que, naquele momento, parecem úteis e necessárias à segurança da relação material. Ocorre que o conflito pode surgir com características que revelem que a programação do litígio envolveu normas inúteis, desnecessárias ou que, em verdade, podem ser mais bem ajustadas. Justamente para superar eventuais lacunas e para readequar, talvez com maior riqueza de detalhes, a convenção previamente celebrada, as partes podem se valer de um negócio posterior. Disso não decorre necessariamente que a convenção anterior será extinta, porquanto sua vida útil tende a ser longa (por sua abrangência genérica), mas que, para aquele conflito específico, as partes entenderam por bem realizar alguns ajustes à disciplina anteriormente estipulada.

De fato, o maior proveito dos negócios posteriores à judicialização pode ser tirado justamente por aqueles litigantes que já celebraram negócios antecedentes (ex.: pode ser que avanços técnicos levem as partes a modificar até mesmo os meios de prova antes eleitos etc.). Talvez, se opere, nesse cenário, algo semelhante ao que se vislumbra com o "termo de arbitragem" (Lei 9.307/1996, art. 19, § 1.º), pois, embora para a instituição da arbitragem baste a cláusula compromissória (cheia), aquele instituto tem sido utilizado para colmatação de lacunas, para exclusão de aspectos supérfluos, desnecessários ou excessivos da avença, ou seja, para alterações da convenção de arbitragem. Carlos Alberto Carmona preceitua, ainda, que "o termo de arbitragem pode configurar remédio para modelar melhor o procedimento adequado a cada causa, com a ativa participação dos interessados".[237]

Talvez, portanto, as partes possam, com a dedução em juízo da pretensão, definir a repartição de despesas e custos, criar ou modificar regras já estabelecidas consensualmente, detalhar regras eventualmente obscuras e excluir outras, que, se eram pertinentes (úteis e necessárias) à relação jurídica como um todo, podem se revelar despiciendas para a resolução da demanda em concreto. O reforço da manifestação consensual das partes, ademais, poderia surtir significativo efeito persuasivo quanto à validade da convenção. Até o saneamento processual, tal negócio processual pode, inclusive, promover a estabilização da demanda (CPC, art. 329, II), definindo as partes, de forma consensual, o próprio objeto litigioso.[238]

---

[237] CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1963885/mod_resource/content/1/Artigo%20CAC%20-%20O%20Processo%20Arbitral.pdf. Acesso em: dez. 2019.

[238] A respeito do papel desempenhado pelo termo de arbitragem: PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Procedimento I cit., p. 190-194.

Interessante notar que, em muitos casos, o papel do árbitro, que usualmente participa da celebração do "termo de arbitragem" ou "ata de missão", é fundamental para extrair dele melhores resultados.[239] Não há dúvidas de que também deve o juiz exercer papel semelhante ao observar, por exemplo, defeitos, lacunas ou mesmo a possibilidade de aprimoramento do negócio celebrado previamente ao conflito. Até mesmo a resistência do juiz em implementar uma convenção pode suscitar a celebração de um negócio posterior, que supere as inconsistências especificamente indicadas.

De resto, temos que a preocupação com a referência ao conflito tende a ser menor no negócio incidental, sendo suficiente a indicação que se faz na celebração de acordo extrajudicial. Por vezes, a indicação do processo judicial pode se revelar suficiente, uma vez que o documento será sempre juntado aos autos.

2.4.3 Interações entre normas convencionadas e procedimento comum

Estudando o tema da flexibilidade procedimental pelas partes, Luiz Rodrigues Wambier teve a oportunidade de mencionar que tal instrumento dá origem a processos "especialíssimos".[240] A expressão remete-nos ao fato de que alguns dos desafios impostos aos negócios jurídicos processuais são enfrentados, há tempos, pelos procedimentos especiais constantes da legislação brasileira. É o que sucede, por exemplo, com a necessidade de harmonização entre normas "especiais" (convencionadas, no caso) e as do procedimento comum.

De fato, também nos processos em que se aplicam normas de origem negocial pode se dar: (i) a aplicação subsidiária das normas do procedimento comum, de modo a integrar o procedimento convencionado (CPC, art. 318, parágrafo único); (ii) a cumulação de demandas sujeitas a procedimentos distintos (CPC, art. 327, § 2.º).

No âmbito dos procedimentos especiais, a doutrina já apontava as dificuldades na aplicação subsidiária do procedimento-padrão, pois, por vezes, a norma geral se sobrepõe à específica. Em outras situações, a norma geral é que deixa de ser observada, particularmente quando os ritos são previstos em leis extravagantes.[241] Nesse sentido, o

---

239 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 81-92.

240 WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental cit., p. 241.

241 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, jun. 2012, p. 69.

próprio CPC/2015 adotou, entre outras técnicas de adaptação processual, algumas disposições especiais que permitem a adequação do próprio rito comum às exigências do direito material deduzido, deixando de criar desnecessariamente procedimentos especiais (ex.: disposições a respeito da citação de cônjuges em ações de direitos reais imobiliários; denunciação da lide nos casos do art. 125, I e II, do CPC e também nos casos de chamamento ao processo, conforme art. 130, I, II e III, do CPC; disposições sobre citação na ação de usucapião e na de recuperação ou substituição de título ao portador; a possibilidade de concessão de tutela de evidência em caso de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito etc.).[242] Tal solução evita justamente aqueles problemas pertinentes à aplicação subsidiária do procedimento comum, à cumulação de demandas, entre outros.[243]

No âmbito dos negócios jurídicos processuais, cabe aos convenentes solucionar eventual necessidade de aplicação subsidiária do procedimento comum a fim de assegurar a aplicação da norma convencionada, bem como para harmonizar a prática do ato ou fase com (a partida e) o retorno ao procedimento legislado. Devem os convenentes, nesse sentido, preocupar-se em disciplinar integralmente o ato em questão ou a etapa processual, bem como em dispor a respeito da forma de interpretação e integração da avença (CC, art. 113). Cabe, por outro lado, ao magistrado suscitar o contraditório para extrair a vontade negocial (CC, arts. 112 a 114), quando necessário.

Como se afirmou, os desafios impostos pela observância das normas convencionadas, eventualmente, podem exigir que sejam aplicadas soluções semelhantes àquelas previstas para o trato dos procedimentos especiais também no que tange à cumulação de demandas. Um exemplo dessa aplicação verifica-se no caso de cumulação de demandas em que uma esteja regida por uma convenção e a outra sujeita ao quanto previsto em lei ou até mesmo em outro pacto.

Nesse ponto, o art. 327, § 2.º, do CPC orienta o autor a adotar o procedimento comum, sem prejuízo da observância, desde que compatível com o rito-padrão, das técnicas processuais diferenciadas do rito especial.[244] A exclusão pelo negócio de posições jurídicas ou de fases e atos do procedimento podem não exigir maiores cuidados

---

242 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 674 a 718. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. X, p. 28.

243 Idem, p. 27-29.

244 MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 451.

dos interessados. No entanto, se o pacto implicar a criação ou modificação de posições jurídicas ou de etapas do procedimento, a boa aplicação do dispositivo assegurará a previsibilidade da marcha processual, sem maiores prejuízos.[245] É o caso de se adotar o procedimento comum com adaptações,[246] ou seja, com o emprego das técnicas processuais diferenciadas de origem negocial. Ademais, caso a incompatibilidade entre os procedimentos comum e convencional se verifique, recomenda-se ao magistrado que observe o direito, eventualmente manifestado, pelo réu no sentido de extinguir o feito sem resolução do mérito (CPC, art. 485, IV).

De fato, o procedimento comum, conforme disciplinado pelo CPC, seria uma base procedimental que poderia ser modulada para se adequar a qualquer situação jurídica.[247] Ademais, pela diretriz do art. 327, § 2.º, do CPC, o procedimento comum poderia ser moldado para atender até mesmo qualquer das exigências a cargo dos procedimentos especiais, salvo no caso em que estes sejam indisponíveis (unilateralmente pela parte autora), por atenderem a critérios de segurança jurídica e efetividade no interesse do réu.[248] Portanto, nesses casos, limita-se, assim, a autonomia do autor, porquanto o legislador, a partir de critérios objetivos, moldou um procedimento para atender ao polo passivo.[249]

Como se viu, a cumulação de pedidos e a eleição do rito é, *grosso modo*, uma opção da parte autora, tanto que o novo CPC não reproduz o art. 295, V, do CPC/1973.[250] Ocorre que a renúncia unilateral ao procedimento convencionado, com imposição ao réu da "ordinarização" do rito, não é faculdade do autor. Salvo o distrato, inclusive tácito (CPC, art. 337, § 6.º), o magistrado, constatando a impossibilidade de compatibilizar o procedimento convencionado e o legislado, em razão da cumulação de pedidos, deve proceder à extinção do feito sem resolução do mérito.

---

245 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais cit., p. 67.

246 Idem, p. 68.

247 CERQUEIRA, Társis Silva de. A nova face do procedimento comum do novo Código de Processo Civil diante dos procedimentos especiais: uma proposta de interpretação do art. 327, § 2.º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 273, nov. 2017, p. 126.

248 Idem, p. 127-131.

249 Idem, ibidem.

250 CPC/1973: "Art. 295. A petição inicial será indeferida: V – quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal".

O procedimento comum, como um modelo procedimental, passa a atender aos mais variados pleitos, portanto, e não apenas para servir para o suprimento lacunas e omissões.[251] O art. 327, § 2.º, do CPC, ademais, fomenta o diálogo de procedimentos, na medida em que "as normas que regem os módulos procedimentais se comunicarão com as normas regentes do procedimento comum, permitindo um intercâmbio de informações, regimes e traços específicos desse procedimento".[252] Nesse sentido, o dispositivo cumprirá importante papel na efetivação dos negócios processuais.

---

[251] CERQUEIRA, Társis Silva de. A nova face do procedimento comum do novo Código de Processo Civil diante dos procedimentos especiais: uma proposta de interpretação do art. 327, § 2.º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC cit., p. 128.

[252] Idem, p. 133.

3 LIMITES INFRACONSTITUCIONAIS AO OBJETO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: RESERVA LEGAL

3.1 Observações iniciais

Como muitos autores tiveram a oportunidade de apontar, o período autonomista do processo civil assentou uma compreensão no sentido da natureza pública das normas processuais[253] e, consequentemente, de sua indisponibilidade ou imperatividade. Não haveria, consequentemente, espaço para o autorregramento da vontade no processo, salvo nos casos expressamente autorizados na lei.[254]

Nesse sentido, Dinamarco, Grinover e Cintra afirmavam, à luz do CPC/1973, que a natureza pública do direito processual não significava a cogência de suas normas, admitindo a existência de normas dispositivas. A disponibilidade, entretanto, restringia-se às hipóteses legais que disciplinavam negócios típicos.[255] Giuseppe Chiovenda também entendia que nem toda norma processual era cogente, mas sustentava que a possibilidade de celebração de convenções processuais dependia de autorização legal específica, pois, na dúvida, a norma processual deveria ser reputada imperativa.[256] Era o "dogma da natureza pública e eficácia cogente das normas processuais".[257]

O publicismo processual impunha uma concepção segundo a qual os procedimentos eram criados para "atender a um reclamo estatal em extrair da função jurisdicional, do trabalho jurisdicional mesmo, um rendimento maior".[258] O procedimento não tinha por objetivo atender ao interesse das partes, mas ao interesse estatal no melhor

---

253 Quanto à distinção entre a relação jurídica de direito material e a relação jurídica processual, Oskar von Bülow consigna o seguinte: "Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el processo de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la atividade judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el processo resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*." (BÜLOW, Oskar von. *Las excepciones y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ejea, 1964, p. 1-2).

254 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 52.

255 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 119.

256 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 86.

257 Idem, ibidem.

258 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual). 2007. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 96.

desempenho da atividade jurisdicional.[259] A constatação, a propósito, encontrava amparo jurisprudencial.[260]

Nesse cenário, não era dado às partes e ao magistrado a livre escolha do procedimento (como a opção pelo procedimento comum ao especial) ou a possibilidade de mesclar os procedimentos existentes, a fim de extrair o máximo proveito da marcha

---

259 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 96.

260 Em julgado relativamente recente, o Superior Tribunal de Justiça, conquanto tenha admitido a opção pelo procedimento ordinário, ao sumário, afirma que a norma de procedimento é de ordem pública: "Processo civil. "Recurso especial. Ação indenizatória. Acidente de trânsito. Procedimento. Matéria de ordem pública. Indisponibilidade relativa. Adoção do rito ordinário ao invés do sumário. Possibilidade, desde que não traga prejuízo ao réu. Dúvida séria e razoável sobre o procedimento adotado no feito. Revelia decretada. Violação ao contraditório e ampla defesa. Ocorrência de prejuízo. Nulidade do processo. 1. É sabido que a norma que dispõe sobre o procedimento é de ordem pública, estabelecida no interesse da jurisdição, não podendo, por isso, ficar ao alvedrio das partes a sua escolha, mas sim de seus requisitos autorizadores previstos em lei, sendo, em regra, inadmissível a substituição de um rito pelo outro. 2. Importante salientar, contudo, que não haverá necessariamente a anulação do feito – caso instaurado processo pelo rito ordinário, em hipótese de cabimento do sumário –, uma vez que o direito processual deve ser aplicado, antes de tudo, buscando a realização de justiça e pacificação social. Deveras, não configura nulidade da ação que seguiu rito impróprio, no caso o ordinário, se o processo chegou a seu termo sem oposição e sem prejuízo ao réu, mitigação conferida pelos arts. 244 e 250 do Código de Processo Civil. 3. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que, inexistindo prejuízo para a parte adversa, admissível é a conversão do rito sumário pelo ordinário, notadamente por ser o segundo mais amplo, propiciando maior dilação probatória. 4. Na hipótese, houve dúvida séria e razoável se o prazo para a defesa foi o de 15 dias contados da juntada do mandado citatório ou aquele previsto no rito sumário – em que a resposta é apresentada na audiência preliminar, em caso de negativa da autocomposição. Isso porque: i) o procedimento legal, em razão da matéria objeto da lide, é o sumário (art. 275, II, 'd', do CPC); ii) o autor expressamente optou por esse rito mais célere (conforme indicação à fl. 6); iii) consta do mandado de citação os dizeres 'reparação de danos (sumária)'; iv) o réu, de forma diligente, alertou o magistrado e claramente externou o posicionamento de que preferia a adoção do rito tipificado em lei, opondo-se ao ordinário. 5. Dessarte, a inadequação procedimental foi apta a trazer prejuízos ao réu, haja vista que o julgador, deixando de aclarar a dúvida existente no feito, decretou a revelia, sem antes conceder o direito ao contraditório e à ampla defesa, sentenciando em seu desfavor, presumindo como verdadeiras as alegações da parte autora. 6. Recurso especial provido" (REsp 1117312/PR, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.06.2013, *DJe* 1.º.07.2013). Em outra oportunidade: "[...] De acordo com o art. 292, § 1.º, III e § 2.º, do CPC, a cumulação de pedidos se sujeita, entre outros requisitos, à identidade de procedimento ou à possibilidade de que todos os pedidos sejam processados pelo rito ordinário. Em nosso sistema processual prevalece a regra da indisponibilidade do procedimento, segundo a qual as partes não podem alterar a espécie procedimental prevista para determinada situação litigiosa. Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico possibilita que pedidos sujeitos a procedimentos especiais sejam também formulados via procedimento comum, como é o caso das ações possessórias e monitórias. Dessa forma, a partir de uma análise sistemática do CPC, conclui-se que a regra do art. 292, § 2.º, não se aplica indiscriminadamente, alcançando apenas os pedidos sujeitos a procedimentos que admitam conversão para o rito ordinário. Na cobertura do art. 292, § 2.º, do CPC, os pedidos que guardam compatibilidade e não demonstram diversidade de procedimento podem e devem ser apreciados. Precedentes. [...]" (REsp 993.535/PR, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.04.2010, *DJe* 22.04.2010).

processual. O formalismo, entretanto, não proporcionava a necessária adequação da forma à evolução verificada no meio social.[261]

Semelhante rigidez permitiu excessos que comprometeram, em certa medida, a efetividade da prestação jurisdicional. O apego às formalidades legais, tidas por cogentes, causou natural reação no meio jurídico e foi rechaçado pelo entendimento de que o processo deveria atuar como instrumento de realização do direito material, não sendo um fim em si mesmo. Assim, a defesa da instrumentalidade e dos escopos do processo não é compatível com a tese de que as normas processuais são cogentes nem com a liberdade assegurada no plano constitucional.[262]

A doutrina passou a admitir, mesmo à luz do CPC/1973, a existência de certa liberdade de escolha do procedimento pelo autor, particularmente na hipótese de cumulação entre o então procedimento ordinário e o procedimento especial.[263] O cenário manteve-se com o CPC/2015, como pontuamos (item 2.4.3), permitindo ao autor a referida cumulação, sem prejuízo da aplicação de técnicas diferenciadas próprias dos procedimentos especiais.[264-265]

O combate aos efeitos da rigidez processual, portanto, começou muito antes do advento de uma cláusula geral de negócios jurídicos processuais. A defesa da

---

261 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 91-92.

262 Idem, p. 235.

263 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293 cit., p. 310.

264 Idem, ibidem.

265 Como ensina Heitor Vitor Mendonça Sica, entretanto, a liberdade do autor, para escolher unilateralmente o procedimento, não é absoluta: "Primeiro, os procedimentos especiais incertos em microssistemas diversos não costumam ser renunciáveis por parte do autor e, consequentemente, não há como aceitar que a cumulação de demandas provoque a adoção do procedimento comum, como manda o art. 327, § 2.º, do CPC de 2015. [...] Mesmo que se excluam as hipóteses de procedimentos insertos em microssistemas, ainda assim se impõem outras restrições à renúncia do autor ao procedimento especial aplicável em abstrato para o direito material por ele afirmado. Há procedimentos especiais que outorgam ao autor tutela jurisdicional tão claramente mais eficiente, célere e adequada do que aquela prestada pelo procedimento comum, que lhe faltaria interesse processual para optar por este último. Nessa situação se acha, por exemplo, a ação de desapropriação, faltando ao autor interesse processual para promovê-la pelo rito comum" (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293 cit., p. 310-313). Também apontando a liberdade de escolha do procedimento, mesmo à luz do CPC/1973, Fernando da Fonseca Gajardoni menciona que a legislação já admitia a opção entre o procedimento dos Juizados Estaduais e o das Varas e que a jurisprudência autorizava a opção pelo procedimento comum, em vez do monitório ou mesmo do rito ordinário ao sumário, pois, nesses dois últimos casos, a eleição do rito mais complexo aumenta a possibilidade de defesa do réu (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 237-238).

instrumentalidade das formas, inclusive com a superação de vícios formais, coloca em dúvida a imperatividade das normas processuais apregoada pelo modelo da tipicidade estrita. Primeiro, por se constatar que o ato viciado surte seus naturais efeitos até eventual decretação judicial de sua nulidade.[266] Segundo, porque se reconhece também que nem todo vício processual deveria conduzir à invalidação do ato jurídico, em verdade. Vige, portanto, o princípio de liberdade das formas, que salva os atos (e, agora, também os negócios)[267] processuais que, mesmo não tendo observado a forma (em sentido amplo) prevista em lei, podem ser aproveitados, se tiverem atingido sua finalidade sem provocar prejuízo.[268]

Mesmo o descumprimento da lei processual poderia e pode, enfim, ser relevado. Tal constatação deu espaço a uma maior permeabilidade da noção de disponibilidade das normas processuais. Logo, a doutrina passa a acolher, então, a existência de nulidades (cominadas) absolutas, fundadas predominantemente no interesse público, e de nulidades (não cominadas) relativas, pautadas principalmente no interesse privado.[269]

A importância da distinção entre nulidades relativas e absolutas, em verdade, dar-se-ia na identificação do regime jurídico a que estariam submetidas. É que as primeiras dependeriam de requerimento das partes na primeira oportunidade para falar nos autos, sob pena de preclusão, e seriam convalidáveis. Já as absolutas, além de não serem convalidáveis,[270] poderiam ser conhecidas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo (ou melhor, até o segundo grau de jurisdição).

---

266 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 120-121.

267 Nesse sentido, o Enunciado 16 do FPPC: "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".

268 Como ensina José Roberto dos Santos Bedaque: "[...] é preciso sempre buscar, mediante interpretação sistemática e teleológica, a razão de ser da exigência legal pertinente à forma ou à técnica processual. Identificada a *ratio legis*, necessário verificar se a atipicidade concretamente examinada impede os objetivos do ato, se implica violação ao devido processo legal ou causa prejuízo às partes. Se não, ignora-se o vício ou não observância da técnica, possibilitando que o valor mais importante seja alcançado: a entrega da tutela jurisdicional definitiva" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 102).

269 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 122.

270 Em sentido contrário, Teresa Arruda Alvim Wambier aduz o seguinte: "O mais importante aspecto deste fenômeno é que se deve perceber não estarem as nulidades absolutas – ligadas à insanabilidade. [...] No processo, tudo é sanável. Todavia, o fato de as nulidades absolutas serem sanáveis não as converte ou as transforma em nulidades relativas (menos graves). Isto porque o fato de as nulidades serem absolutas determina seu regime jurídico: ausência de preclusão para o juiz e para as partes e possibilidade de que o juiz as decrete de ofício" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades processuais – no direito em

Tal classificação, construída para atender às exigências do direito civil, não traduz o adequado tratamento do tema no sistema processual. No direito privado, o reconhecimento da anulabilidade (nulidade relativa) determina, entre outras consequências, a possibilidade de convalescimento do vício e de convalidação, suprimento ou confirmação, o que não se verifica na hipótese de nulidade (absoluta).[271] No processo civil, por sua vez, o tratamento do ato viciado é norteado pela análise do atingimento da finalidade e da ocorrência de prejuízo, não sendo determinante nem mesmo a circunstância de que a nulidade é cominada.[272]

A finalidade, a propósito, é atingida quando se constata que o ato concorre ao fim do próprio processo, ou seja, à aplicação do direito objetivo e à pacificação. O prejuízo, por sua vez, é verificado pela inaptidão do ato a realizar esse fim último do processo.[273] Em regra, portanto, os vícios processuais, ainda nos casos das ditas nulidades cominadas, somente serão decretados, se não atingirem sua finalidade e gerarem prejuízo. São poucas, a propósito, as hipóteses de prejuízo presumido (ex.: aquelas pertinentes aos vícios de fundo,[274] como é o caso dos atos do juízo absolutamente incompetente etc.).[275]

A constatação, entretanto, de que até os mais graves defeitos processuais podem ser convalidados (como ocorre com o comparecimento do réu que não tenha sido citado) coloca em dúvida a pertinência do critério do interesse (público ou privado) e da cominação, ou não, da pena de invalidação, para a superação dos vícios processuais e mesmo para aferir a cogência das normas processuais.[276]

De fato, as noções de normas cogentes e normas dispositivas, tão úteis ao estudo das nulidades no direito privado, perdem relevância no processo civil. No âmbito

---

vigor, no direito projetado e na obra de Galeno Lacerda. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 226, dez. 2013, p. 185).

271 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293 cit., p. 244-245.

272 Idem, p. 274-275.

273 Idem, p. 271-273.

274 Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica: "Os vícios de *forma* dos atos processuais [...] não se confundem com os vícios de *fundo*. Os primeiros dizem respeito à maneira pela qual o ato processual se exprime (forma em sentido estrito, tempo e lugar). Os segundos concernem a elementos extrínsecos aos atos. Contudo, não se podem confundir os vícios de fundo, que ainda se situam no plano do juízo de admissibilidade, do válido julgamento do mérito. Ambos integram o chamado 'formalismo processual'" (Idem, p. 266).

275 Idem, p. 274-278.

276 Segundo Marcos André Franco Montoro, "quando a moderna doutrina processual defende a mitigação das formas, a atenuação das nulidades processuais, ela está automaticamente defendendo a flexibilidade procedimental – mesmo quando não reconhece esse fato de forma expressa" (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 32).

processual, os vícios tendem a convalescer, mesmo que por força da formação da coisa julgada material.[277] O ordenamento, ainda, estabelece amplas possibilidades de suprimento (correção) de defeitos, quando não possam simplesmente ser convalidados, por terem atingido sua finalidade sem prejuízos[278] ou superados, em razão da preclusão, da coisa julgada e de outras formas de estabilização.[279]

Nessa esteira, considerar o impacto dos atos no exercício das garantias processuais revela-se um critério mais adequado ao asseguramento da regularidade da marcha processual e para avaliar se o ato inquinado é sanável ou não.[280] Os negócios, portanto, serão legítimos na medida em que tenham por objeto situações jurídicas titularizadas pelas partes e um procedimento que promova o processo justo.

Considerando a imprestabilidade, ou insuficiência, dos conceitos de bons costumes (2.2.2), de ordem pública (2.2.3), uma vez que reconduzida à noção de processo justo, e de normas cogentes ou dispositivas, entendemos que os limites infraconstitucionais ao objeto de uma convenção processual encerram as matérias às quais o constituinte impôs a reserva legal. Ademais, outros limites ao conteúdo do pacto, relativos aos postulados inerentes ao processo justo,[281] serão analisados no Capítulo 4.

3.2 Classificação das normas processuais

A questão do conteúdo admitido pelo art. 190 do CPC, convenções sobre procedimento e convenções sobre situações jurídicas, exige uma digressão a respeito da classificação das normas processuais. Não se trata de problema recente, evidentemente, mas, entre nós, tem particular importância a partir da promulgação da CRFB/1988. [282]

---

[277] SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293 cit., p. 247.

[278] Idem, p. 247.

[279] Idem, p. 278-284.

[280] CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 125 e 137.

[281] Segundo Flávio Luiz Yarshell: "Desde logo, não é suficiente estabelecer sinonímia entre as locuções *norma cogente* e *devido processo legal*: por certo, haverá regras que merecem aquela qualificação (é pensar nos pressupostos processuais), mas que não dizem respeito – não ao menos diretamente – aos postulados que integram o conceito de devido processo legal" (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? cit., p. 80).

[282] Sobre o tema, Maria Carolina Silveira Beraldo anota que a Constituição brasileira adotou o princípio da predominância do interesse, em matéria de repartição de competências, de forma que incumbiu a União de legislar sobre interesses gerais, os Estados-membros de legislar sobre interesses regionais e os Municípios de legislar sobre o interesse local. Assevera ainda que: "Há, na divisão de competências,

Dessarte, a Constituição Federal reservou à União a competência privativa para legislar sobre direito processual (art. 22, I), mas teve por concorrente a competência legislativa quanto a procedimentos em matéria processual (art. 24, XI), repartindo verticalmente a competência legislativa em questão. Cabe, portanto, à União editar lei sobre normas gerais em matéria de procedimentos e aos Estados e Distrito Federal a edição de lei sobre normas específicas.[283] O constituinte atentou-se, evidentemente, ao fato de que o Brasil convive com significativas diferenças regionais, que justificariam que normas procedimentais mais detalhadas e minuciosas fossem editadas por entes que estivessem mais próximos da realidade local.[284]

As normas gerais da União seriam, no tema dos procedimentos, diretrizes, princípios ou "a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências" (STF, ADI-MC 927-3/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.11.1993).[285] Para Fernando da Fonseca Gajardoni, as normas gerais deveriam apenas traçar um parâmetro mínimo, não se ocupando de detalhes ou esgotando o assunto.[286] O autor também teve a oportunidade de anotar que o CPC/1973[287] (e também o CPC/2015, em

---

portanto, a) áreas de atuação específica (União – arts. 21 e 22, Municípios – art. 30, Estados – art. 25, § 1.º), b) áreas em que pode haver autorização da União, por meio de lei complementar, aos Estados, para que legislem sobre questões específicas de sua competência privativa (art. 22, parágrafo único), c) áreas comuns de atuação (art. 23) e, por fim, d) áreas de atuação legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24)" (BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 59-60).

283 Analisando a evolução do tema nas Constituições brasileiras, Maria Carolina Silveira Beraldo anota que a Constituição Imperial não se referiu à competência legislativa em matéria de processo e procedimento, apenas dispunha que caberia à Assembleia Geral editar leis, com sanção do Imperador. O processo seguiu regido pelas Ordenações Filipinas e, em matéria comercial, também pelo Regulamento 737/1850. A autora esclarece que foi editada, ainda, a Consolidação Ribas, uma Consolidação das Leis de Processo Civil elaborada pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, que, em verdade, constituiu apenas uma reedição daquelas Ordenações (Idem, p. 20). Também a respeito da perspectiva histórica do tema, Fernando da Fonseca Gajardoni observa que a Carta de 1891 admitia à União e aos Estados legislar sobre processo e que foi a Constituição de 1934 a responsável por restabelecer a unidade legiferante no que tange à matéria processual (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 81-83).

284 Idem, p. 40.

285 ADI 927 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.11.1993, *DJ* 11.11.1994, p. 30635, *Ement*. 1766-01/0003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697. Acesso em: 18 out. 2019.

286 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 30.

287 Importante mencionar que o Projeto de Lei 3.588/1989, conquanto vetado, objetivava favorecer o exercício da competência suplementar dos Estados em matéria de procedimento: "Art. 1.º Os processos de competência dos Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal obedecerão aos procedimentos previstos na respectiva lei de organização judiciária. Parágrafo único. Regem-se, entretanto,

vigor) ultrapassou os limites e editou normas extremamente detalhadas a respeito do procedimento.

As normas gerais em matéria de procedimento, a serem editadas exclusivamente pela União, são aquelas que dizem respeito ao trâmite processual (seu rito, a sequência lógica e cronológica dos atos processuais) e à prática de um ato processual especificamente considerado. A União deve dispor, por lei, sobre "os sujeitos (destinatários da norma de procedimento), objeto (qual ato processual ou combinação de atos é regulado pela norma) e forma essencial (mínimo aspecto organizacional)",[288] para que eventual omissão do Estado-Membro ou Distrito Federal não impeça o exercício do direito processual em questão.[289] Detalhes,[290] como aqueles relativos ao horário e ao lugar de prática dos atos processuais, compete à lei local disciplinar.[291-292]

---

exclusivamente pela lei federal os recursos dirigidos a outros Tribunais. Art. 2.º Na ausência de lei estadual regulando a matéria, aplicar-se-á a legislação federal. Art. 3.º A lei local poderá dispor quanto à forma, tempo, lugar e prazos dos atos processuais, observado o disposto nos parágrafos seguintes. § 1.º Poderão ser definidas outras formas para a citação, intimação, carta precatória e carta de ordem além das previstas na legislação federal, desde que assegurados aos litigantes o contraditório e ampla defesa. § 2.º Das citações e intimações deverá constar expressamente o prazo para a prática do ato se diverso do previsto na legislação federal. § 3.º Obedecem apenas à legislação federal os atos que tiverem de ser praticados fora dos limites do respectivo Estado ou Distrito Federal. Art. 4.º A lei local de organização judiciária poderá estender as normas processuais instituídas pela Lei n.º 7.244 [Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas], de 7 de novembro de 1984, a outras causas cíveis por ela não abrangidas, sem prejuízo de regular de outro modo o respectivo procedimento". As razões de veto, ademais, partiram da compreensão de que "tempo, lugar, prazos e comunicações dos atos processuais, inclusive recursos, constituem matéria do Direito Processual, mas não do procedimento processual, e, em consequência, matéria a ser disciplinada privativamente pela União". Ademais, o Presidente da República entendeu que "o art. 24, XI, da Constituição é autoaplicável, independentemente de lei federal regulamentadora, eis que a competência dos Estados emana do próprio texto constitucional". Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=39768ECFEB1B840325A4421B8D5212DF.node1?codteor=1149896&filename=Avulso+-PL+3588/1989. Acesso em: 15 set. 2019.

288 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 54.

289 Idem, p. 55.

290 Fernando da Fonseca Gajardoni apresenta alguns conteúdos próprios das normas específicas que podem ser editadas pelos Estados e Distrito Federal, no exercício da competência suplementar (CRFB/1988, art. 24, XI): "a) o local ou o horário para a prática dos atos processuais conforme as necessidades do povo local; b) serviços de protocolo e recepção de petições dirigidas ao primeiro e segundo graus, inclusive quanto à possibilidade de sua extensão em período noturno, fim de semanas, feriados, além da disciplina do recebimento de documentos por meio eletrônico; c) procedimentos especiais novos, não previstos por lei federal, mas capazes de tutelar de maneira mais adequada situações comum no Estado (como a previsão local de uma ação de imissão na posse com possibilidade de concessão de liminar, de uma nova cautelar típica com particularidades procedimentais próprias, ou de um novo procedimento para os executivos fiscais estaduais); d) a forma de cumprimento dos mandados pelos oficiais de justiça; e) novas modalidades de citação e intimação, desde que observadas as garantias constitucionais mínimas do contraditório e da ampla defesa; f) a comunicação dos atos processuais em seu território (cartas precatórias e de ordem, intimação por *e-mail*, fax etc.); g) ampliação de prazos, mesmo os rigidamente fixados no

Pontue-se também que mesmo na hipótese do art. 24, X, da CRFB/1988, que estabelece competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, para legislar, não sobre procedimento, mas sobre a criação, funcionamento e o próprio processo do juizado de pequenas causas, prevaleceu o entendimento de que o constituinte referia-se exclusivamente aos juizados regidos pela Lei 7.244/1984, já revogada. É que a expressão "juizados especiais" teria sido utilizada, no art. 98 da Carta, justamente para diferenciar a competência privativa da União, na hipótese, da competência concorrente (no que tange aos "juizados de pequenas causas").[293]

Em verdade, apenas seria possível aos Estados e Distrito Federal legislar sobre direito processual acerca de questões específicas, quando autorizados por lei complementar federal (CRFB/1988, art. 22, parágrafo único). Tais entes poderiam, ademais, legislar sobre procedimentos de forma plena, nos casos em que a legislação federal é omissa (CRFB/1988, art. 24, §§ 3.º e 4.º).

É o próprio constituinte, portanto, que exige do intérprete a compreensão da distinção entre as normas processuais e as normas procedimentais, ante seus importantes reflexos no pacto federativo. Ademais, se o CPC/1973 havia sido editado antes da promulgação da Carta Magna, ocorrida em 05.10.1988, tal realidade não se põe quanto ao CPC/2015.

Analisando os *Anais da Constituinte*, Maria Carolina Silveira Beraldo sugere que a opção pela cisão entre processo e procedimento, em matéria de competência legislativa, teve por intuito fortalecer a descentralização do poder. Nesse sentido, a autora menciona a manifestação do constituinte José Richa, relator da Comissão de Organização

---

Código de Processo Civil ou leis processuais extravagantes, conforme as particularidades locais (por exemplo, em Estado cuja extensão territorial seja muito vasta, ou em que o transporte seja precário); h) a definição do período em que os prazos processuais estarão suspensos por força de circunstâncias locais, observadas as diretrizes gerais traçadas por norma geral editada pela União; i) a inserção, no bojo de procedimentos genéricos estabelecidos pelo legislador federal, de atos processuais não constantes do *iter* geral, ou discipliná-los, quanto à organização, de maneira distinta (inserindo, por exemplo, audiência de conciliação logo no início do processo, antes da citação do demandado); a ordem dos processos nos tribunais, criando preferências de julgamento locais além dos já estabelecidos pela lei federal, ou inserindo audiências de conciliação compulsoriamente nos processos entrados em 2.ª instância; k) criação, conforme as possibilidades e necessidades locais, de uma nova modalidade de liquidação de sentença (por institutos oficiais de pesquisa, por exemplo); l) a avaliação dos bens penhorados por oficial de justiça [...] ou alienação particular [...]; m) a colheita de depoimento por via telefônica" (Idem, p. 60-61).

291 Idem, p. 48.

292 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 3.

293 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 72.

do Estado, no sentido de que a melhor estratégia, para garantir maior autonomia a Estados e Municípios, era não estender muito a definição das competências e se preocupar em definir as competências exclusivas da União apenas, para que o que ali não estiver contido fique por conta de outras esferas federativas.[294-295] Depreende-se, ademais, de colocação do constituinte Osny Duarte Pereira a preocupação em assegurar que a legislação suplementar estadual e municipal possa atender às peculiaridades locais, uma vez que não seria possível pretender a aplicação uniforme da legislação processual em todo o País.[296]

A respeito da classificação das normas processuais, Grinover, Cintra e Dinamarco apontam que a doutrina costuma se referir a:

> [...] três classes de normas processuais: a) normas de organização judiciária, que tratam primordialmente da criação e estrutura dos órgãos judiciários e seus auxiliares; b) normas processuais em sentido restrito, que cuidam do processo como tal, atribuindo poderes e deveres processuais; c) normas procedimentais, que dizem respeito apenas ao *modus procedendi*, inclusive a estrutura e a coordenação dos atos processuais que compõem o processo.[297]

Em outra oportunidade, Ada Pellegrini Grinover afirma serem normas estritamente processuais apenas aquelas que disciplinam a relação jurídica processual (relação entre juiz e as partes ou mesmo entre as partes). Seriam normas de procedimento, por outro lado, todas as outras normas.[298]

Em aprofundado estudo do tema, Maria Carolina Silveira Beraldo critica a opção de definir o processo civil "pelo que ele contém (relação jurídica e procedimento)" e assevera que ele é o meio de exercício da função jurisdicional, assim como o processo

---

294 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 26.

295 Analisando os *Anais da Constituinte*, Maria Carolina Silveira Beraldo aponta passagem em que é atribuída ao Ministro Sydney Sanches a seguinte colocação, que teria sido feita em conferência em São Paulo: "A União deverá legislar acerca do processo, e os Estados-membros a respeito do procedimento". Procurado, entretanto, o Ministro afirmou não se recordar desse debate e que eventual manifestação sua se deu "de improviso" (Idem, p. 25-26).

296 Idem, p. 26.

297 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo* cit., p. 118.

298 Nas palavras da autora: "Regras estritamente processuais são apenas aquelas que moldam a relação jurídica processual, como a posição do juiz e das partes no processo, seus poderes, deveres, faculdades e ônus; a legitimação para agir; o exercício da jurisdição e seus limites; as funções, estrutura e órgãos da jurisdição; a competência, a ação e exceção, as condições da ação e as decisões judiciais, as sanções para os sujeitos da relação processual, a intervenção de terceiros, os recursos e as ações e impugnação, a coisa julgada. Fora do regime atinente à relação processual, tudo o mais é procedimento" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade* cit., p. 18).

legislativo e o processo administrativo são os meios de exercício, respectivamente, dos Poderes Legislativo e Executivo.[299] O procedimento seria a forma com que o processo se estrutura e se organiza para a concretização daquela função em ato.[300]

Para a processualista, as normas processuais são aquelas que disciplinam o correto exercício do poder jurisdicional, conformando esse poder em abstrato, e as normas procedimentais, por seu turno, "estão relacionadas aos atos processuais inerentes à ação, defesa, bem assim à forma (lugar, tempo e modo) como serão exteriorizados e coordenados, tudo para que se forme o ato decisório do Estado-juiz".[301] A autora se vale das lições de Feliciano Benvenuti, portanto, para defender a existência de regras e garantias para o exercício do poder estatal abstrato jurisdicional, que vai se concretizar em um ato final após o desenvolvimento do procedimento. O procedimento estaria relacionado à transformação daquele poder abstrato em ato.[302]

O procedimento não seria, como ensina Fazzalari, um gênero (englobando a noção de processo) nem um aspecto secundário do processo. Se os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) apenas atuam processualmente, cabe ao procedimento, por seu turno, a nobre missão de proporcionar a tutela adequada.[303] Nessa linha de intelecção, Maria Carolina Silveira Beraldo entende que as normas processuais cuidam do correto exercício do poder jurisdicional e as normas procedimentais, por sua vez, tratam da "escorreita prestação do serviço público" inerente àquele poder, criando condições à prolação do ato final.[304] O procedimento representa a união de função e ato, mas "é mais atraído para o ato, do qual prepara os pressupostos e os elementos".[305]

As normas processuais, para a autora, são aquelas normas de direito público que dizem respeito à função jurisdicional, que compreende os poderes de decisão, de coerção, de documentação, de instrução e de valoração.[306] Tais normas, portanto, disciplinam os atos judiciais e impõem limites para que a jurisdição cumpra as finalidades próprias ao Estado Democrático de Direito. É o caso, por exemplo, das normas constitucionais que criam órgãos do Poder Judiciário, repartem entre eles o exercício da jurisdição

---

299 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 19.
300 Idem, ibidem.
301 Idem, p. 5.
302 Idem, p. 6.
303 Idem, p. 29.
304 Idem, p. 33.
305 Idem, p. 35.
306 Idem, p. 38-39.

(*competência*) e tratam da investidura de seus membros (arts. 92 e seguintes da CRFB/1988). Também é o caso das regras de competência e de funcionamento dos órgãos jurisdicionais que constem de Constituições Estaduais e leis de organização judiciária (CRFB/1988, art. 125, *caput* e § 1.º), bem como dos regimentos internos[307] dos Tribunais (CRFB/1988, art. 96, I, *a*).[308-309]

A autora aponta que são normas processuais constitucionais as de investidura, de competência (inclusive, as pertinentes à divisão funcional interna de competência nos órgãos do Poder Judiciário), de vedação de Tribunal de exceção, de vedação ao uso de provas ilícitas, as atinentes ao dever de motivação, à coisa julgada, à publicidade, à imparcialidade/impessoalidade, à isonomia e eficiência.[310-311] No plano infraconstitucional, a autora destaca as seguintes normas processuais: (i) normas relativas à territorialidade e indelegabilidade da atividade jurisdicional, exercida em todo o território nacional por juízes; (ii) a inércia da jurisdição (princípio dispositivo); (iii) normas de competência interna e internacional, como aquelas editadas com fundamento no art. 125, § 1.º, da CRFB/1988, pelos Estados; (iv) normas pertinentes aos poderes, deveres e responsabilidade dos juízes, como as normas de suspeição e impedimento, o princípio da congruência, a vedação ao *non liquet*, regras pertinentes aos poderes instrutórios e à valoração probatória etc.; (v) normas relativas aos "pressupostos, requisitos e forma de exteriorização" da sentença, bem como "a estabilidade de seus efeitos e imperatividade de seus comandos".[312]

Por sua vez, as normas procedimentais, para a processualista, asseguram a prestação do serviço público atinente àquela função, disciplinando a forma de submissão da demanda em juízo e seu desenvolvimento, incluindo todos os seus consequentes, como

---

307 A autora pontua que os regimentos internos, em verdade, possuem "normas processuais, procedimentais e administrativas" (BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 54).

308 Idem, p. 44-47.

309 Defendendo a natureza processual das normas de organização judiciária, Maria Carolina Silveira Beraldo aduz o seguinte: "Faz-se necessário frisar que essa autorização [dada pelo art. 125, *caput* e § 1.º da CRFB/1988] visa, em termos bastante claros, a que Tribunais e Estados legislem sobre normas processuais, uma vez que a competência é matéria essencialmente jurisdicional, intrinsecamente ligada ao exercício do poder de jurisdição, ainda que, por vezes, em seu aspecto administrativo, organizacional. Como é sabido, as normas de organização judiciária têm como objetivo disciplinar condições materiais para o exercício da função jurisdicional, o que é feito por meio da atribuição de funções e de competências a órgãos monocráticos ou colegiados, de forma a regrar sua constituição, bem como a regrar a organização, disciplina e atribuição dos serviços auxiliares da Justiça" (Idem, p. 46).

310 Idem, p. 49.

311 Idem, p. 115.

312 Idem, p. 53.

a legitimidade das partes, os recursos, as defesas e impugnações, a instrução do feito e demais atos, salvo os jurisdicionais.[313] Nessa linha de intelecção, o procedimento consiste "na forma específica de manifestação, organização e estruturação do exercício da função jurisdicional, dos diversos atos e fatos relevantes para essa finalidade (e, portanto, atos e fatos procedimentais)".[314] As normas procedimentais, consequentemente, cuidam da disciplina de institutos e atos, estabelecendo sua quantidade, seus atores e a ordem em que devem se verificar. Portanto, é pelo procedimento que ocorre a concretização da função jurisdicional, pela passagem do poder abstrato ao ato judicial (a sentença).[315]

Como se teve a oportunidade de mencionar, para a autora, as normas processuais regulam o correto exercício do poder jurisdicional e todo o mais seria matéria própria às normas procedimentais. São estas últimas que disciplinam os atos processuais "depois da identificação do órgão jurisdicional competente (regra processual)", como as regras pertinentes à petição inicial, às impugnações, à instrução probatória e aos recursos.[316] São as normas procedimentais, portanto, que regulam os atos atinentes à ação e defesa, definindo também o modo, tempo, lugar e forma de prática dos atos processuais, preparando o ambiente para o ato decisório judicial.[317]

Assim, embora processo e procedimento não se confundam, guardam íntima relação, de forma que o "procedimento deve estrita observância às normas processuais".[318] A autora assevera, ademais, que a relação jurídica processual é processual e procedimental, pois o exercício da função jurisdicional entrelaça processo e procedimento. As normas processuais, portanto, dependem das normas procedimentais para alcançar efetiva funcionalidade. Em suma: "o poder, em abstrato, é exercido funcionalmente, em concreto".[319]

A autora, a partir de tais conceitos, tem por procedimentais as normas que disciplinam a ação (como as pertinentes à petição inicial, à reconvenção etc.), a forma de comunicação dos atos processuais (citações, intimações etc.), a defesa (contestação, impugnação ao valor da causa, exceção etc.), os recursos, a capacidade das partes, a

---

313 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 37-38.
314 Idem, p. 54.
315 Idem, p. 55.
316 Idem, p. 56.
317 Idem, ibidem.
318 Idem.
319 Idem, p. 57.

legitimação das partes (inclusive, no que tange à intervenção de terceiros), a produção de prova, as audiências, os prazos etc.[320] Em sede constitucional, Maria Carolina Silveira Beraldo aponta que são procedimentais as normas atinentes aos princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa. Em sede infraconstitucional, tanto o Código de Processo Civil quanto a legislação extravagante são ricos em normas procedimentais, como se constata a partir das várias modalidades de ritos processuais previstos.[321]

Ademais, as normas infraconstitucionais que tratam dos procedimentos a serem observados pelas Justiças Militar, Eleitoral, do Trabalho e Federal são as constantes de leis federais, ao passo que os procedimentos seguidos pela Justiça Estadual são regulados por normas gerais federais e por normas específicas estaduais.[322] Pontue-se que Fernando da Fonseca Gajardoni discorda desse posicionamento, asseverando a observância obrigatória das leis procedimentais específicas editadas pelos Estados-Membros e pelo Distrito Federal em seu território, inclusive pela Justiça Federal, Eleitoral e do Trabalho. Em matéria de comunicação interestadual (entre órgãos do Judiciário de diferentes Estados, por exemplo), entretanto, o autor entende que seria o caso de observar as regras gerais federais.[323]

A tese de Maria Carolina Silveira Beraldo, certamente, procura prestigiar a opção constitucional de diferenciar as normas processuais e procedimentais. Peca, entretanto, ao supor que as normas que disciplinam o correto exercício da função jurisdicional (situações jurídicas titularizadas pelo Estado-Juiz) se diferenciam de normas que preveem as situações jurídicas titularizadas pelas partes. De fato, se os poderes e deveres do magistrado, por exemplo, são normas processuais, também o são, por terem a mesma natureza, os poderes e deveres das partes e os deveres dos auxiliares do juízo.

É a natureza jurídica, portanto, que deve definir as normas processuais e as procedimentais. Não basta que a norma discipline a função jurisdicional para ser processual, pois seria definir a espécie de norma pelo seu conteúdo (o exercício de função jurisdicional), e não por sua natureza.

Em estudo sobre o tema, Gustavo Dall'Olio observa que somente é possível regular o procedimento de um processo que já existe e que, por isso, a competência

---

320 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 58.

321 Idem, p. 64-65.

322 Idem, p. 66.

323 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 62.

legislativa em matéria de procedimento tem por pressuposto o exercício da competência legislativa processual (pela União).[324] Ademais, a distinção entre processo e procedimento, para o autor, "repousa justamente na percepção da realidade fenomenológica aos nossos órgãos corporais".[325] O procedimento envolve aspectos palpáveis/exteriores e o processo é abstrato, pois é o mecanismo estatal de prestação da tutela jurisdicional. Afirma, então, que a falta de elemento do processo inviabiliza a exteriorização pelo procedimento e que a falta de elemento do procedimento, por sua vez, conduz à invalidade por malferimento do devido processo legal.[326]

O conceito de processo, método abstrato estatal, é, para o autor, encontrado nos institutos fundamentais do processo: ação, defesa, jurisdição e processo (devido processo legal).[327] Nessa esteira, somente a União pode legislar sobre o exercício da jurisdição, inclusive sobre assuntos indiretamente relacionados, como competência, imparcialidade do juiz, deveres do juiz, espécies e formas de tutela, valor da causa, atos atentatórios à dignidade da jurisdição etc. Também é processual a disciplina da ação, ou seja, do rompimento da inércia judicial, bem como sobre as condições da ação, petição inicial, recursos, partes e sua capacidade, procuradores, litisconsortes, assistentes, terceiros intervenientes etc. A defesa também é matéria de competência legislativa privativa da União, abarcando a contestação, exceção, reconvenção, recursos, revelia e seus efeitos, curadoria especial do revel citado por edital etc. O processo, por fim, entendido como devido processo legal, com relevância para o contraditório, também é matéria estritamente processual e abarca a disciplina da formação e suspensão do feito, do direito à apresentação de documentos novos e de fatos extintivos, modificativos e impeditivos, das provas, da citação e intimação etc.[328]

O procedimento, para Dall'Olio, abarcaria o rito, com sua sucessão ordenada e coordenada de atos preparatórios do provimento jurisdicional, e o movimento dos atos (lugar, tempo e modo).[329] O autor aduz, de qualquer forma, que normas de processo e de procedimento guardam estrita relação entre si e, portanto, é recorrente que em normas

---

[324] DALL'OLIO, Gustavo. *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 75.
[325] Idem, p. 100.
[326] Idem, p. 100-101.
[327] Idem, p. 104.
[328] Idem, p. 106-110, 116 e 120.
[329] Idem, p. 111-112.

processuais se tenham *fragmentos* pertencentes a seu modo de execução e concreção, ou seja, fragmentos de natureza procedimental.[330]

O Regimento Interno dos Tribunais e as normas de organização judiciária, para Dall'Olio, não teriam natureza processual ou procedimental. O primeiro deve sempre observar as normas de processo e as garantias processuais (CRFB/1988, art. 96, I, *a*). Por seu turno, as normas de organização judiciária cuidariam das condições materiais de exercício da jurisdição (CRFB/1988, art. 96, II, *d*).[331] O texto constitucional, entretanto, atribui a tais normas o papel de dispor sobre a competência dos órgãos julgadores, o que contraria a premissa adotada pelo autor.

Não nos parece segura, todavia, a opção pela definição do direito processual a partir dos institutos fundamentais apontados (jurisdição, ação, defesa e processo). Primeiramente, importa notar que a doutrina[332] questiona a subsistência daqueles institutos como fundamentais ao processo civil, bem como aponta outros novos, sem que, com isso, pretenda distinguir processo e procedimento.

De fato, vários fenômenos (como a justiça consensual, a jurisdição arbitral e a possibilidade de execução extrajudicial) põem em xeque o conceito tradicional de jurisdição, afastando a substitutividade ou o monopólio no exercício do poder. Ação e defesa, por sua vez, deixam de ser conceitos meramente formais para assumirem a feição de meios de atingimento da tutela jurisdicional. O processo também foi redefinido e, lido à luz do princípio do contraditório, assume o papel de disciplinar não apenas processos estatais (judiciais, legislativos e administrativos), mas também não estatais (como a exclusão de associado, nos moldes do art. 57 do CC). O processo, nessa perspectiva, "fica melhor alojado no campo da teoria geral do direito, e não na teoria geral do direito processual".[333]

De todo modo, a doutrina teve a oportunidade de apontar outros institutos que também poderiam ser tidos por fundamentais, como, no entendimento de Heitor Vitor Mendonça Sica, é o caso da tutela jurisdicional, da demanda e da cognição judicial. Quanto à primeira, o autor ensina que a tutela jurisdicional é aquela (i) prestada com observância

---

330 Idem, p. 119.

331 DALL'OLIO, Gustavo. *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento* cit., p. 121-122.

332 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 430-466.

333 Idem, ibidem.

do devido processo legal (*meio*) e (ii) que proporciona a "realização prática do direito reconhecido judicialmente, com a satisfação do seu titular no plano concreto", ou, ao menos, a imunização da ameaça sofrida (*resultado*).[334]

Ademais, a demanda não se confunde com a ação (direito público subjetivo). A demanda tem três elementos, as partes, os pedidos e a causa de pedir, e representa o exercício do direito de ação, rompendo a inércia jurisdicional e fixando os limites do poder decisório do magistrado sobre a relação jurídica de direito material. A cognição judicial, por sua vez, é a atividade primordial do Poder Judiciário e é por meio de técnicas de cognição, por vezes, que o legislador molda diferentes procedimentos.[335]

Os institutos fundamentais do processo civil, a propósito, são, em geral, eleitos com marcante finalidade didática e não propriamente com a preocupação de estabelecer o conteúdo integral do direito processual. Pretender se valer dessa eleição para firmar os limites da competência legislativa revela a compreensão, em verdade, de que o procedimento seria um instituto de segunda classe ("não fundamental"), pensamento com o qual não podemos concordar. A opção constitucional, revelada nos arts. 22, I, e 24, XI, tem por diretriz a necessidade de que alguns temas sejam tratados de maneira uniforme no território nacional e de que outros devem se ajustar às peculiaridades regionais e locais, mas tudo sempre de forma a realizar a escorreita prestação da tutela jurisdicional.

O tema da distinção entre processo e procedimento, à luz da Carta Magna, também foi enfrentado por Paula Sarno Braga. A autora firma o entendimento de que tudo que é procedimental é processual e vice-versa, pois o processo é "procedimento democrático de produção normativa".[336] Caberia à lei federal, portanto, assegurar um mínimo de uniformidade nacional, no que for interesse de todos e também necessário para evitar atritos entre os entes federados.[337]

A estudiosa defende que o art. 24, XI, da Constituição teve por premissa concepção atrasada de procedimento, que admite a existência de procedimentos estatais não processualizados. As funções estatais, entretanto, são realizadas sempre por

---

[334] SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil cit., p. 430-466.

[335] Idem.

[336] BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 336.

[337] Idem, p. 337.

processos.[338] Assim, a competência a que se refere o dispositivo autorizaria aos Estados e Distrito Federal legislar sobre processo, de forma a adequá-lo ao ambiente regional. Semelhante conclusão é alcançável se se considera que a disciplina processual é um poder *implícito*, necessário à consecução do preceituado no art. 24, XI, da Carta Magna, ou mesmo ao se perceber que é poder *resultante* dos arts. 22, I, e 24, X e XI.[339] Isso porque não se está diante de um princípio absoluto de intangibilidade das competências, mas de uma "afecção razoável das competências alheias".[340] À luz da razoabilidade, portanto, convivem os "interesses de uniformidade nacional" e de "adaptabilidade local".[341]

A autora entende, portanto, que somente a lei federal pode dispor sobre o direito processual aplicável ao Poder Judiciário da União e aos Juizados Especiais Federais. Nesses temas, não caberia qualquer ingerência da legislação estadual ou distrital. Quanto ao mais, cabe à União disciplinar, por normas gerais, até mesmo detalhes procedimentais/processuais, desde que o faça com preocupação de uniformização (tratamento uno) em âmbito nacional, cabendo aos Estados e Distrito Federal suprir e suplementar tais normas gerais para atender aos interesses e às peculiaridades regionais.[342] Aduz, inclusive, que o art. 22, I, da CRFB/1988 refere-se tão somente ao processo jurisdicional, estatal ou não, podendo os demais entes federados dispor sobre o processo administrativo (salvo quanto ao processo de desapropriação e às normas gerais sobre licitação e contratos administrativos, como se verifica do art. 22, II e XXVII).[343]

Para Paula Sarno Braga, portanto, a distinção entre processo e procedimento é uma falsa questão. De acordo com a autora, a Carta Magna, em verdade, incorreu em um lapso ao sugerir, no art. 24, XI, distinção entre processo e procedimento. No entanto, a leitura dos arts. 22, I, e 24, X e XI, todos da Constituição, permite constatar que houve uma clara opção por distinguir processo e procedimento. É difícil ignorar a consistência da opção constitucional revelada pelas disposições mencionadas e, por isso, não parece legítimo abandonar tal critério e redividir referidas competências.

Observe-se que a autora conclui, das premissas que assentou, que não há "restrição objetiva do conteúdo ao estabelecimento do que for basilar e essencial em torno

---

338 BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro cit., p. 338.
339 Idem, p. 339-340.
340 Idem, p. 340.
341 Idem, ibidem.
342 Idem, p. 331.
343 Idem, p. 333.

da matéria" processual a cargo da União.[344] Competiria às normas gerais abordar interesses compartilhados por todos os entes ou temas que pressupõem tratamento uniforme, inclusive para evitar desencontros entre órgãos jurisdicionais de entes diversos. Com tais objetivos, as normas gerais federais podem conter diretrizes ou princípios fundamentais, mas também o detalhamento que se faça necessário.[345] É, em verdade, a cada caso que se poderá precisar se caberia ou não legislação federal na matéria.[346]

De toda forma, importa notar que, para a processualista, as normas estaduais ou distritais específicas podem, eventualmente, portar regras ou princípios (diretrizes), desde que objetivem ao melhor funcionamento da justiça local. A norma suplementar, como a norma geral federal de direito processual, também é um conceito aberto, com zonas de incerteza que só podem ser delimitadas casuisticamente.[347] A legislação específica poderia abordar o que bem entendesse, desde que sem reflexos perniciosos na atuação de outros entes federados.[348]

Parece-nos que semelhante entendimento, além de não ter contado com a adesão do texto constitucional posto (e também do art. 190 do CPC, que pressupõe, mais uma vez, a distinção entre processo e procedimento), pode reduzir, ainda mais, o espaço da legislação estadual na matéria, pois, de certo modo, fica a cargo da União a mera escolha política dos temas que pretende regular. O legislativo estadual e distrital fica condicionado ou a tornar o procedimento posto por lei federal mais rígido (com exigência de mais documentos, de mais etapas procedimentais etc.) ou a defender, por vezes sem razão, a existência de omissões na legislação federal que lhe devolvam algum poder.

Ora, se a competência a que se refere o art. 22, I, da Constituição se restringe ao processo jurisdicional (não abarcando o administrativo e o legislativo), também se deve entender que o art. 24, XI, alude à competência de Estados e Distrito Federal relativa ao procedimento em matéria de processo jurisdicional. O processo e o procedimento dos Poderes Legislativo e Executivo não estariam disciplinados por tais disposições.

É bom que se diga, todavia, que Paula Sarno Braga compreende que as provas, a hipoteca, a responsabilidade patrimonial, a fraude contra credores e as condições da ação

---

344 BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro cit., p. 346.
345 Idem, p. 346-347.
346 Idem, p. 348.
347 Idem, p. 352-353.
348 Idem, p. 353.

são normas de direito *material*, ou seja, são "objeto de uma decisão".[349] Logo, são as normas processuais que dispõem quanto à forma de produção de normas jurídicas (ou decisões) e as materiais, por seu turno, determinam o conteúdo de uma norma, a substância da decisão, ou melhor, fornecem o critério de julgamento.[350] Bom que se diga que a processualista também considera o processo um fato jurídico, ante sua "dinamicidade e unidade".[351]

Daí, para Paula Sarno Braga, não seriam objeto de convenções *processuais*, ou por serem matéria de direito civil (de competência exclusiva da União, nos moldes do art. 22, I, CRFB/1988) ou por serem matéria administrativa, as seguintes hipóteses: (i) disposições pertinentes à responsabilidade patrimonial, já que para a autora tal situação jurídica decorre de fato extraprocessual e as normas que definem quem responde e com quais bens, ou seja, as normas utilizadas para a decisão são normas materiais;[352] (ii) a fraude contra credores, pois, na mesma esteira, define responsabilidade patrimonial, tendo natureza substancial;[353] (iii) a disciplina da prova também seria de direito material, pois igualmente estabelece regra de julgamento, sendo de direito processual as regras atinentes ao procedimento de produção da prova judicialmente ou à distribuição dinâmica do ônus pelo juiz;[354] (iv) as normas sobre hipoteca, por definirem restrições ao direito de propriedade, pelo que seriam de direito civil;[355] (v) as normas de organização judiciária, que seriam administrativas e, portanto, alheias ao poder de autorregramento das partes, porquanto constituem, organizam e distribuem órgãos jurisdicionais territorialmente, promovendo a divisão judiciária, entre outros aspectos.[356]

A processualista defende, ainda, que tanto o interesse quanto a legitimidade (condições da ação, portanto) possuem natureza substantiva (e não processual). Portanto, o interesse verifica-se em concreto, é utilidade e necessidade no tocante a um pedido e a uma causa de pedir relativos a um direito material, ou seja, se a "tutela pleiteada é útil e necessária para combater a lesão ou ameaça de lesão ao direito em jogo ou simplesmente realizá-lo (ou declará-lo, dando-lhe certeza jurídica)".[357] A legitimação ordinária, por sua

---

349 BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro cit., p. 159.
350 Idem, p. 159.
351 Idem, p. 122.
352 Idem, p. 169.
353 Idem, p. 174.
354 Idem, p. 185-186.
355 Idem, p. 172.
356 Idem, p. 206.
357 Idem, p. 192.

vez, é conferida em razão da titularidade do direito substantivo afirmado,[358] pelo que também não é questão de negócio processual.

Para Fredie Didier Jr., o processo é um ato-complexo e, nesse sentido, procedimento em contraditório, pois tem formação sucessiva em razão dos vários atos que se sucedem e se relacionam entre si em razão de um objetivo comum, a obtenção da tutela jurisdicional. No plano da eficácia, todavia, o processo traduz-se em diversas relações jurídicas processuais (entre as partes, entre autor e juiz, entre réu e juiz etc.), que podem ser resumidas em uma única relação *complexa*, que se chama *processo.*[359] O autor aponta, assim, que o mesmo termo (processo) é usado para designar o fato jurídico e, de outro lado, seus efeitos jurídicos.[360]

Entendemos, de todo modo, que razão assiste a Fernando da Fonseca Gajardoni. Partindo da compreensão de que o processo é, em acepção formal, a sucessão de atos processuais voltados a uma finalidade de obtenção de tutela jurisdicional e, em acepção substancial, a própria relação jurídica processual, o processualista defende que são normas puramente processuais ou normas processuais *stricto sensu*, e, consequentemente, de competência privativa da União, as normas relativas à relação jurídica processual. Para o autor, seriam as normas que dispõem: (i) sobre as partes e suas situações jurídicas (ônus, poderes, faculdades, deveres etc.); (ii) o magistrado e seus poderes-deveres, sua competência etc.; (iii) os auxiliares do juízo e suas atribuições; (iv) o exercício do direito de ação (condições da ação, pressupostos processuais, intervenção de terceiros etc.); (v) o exercício do direito de defesa e a forma de postular em juízo (petição inicial, resposta do réu, recursos, ações autônomas de impugnação etc.); (vi) os efeitos da prestação jurisdicional, como os efeitos da sentença e da coisa julgada.[361]

Como as normas puramente processuais demandam normas procedimentais que lhes deem funcionalidade, as normas procedimentais devem ser divididas, por sua vez, em duas modalidades: (i) puramente procedimentais, que regem o procedimento processual em sentido estrito, ou seja, a combinação dos atos processuais entre si; (ii) normas

---

358 BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro cit., p. 195.

359 DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 210, 2012. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/09/odireitodeacaocomocomplexodesituacoesjuridicas%C2%B9.pdf. Acesso em: dez. 2019.

360 Idem, ibidem.

361 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 42-45.

acidentalmente procedimentais, as que disciplinam o procedimento, dando funcionalidade aos institutos previstos em normas processuais.[362]

Nessa linha de intelecção, não se admitem convenções processuais, nos moldes do art. 190 do CPC, para criar órgãos do Poder Judiciário, alterar o quórum do julgamento etc.[363] Todas essas normas processuais geram posições jurídicas que não são titularizadas pelas partes, mas pelo Estado-Juiz. Também não é admissível que as partes convencionem a respeito das normas procedimentais que conferem funcionalidade a tais normas processuais (que dispõem sobre posições jurídicas de terceiros). Dessarte, se está vedado o *fim*, também o estão os caminhos que a ele conduzem. Tais matérias estão, portanto, submetidas à reserva legal. Teremos oportunidade de voltar ao tema, importando, por ora, analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, à luz dos arts. 22, I, e 24, XI, ambos da CRFB/1988.

3.3 Normas processuais e procedimentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Inicialmente, é importante assentar que não há uma diretriz clara, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a respeito do que se deve compreender como norma procedimental e como norma processual. Em verdade, os ministros se contentam em afirmar que a norma estadual em análise abordou matéria processual ou procedimental, sem maiores esclarecimentos. Feitas essas considerações, passemos a analisar os principais julgados do Supremo.

Na ADI 2.886, o Supremo firmou entendimento no sentido de que a legislação estadual pode disciplinar o inquérito policial, pois a matéria é de procedimento, e não de processo penal. Na mesma linha de intelecção, quando da análise da ADI 1285-1/SP, o Tribunal entendeu que a lei estadual pode disciplinar o inquérito civil no âmbito do Ministério Público Estadual, pois se trata de procedimento pré-processual, administrativo e instrumental. Quanto à disposição, pela mesma norma estadual, referente à legitimidade exclusiva do Procurador-Geral de Justiça para propositura de ação civil pública, o relator aduziu que a matéria é processual, sem outro aprofundamento.[364] Por sua vez, no

---

362 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 46.

363 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual* cit., p. 143.

364 "Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Artigos 105, 108, *caput* e § 1.º, 111, 166, V e X (este só no tocante à remissão ao inciso V do mesmo artigo), 299, § 2.º, todos da Lei Complementar

julgamento da ADI 1916/MS, o Supremo consignou que a norma estadual que conferiu legitimidade exclusiva ao Procurador-Geral de Justiça para propositura de ação civil pública não tem caráter processual, pois diz respeito apenas à organização institucional do Ministério Público. Os Ministros assentaram, em seus votos, todavia, que a legitimidade ativa é matéria de direito processual.[365]

No julgamento da ADI 1807/MT, o Supremo Tribunal Federal, tratando da fixação, por lei estadual, de competência dos juizados especiais cíveis e criminais, concedeu medida cautelar para suspender referida norma, assentando que aos juizados especiais, diferentemente do que se passa com os juizados de pequenas causas, não se aplica o art. 24, X, da Constituição, por não se tratar de competência concorrente para legislar sobre processo (como decidido anteriormente na ADI 1.127-MC). Ao final, a norma estadual foi julgada inconstitucional, asseverando-se que a Corte, em mais de uma oportunidade, decidiu pela inconstitucionalidade formal de "normas estaduais que exorbitem da competência concorrente para legislar sobre procedimento em matéria processual, adentrando aspectos típicos do processo, como competência, prazos, recursos, provas, entre outros" (ADI 1807, Tribunal Pleno, j. 30.10.2014).

Quando do julgamento do Agravo de Instrumento 210.068/SC, o Supremo Tribunal Federal volta a reconhecer a inconstitucionalidade de norma estadual que criou recursos (no âmbito dos juizados especiais), por se tratar de matéria de direito processual, e não procedimental. Ao decidir a ADI 4161/AL, o Supremo julgou inconstitucional lei estadual que estabeleceu depósito recursal prévio (requisito de admissibilidade do recurso), no âmbito dos juizados especiais, por ofensa à competência privativa da União, para legislar sobre matéria processual. E, no AI 210068, decidiu ser inconstitucional a criação,

---

n.º 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo. O inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal. Daí a competência concorrente prevista no artigo 24, XI, da Constituição Federal. A independência funcional a que alude o artigo 127, § 1.º, da Constituição Federal é do Ministério Público como instituição, e não dos Conselhos que a integram, em cada um dos quais, evidentemente, a legislação competente pode atribuir funções e competência, delimitando, assim, sua esfera de atuação. Pedido de liminar deferido em parte, para suspender a eficácia, *ex nunc* e até o julgamento final desta ação, das expressões 'e a ação civil pública' contidas no inciso V do artigo 116 e das expressões 'de promoção ou' contidas no § 2.º do artigo 299, ambos da Lei Complementar estadual n.º 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo" (ADI 1285 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25.10.1995, *DJ* 23.03.2001, p. 84, *Ement*. 02024-01/154).

[365] BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 72-74.

por lei estadual, de recurso (embargos de divergência) no âmbito dos juizados especiais, por violação ao art. 24, XI, da CRFB/1988.

Na ADI 2257/SP, tratou-se da ampliação, por lei estadual, das hipóteses do art. 28 do CPP que estabelece a necessidade de que o juiz, não concordando com a manifestação do Ministério Público que deixa de apresentar a denúncia e requer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, remeta tal documentação ao procurador-geral. O Tribunal limitou-se a afirmar que a lei estadual "[...] que dispõe sobre atos de Juiz, direcionando sua atuação em face de situações específicas, tem natureza processual e não meramente procedimental" (ADI 2257, Tribunal Pleno, j. 06.04.2005).

Foi no julgamento da ADI 1919/SP, que tratava da constitucionalidade de norma infralegal estadual (Provimento do Conselho Superior de Magistratura do Estado de São Paulo), que a relatora Ministra Ellen Gracie assentou que as normas pertinentes ao direito processual abarcam aquelas atinentes "'às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual' ou, [...], normas que têm em vista compor preceitos que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição".[366] No mérito, a relatora entendeu que a norma em questão, que tratava de destruição física de autos arquivados há cinco anos, não era de direito processual. De toda forma, a norma foi reputada inconstitucional, por violação de dispositivos constitucionais atinentes à preservação do patrimônio cultural nacional.

No julgamento da ADI 2655-1/MT, o Supremo firmou entendimento no sentido de que a lei estadual que trata do valor da causa invade competência da União, pois o tema se insere no campo do direito processual. A matéria voltou a ser decidida, no mesmo sentido, tanto liminar quanto definitivamente, na ADI 2052. Na decisão liminar, o Ministro Nelson Jobim consignou que a norma administrativa (decreto do Poder Judiciário) não poderia atribuir aos serventuários a fiscalização do valor da causa no ato da distribuição, verdadeiro poder de decisão de admissibilidade da ação, e que a matéria é de direito processual, de competência legislativa privativa da União.[367]

---

[366] ADI 1919, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 07.04.2003, *DJ* 1.º.08.2003, p. 107, *Ement*. 2117-29/237. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266800. Acesso em: 8 out. 2019.

[367] Confira-se: "Constitucional. Processual. Decreto judiciário do Tribunal de Justiça da Bahia que estabelece fiscalização do valor da causa no ato da distribuição do processo por serventuários da Justiça; que atribui poder de decisão aos mesmos; e direito à parte de recorrer, administrativamente, ao juiz distribuidor. É competência exclusiva da União legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). O tema

Um caso emblemático, na seara da competência concorrente em comento, é o da Lei Estadual 11.819/2005 do Estado de São Paulo, que autorizou o interrogatório por videoconferência. No Supremo, analisando o HC 90900/SP, a Ministra Relatora Ellen Gracie foi vencida ao defender que a questão era de procedimento, e não de processo penal, mais uma vez apresentando notas distintivas entre as normas processuais e procedimentais.[368] O Ministro Carlos Britto seguiu a relatora, asseverando que a lei estadual não tratou de processo, mas de procedimento, do *modus procedendi*. Para o ministro, a lei estadual "[...] não dispôs sobre o instituto do interrogatório em si; se cabe ou não interrogatório; quando será efeito ou não o interrogatório, simplesmente dispôs sobre o interrogatório por modo virtual e não por modo físico, presencial".[369]

Prevaleceu, todavia, o voto do Ministro Menezes Direito que apenas aduziu que o tema era processual por estar disciplinado no art. 185 do CPP. Na oportunidade, a Ministra Cármen Lúcia acompanhou a divergência, asseverando que "processo é meio e procedimento é modo. Trata-se de meio, do processo pelo qual se chega a um determinado objetivo". Tendo considerado, então, que a lei estadual tratou do *meio*, votou pela inconstitucionalidade. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Marco Aurélio, por seu turno, acompanharam o voto divergente, em razão de considerações a respeito da

---

está regulado no CPC. A norma baiana criou um juízo preliminar de admissibilidade que se afigura inconstitucional. Liminar deferida" (ADI 2052 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 17.12.1999, *DJ* 13.10.2000, p. 00009, *Ement*. 02008-01/00165).

368 Nas palavras da Relatora: "O tema envolve procedimento, e não processo penal e, por isso, autoriza a edição de lei estadual ou distrital para regulá-lo (CF, art. 24, XI). Processo é o conjunto dos atos processuais interligados pelos vínculos da relação jurídico-processual, ao passo que o procedimento consiste na ordem, forma e sucessão de tais atos processuais. Como registra a doutrina, 'sendo a noção de processo eminentemente teleológica, voltada para o resultado a obter-se, e noção de procedimento, ao invés, eminentemente formal, deve o legislador adequá-lo e apropriá-lo a uma perfeita discussão da causa, de modo a permitir ao Estado-Juiz a resolução justa ao litígio, com razoável celeridade' (Fernando da Costa Tourinho Filho, *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 561). No caso do interrogatório por intermédio de videoconferência, não há qualquer modificação da natureza do ato processual, e sim tão somente a forma de sua concretização e realização como emprego de meio tecnológico capaz de proporcionar maior celeridade e economia à instrução criminal, além de viabilizar o atendimento a interesses coletivos como a segurança pública. Assim, o Estado de São Paulo, ao editar a Lei n.º 11.819/05, não legislou sobre processo, e sim sobre procedimento, o que é perfeitamente legítimo no direito brasileiro (CF, art. 24, XI). Nesse sentido, não há inconstitucionalidade formal na regra que possibilitou a realização de interrogatório por videoconferência" (HC 90900, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Menezes Direito, j. 30.10.2008, *DJe*-200 divulg. 22.10.2009, public. 23.10.2009, *Ement*. 02379-04/00747. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604581. Acesso em: 10 out. 2019).

369 HC 90900, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Menezes Direito, j. 30.10.2008, *DJe*-200 divulg. 22.10.2009, public. 23.10.2009, *Ement*. 02379-04/00747. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604581. Acesso em: 10 out. 2019.

observância do devido processo legal, uma vez que o interrogatório é meio de defesa e de prova. O último consignou, ainda, a natureza híbrida do interrogatório, instrumental e substancial. O Ministro Gilmar Mendes entendeu também pela inconstitucionalidade por violação à competência privativa da União, para legislar sobre processo penal. O Ministro Eros Grau, a propósito, apenas seguiu o voto divergente, sem maiores considerações.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no tema do AI 749115/RS, no qual é questionada a constitucionalidade de "regulamento editado por órgão do Judiciário estadual que, com base na lei de organização judiciária local, preceitua a convolação de ação individual em incidente de liquidação no bojo da execução de sentença coletiva proferida em juízo diverso do inicial". O Ministro Relator Gilmar Mendes entendeu pela existência de repercussão geral, uma vez que compete ao Supremo, no caso, fixar "os limites impostos pelo princípio do juiz natural à atividade de normatização local, na tarefa de disciplinar procedimentos em matéria de processo".[370] O tema ainda está pendente de julgamento.

No HC 74.761/DF, o Supremo decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo do Regimento Interno do STJ, que exigia quórum de maioria absoluta para tomada de certas decisões, o que foi reputado matéria de direito processual.

Na ADI 47-1, o Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o decreto estadual, a respeito da ordem de pagamento de precatórios, não invadiu competência da União em matéria de direito processual, tratando-se de norma orçamentária e financeira e consignando-se que foi observado o preceituado no art. 100 da CRFB/1988. Quanto às disposições, por lei estadual, pertinentes aos depósitos judiciais, o Tribunal entendeu que a matéria não é de direito processual, tendo o Relator Ministro Eros Grau afirmado que "a recepção e a administração dos depósitos judiciais não são atos da atividade jurisdicional".[371]

Quanto à disciplina de reclamação, prevista em Constituição Estadual (CRFB/1988, art. 125, § 1.º), por Regimento Interno, para preservação da competência ou garantia da autoridade de decisões dos Tribunais de Justiça, o Supremo, analisando a ADI

---

[370] AI 749115 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.10.2010, *DJe*-235 divulg. 03.12.2010, public. 06.12.2010, *Ement*. 02445-01/00275. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617649. Acesso em: 10 out. 2019.

[371] ADI 1933, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 14.04.2010, *DJe*-164 divulg. 02.09.2010, public. 03.09.2010, *Ement*. 02413-02/0274, *RT*, v. 100, n. 904, p. 141-148, 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613871. Acesso em: 13 out. 2019.

2212, firmou entendimento no sentido de sua possibilidade, por tratar-se não de recurso, de ação ou de incidente processual, mas de exercício do direito de petição. A Relatora Ministra Ellen Gracie consignou, ainda, que a reclamação, "além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais". O entendimento foi reafirmado por ocasião da decisão da ADI 2480, quando o Relator Ministro Sepúlveda Pertence aduziu que a reclamação era questão ínsita aos poderes implícitos do Tribunal de Justiça. Este último caso também abordava a disciplina por Regimento Interno da reclamação prevista em Constituição Estadual (CRFB/1988, art. 125, § 1.º). No julgamento do RE 405.031, por outro lado, teve êxito a tese do relator Marco Aurélio no sentido da inconstitucionalidade da criação de reclamação pelo regimento do Tribunal Superior do Trabalho, por se tratar de matéria de direito processual, reservada, consequentemente, à lei federal (a CLT, a propósito).

Na ADI 2970, assentou-se a inconstitucionalidade da lei distrital que previa julgamento em sessão secreta nas ações penais originárias do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Coube, mais uma vez, à Relatora Ministra Ellen Gracie aduzir que a matéria era de direito processual e que: "São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição".[372] Ademais, a publicidade é garantia de validade não apenas da sessão/audiência de julgamento, mas da própria decisão proferida.

Na ADI 4414/AL, o Supremo analisou a constitucionalidade de lei alagoana (Lei Estadual 6.806/2007) que objetivou disciplinar o processo e julgamento de crimes praticados por organizações criminosas no Estado. O Supremo Tribunal Federal, na oportunidade, reputou constitucionais as disposições pertinentes: (i) à criação de vara especializada (CPP, art. 74), com competência territorial sobre todo o Estado de Alagoas, para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas, bem como a respectiva execução penal (LEP, art. 65), uma vez que se trata de matéria de organização judiciária (CRFB/1988, art. 125, § 1.º); (ii) à composição colegiada do órgão julgador de primeiro grau, por se cuidar de matéria de procedimento e por reconhecer a omissão da legislação federal no que diz respeito a assegurar a independência do juiz, no julgamento de crimes perpetrados por organizações criminosas (CRFB/1988, art. 24, § 3.º); (iii) ao

---

[372] ADI 2970, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 20.04.2006, *DJ* 12.05.2006, p. 00004, *Ement.* 02231-01/163; *RTJ* 200-01/56; *RDDP*, n. 40, p. 155-160, 2006; *LEXSTF*, v. 28, n. 330, p. 50-60, 2006; *RT*, v. 95, n. 851, p. 452-458, 2006.

protocolo autônomo e distribuição de ações, por ser tema de norma procedimental; (iv) à redistribuição de inquéritos policiais à vara especializada, em razão de alteração de competência em virtude da matéria (exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis)*; (v) à não redistribuição de processos em andamento (por critérios objetivos e abstratos), com fundamento em poderes implícitos atinentes à organização judiciária e à racionalidade que se impõem para assegurar a continuidade da prestação jurisdicional; (vi) à possibilidade de julgamento de casos urgentes mesmo fora da competência material da vara especializada, particularmente para relaxar prisões ilegais, quando se constate dúvida objetiva quanto à competência para processar e julgar o feito.

Foi determinada a interpretação conforme à Constituição dos dispositivos da lei alagoana que: (i) autorizavam a atuação do órgão julgador da Vara Criminal na fase pré-processual, para assentar que o julgador, na fase investigativa, tem o papel apenas de "juiz de garantias", de modo a obstar expedientes investigativos ilegais; (ii) estabeleciam a designação política do juiz substituto, impondo-se a adoção de critérios objetivos, impessoais e apriorísticos para sua indicação; (iii) violavam a competência constitucional do Tribunal do Júri, bem como a forma de sua composição, ante a reserva de lei federal no tema; (iv) que dispunham sobre o direito penal, uma vez que é a lei federal que deve conceituar os crimes praticados por organização criminosa.

O Supremo julgou inconstitucionais os dispositivos legais que: (i) possibilitavam a delegação discricionária de atos de instrução e execução, pelo órgão judicial que sofresse ameaças, à vara especializada, por ser matéria processual, além de violar o juiz natural e a vedação à criação de Tribunais de exceção; (ii) previam genericamente segredo de justiça a inquéritos e processos, violando o princípio da publicidade, que abarca os autos, sessões e audiências; (iii) dispunham sobre a indicação e nomeação dos juízes da vara especializada por decisão do presidente do Tribunal de Justiça, com aprovação do Tribunal, descurando dos critérios constitucionais de remoção e promoção de juízes (merecimento e antiguidade); (iv) estabeleciam mandato de dois anos para ocupação da titularidade da vara especializada, violando o direito à inamovibilidade do magistrado e a identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2.º); (v) violavam as normas sobre prevalência entre juízos firmadas no Código de Processo Penal (arts. 78 e 79).

Quanto à possibilidade de composição colegiada de órgão jurisdicional determinada pela lei estadual alagoana, a propósito, o Relator Ministro Luiz Fux aduziu que o tema era de procedimentos em matéria processual, "mercê da caracterização do

procedimento como a exteriorização da relação jurídica em desenvolvimento, a englobar o modo de produção dos atos decisórios do Estado-juiz, se com a chancela de um ou de vários magistrados".[373] O relator aduziu que a norma processual, por sua vez, é "aquela que cuida da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da ordenação do procedimento e da organização do processo – envolve, basicamente, a tríade, jurisdição, ação e processo".[374] O relator ainda considerou que a necessidade de tratamento por lei local estava comprovada por manifestação do Governador do Estado de Alagoas, a respeito da criminalidade no Estado (com riscos reais para as autoridades públicas), e que a norma atendia ao clamor popular.[375]

No julgamento da ADI 119, o Supremo teve oportunidade de assentar que é constitucional norma de Constituição Estadual que atribui ao Procurador da Assembleia Legislativa ou ao Procurador-Geral do Estado "a incumbência de defender a constitucionalidade de ato normativo estadual questionado em controle abstrato de constitucionalidade na esfera de competência do Tribunal de Justiça". O Tribunal entendeu que não há dever de simetria na matéria (CRFB/1988, art. 125, § 2.º).

Na ADI 3483, estabeleceu-se, por sua vez, a inconstitucionalidade de lei estadual que impôs prioridade, em qualquer instância, para a tramitação de feitos em que seja parte mulher vítima de violência doméstica. A Corte, por unanimidade, entendeu que a "fixação do regime de tramitação de feitos e das correspondentes prioridades é matéria eminentemente processual, de competência privativa da União, que não se confunde com matéria procedimental em matéria processual" de competência concorrente dos Estados-Membros. O Ministro Relator Dias Toffoli consignou, em seu voto, que a matéria era processual, como aquelas que adentram aspectos "típicos do processo, como competência, prazos, recursos, provas, entre outros".[376] Aduziu, ainda, que as hipóteses de tramitação

---

373 ADI 4414, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.05.2012, *DJe*-114, divulg. 14.06.2013, public. 17.06.2013. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= TP& docID=3994214. Acesso em: 13 out. 2019.

374 ADI 4414, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.05.2012, *DJe*-114, divulg. 14.06.2013, public. 17.06.2013. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= TP&docID=3994214. Acesso em: 13 out. 2019.

375 ADI 4414, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.05.2012, *DJe*-114, divulg. 14.06.2013, public. 17.06.2013. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP =TP& docID=3994214. Acesso em: 13 out. 2019.

376 ADI 3483, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03.04.2014, *DJe*-091 divulg. 13.05.2014, public. 14.05.2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP =TP& docID=5863314. Acesso em: 13 out. 2019.

prioritária constavam todas de leis federais esparsas e também do Código de Processo Civil.[377]

Na ADI 2922 reconheceu-se, por unanimidade, a constitucionalidade de lei estadual que disciplina a homologação judicial de acordo alimentar firmado com a intervenção da Defensoria Pública (Lei 1.504/1989, do Estado do Rio de Janeiro). O Relator Ministro Gilmar Mendes entendeu o seguinte:

> Processo é instrumento pelo qual o Estado presta a jurisdição, ao passo que procedimento é a forma como o processo é desenvolvido e executado. O direito processual cuida da unidade, da série de atos pelos quais se dá a prestação jurisdicional. O procedimento, por sua vez, é a ordem como esses atos serão desenvolvidos, tem relação com sua dinâmica, incluindo-se aí o modo de postular, a estrutura da petição inicial, o modo como serão colhidas provas admitidas pela legislação processual.[378]

Interessante notar que, no debate, os ministros consideraram que a lei estadual em questão continha preceitos de direito civil e processual civil (ex.: a lei fixa que o acordo de alimentos homologado judicialmente terá força executiva, que o acordo deverá prever correção monetária da pensão, estabelece que o juiz poderá recusar a homologação do acordo em casos que o próprio diploma prevê etc.), mas entenderam que não havia óbice a que a lei estadual *repita* alguns preceitos da legislação federal, inclusive os atinentes à competência privativa da União.[379] Prevaleceu o intuito de prestigiar a atuação do Poder Legislativo estadual e de fortalecer a atuação da Defensoria Pública em tema tão sensível.

Na ADI 2938, o Supremo fixou que invade a competência legislativa privativa da União, em matéria processual, lei estadual que: (i) prevê benefícios, como recolhimento em prisão especial, aos juízes de paz; (ii) define como competência funcional do juiz de paz o processamento de auto de corpo de delito e a lavratura de auto de prisão, na hipótese de recusa da autoridade policial (CRFB/1988, art. 144, § 4.º). Assentaram a constitucionalidade, por outro lado, da lei estadual no que definiu como competências

---

377 ADI 3483, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03.04.2014, *DJe*-091 divulg. 13.05.2014, public. 14.05.2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP =TP& docID=5863314. Acesso em: 13 out. 2019.

378 ADI 2922, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.04.2014, *DJe*-213 divulg. 29.10.2014, public. 30.10.2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=TP&docID=7014245. Acesso em: 13 out. 2019.

379 ADI 2922, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.04.2014, *DJe*-213 divulg. 29.10.2014, public. 30.10.2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=TP&docID=7014245. Acesso em: 13 out. 2019.

funcionais dos juízes de paz a arrecadação provisória de bens de ausentes e vagos, nomeando escrivão *ad hoc*, e o funcionamento como perito em processos.

Incidentalmente, no RE 223.037/SE, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, entendeu pela inconstitucionalidade de norma da Constituição Estadual que autoriza ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões. No voto do Ministro Maurício Corrêa, ficou assentado que:

> Procedimento é a forma que a lei estabelece para a formação e o desenvolvimento dos atos do processo. É elemento dinâmico da conformação processual, compondo-a, sem com ela confundir-se. Processo é o modo pelo qual o Estado, por intermédio dos juízes e dos tribunais, exerce a função jurisdicional, exteriorizando-se por meio de atos de impulsão, que constituem os próprios autos, como ensina Pinto Ferreira. Colhe-se desses argumentos que a legitimação, ativa ou passiva, para estar em juízo, ao contrário do sustentado pelo recorrente, não se insere no âmbito da matéria para a qual o Estado tem competência concorrente (CF, artigo 24, XI), mas sim no do direito processual, por constituir-se requisito umbilicalmente afeto à *ratio* do processo judicial.[380]

Na ADI 4409, a Corte firmou-se no sentido de que a lei estadual pode dispor sobre "a forma de cobrança do ITCMD pela Procuradoria-Geral do Estado, e de sua intervenção em processos de inventário, arrolamento e outros de interesse da Fazenda Pública", pois são normas de procedimento, que complementam a legislação federal processual.

Na ADI 6049, o Supremo entendeu pela constitucionalidade da obrigatoriedade, estabelecida por lei estadual, de que as crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de estupro sejam examinadas por perito legista mulher, uma vez que se trata de questão de procedimento, e não de direito processual penal.

Interessante mencionar, ainda, o teor da Súmula Vinculante 46 (e da ADI 1.628-8) que estabelece ser competência da União a disciplina dos crimes de responsabilidade e de seu procedimento. Nesse sentido, o art. 85, parágrafo único, da Carta Magna dispõe que compete à lei especial definir tais ilícitos, bem como definir as normas de processo e julgamento correspondentes. No julgamento da ADI 4764, o Supremo reafirmou referido entendimento, bem como assentou que "é vedado às unidades federativas instituírem

---

[380] RE 223037, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 02.05.2002, *DJ* 02.08.2002, p. 61, *Ement*. 2076-06/1061. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=250283. Acesso em: 13 out. 2019.

normas que condicionem a instauração de ação penal contra o Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa". No caso, a Constituição acreana condicionava a instauração de processo contra o Governador à autorização da Assembleia Legislativa, bem como impunha que, recebida a denúncia ou queixa, o chefe do Executivo estaria afastado automaticamente do cargo.

Como se percebe da análise dos julgados: (i) o Supremo entende que as disposições constitucionais distinguem normas de processo e normas de procedimento, para fins de atribuição de competência legislativa aos entes; (ii) a Corte não enfrentou, ainda, o desafio de, ao menos por maioria, conceber o conteúdo das normas de processo e das normas de procedimento. Algumas matérias, como competência, legitimidade ativa e passiva, recursos e seus requisitos de admissibilidade, atos judiciais, publicidade, valor da causa etc., são consistentemente, ainda que sem maiores detalhes, apontadas como questões de direito processual.

Como observa Luiz Antonio Ferrari Neto, o estudo da jurisprudência do Supremo na matéria é importante também pelas consequências que terá no âmbito das convenções processuais. Os convenentes, procurando se resguardar de possíveis nulidades, tendem a reputar as compreensões alcançadas pela Corte, que, em muitos casos, considera processuais normas que, para a doutrina, são procedimentais. O autor adverte que, a se levar em conta a jurisprudência do STF, haveria redução significativa das hipóteses de convenção em matéria de procedimentos.[381]

Importante notar, entretanto, que o Supremo parte, em definitivo, da compreensão de que há distinção entre normas processuais e normas procedimentais. Além disso, a Corte ainda não enfrentou tal conceituação em profundidade até o momento. Foram poucos os ministros que indicaram elementos para delimitar o espaço da competência privativa da União, em matéria de direito processual, e da competência concorrente, em matéria de procedimento. E, mesmo quando tais elementos foram apresentados, não se verificou efetivo debate.

O tema ganha, agora, novos contornos com o art. 190 do CPC. A União, no exercício de sua competência legislativa privativa em matéria processual, assegurou às partes a faculdade de convencionar a respeito de suas situações jurídicas processuais. Foi

---

[381] FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 51 e 53.

também a União que, no âmbito de sua competência para estipular normas gerais em matéria de procedimentos, assentou a possibilidade de que as partes também convencionem acerca do procedimento (e não do processo), tudo em conformidade com o princípio da liberdade e o de acesso à justiça constitucionalmente garantidos. Essa é norma que não exaure a disciplina dos procedimentos, que propicia às partes a possibilidade de suprir a omissão legislativa (federal ou estadual), que concretiza princípios basilares da República brasileira e que, por se tratar de norma federal, se sujeitará à futura interpretação do Superior Tribunal de Justiça.

De todas as lições apontadas, temos que "o processo é uma relação jurídica complexa, de caráter público e autônomo com respeito à relação jurídica de direito material", desenvolvendo-se por meio da sucessão de posições jurídicas assumidas pelos sujeitos processuais.[382] As normas processuais, de competência legislativa privativa da União, portanto, são aquelas que disciplinam a atividade dos sujeitos parciais (as partes) e imparciais (juiz e seus auxiliares).

A compreensão do conteúdo das normas processuais *stricto sensu,* bem como da existência de normas procedimentais que lhes dão operabilidade, é fundamental, como se vê, para diferenciar as convenções sobre situações jurídicas e as convenções sobre procedimento. Logo, no âmbito das normas puramente processuais, só se admitem convenções a respeito das posições jurídicas titularizadas pelas partes. Nos tópicos seguintes, teremos a oportunidade de analisar as convenções procedimentais e situacionais.

3.4 Convenções sobre procedimento

Quando se refere a procedimento, fala-se no próprio rito do processo, na sequência dos atos processuais e na relação que se estabelece entre eles visando à prestação da tutela jurisdicional.[383] O procedimento legal indica a ordem, o tempo, o lugar, a forma e o modo para a prática dos atos processuais.[384]

Nesse sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni apresenta uma ilustrativa imagem: "[...] o processo seria um veículo (instrumento) de transporte de carga (jurisdição,

---

382 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293 cit., p. 248.

383 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 48.

384 Idem, ibidem.

ação e defesa). O procedimento seria o tipo de veículo utilizado para o transporte desta carga, alguns mais rápidos, outros, mais lentos, alguns vão pelo ar, outros pelo mar, outros pelo chão [...]", mas sempre orientado a conduzir o veículo (processo) ao seu destino, o provimento judicial.[385]

As normas procedimentais, portanto, ditam o lugar e a forma lógica e cronológica com que se sucedem os atos processuais (ex.: o rito comum ou especial, as atividades desenvolvidas em audiência, a ordem dos processos nos tribunais etc.), organizando o desenvolvimento da relação jurídica processual.[386] São também procedimentais as normas que dão funcionalidade às normas processuais, disciplinando o aspecto temporal (prazos) e o modo de praticar os atos processuais (ex.: petição inicial, respostas do réu, recursos, formas de comunicação dos atos processuais etc.).[387]

As normas acidentalmente procedimentais tratam, em linhas gerais, do modo de atuação das partes, do magistrado e dos auxiliares do juízo. As normas puramente procedimentais, por sua vez, preocupam-se com o lugar que cada ato ocupa na sequência lógica e cronológica da marcha processual.[388]

Ambas as espécies de norma procedimental (as puramente procedimentais e as acidentalmente procedimentais) apresentam espaço para a celebração de convenções processuais. Antes, todavia, importa tecer algumas considerações a respeito do papel de assecuração da previsibilidade e legitimação da decisão judicial que, por longo período, foi atribuído ao procedimento legislado.

Como pontuamos no item 3.1, é fato que foi superado o "sistema de legalidade das formas procedimentais", que impunha nulidade até mesmo à sentença, se não fosse observada a prescrição legal quanto ao local que cada ato deve ocupar na cadeia procedimental. Isso não significa, todavia, que se possa afirmar que restou adotado, pura e simplesmente, o "sistema da liberdade de formas procedimentais", que não prevê qualquer ordem específica dos atos processuais a serem praticados, deixando aos sujeitos processuais tal organização, a cada momento.[389]

---

385 BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro cit., p. 50.
386 Idem, 50-51.
387 Idem, p. 51.
388 Idem, p. 93.
389 Idem, p. 94-95.

Foi superada, em verdade, a crença de que apenas aquele primeiro modelo seria capaz de proporcionar a previsibilidade e a segurança jurídica necessárias a legitimar o exercício do poder jurisdicional, ainda que, por vezes, se revelasse burocrático, com etapas e atos inúteis, ou não proporcionasse uma tutela adequada.[390] A rigidez procedimental era, ademais, encarada como garantia de controle pelos jurisdicionados (e Tribunais) da atividade estatal e de celeridade (em razão de seus prazos e preclusões rígidas), bem como forma de limitar os poderes do juiz e, assim, de equilibrar as forças entre os sujeitos da relação jurídica processual.[391]

Foi possível perceber, a propósito, que a liberdade de formas pode proporcionar a celeridade e a adequação almejadas, sem necessariamente impor insegurança procedimental.[392] De fato, se as normas procedimentais rígidas servem de garantia de previsibilidade e segurança, para dizer o mínimo, não é possível que sejam impostas às partes como um fim em si mesmo.[393] Se é possível garantir previsibilidade, a despeito da flexibilidade, não haveria razão para impedir o exercício de autorregramento da vontade e, no lugar, defender a cogência da legislação processual.

O que se exige apenas é que os sujeitos processuais conheçam previamente as normas que vão reger o rito procedimental, não importando, como bem observou Fernando da Fonseca Gajardoni, "a fonte de onde provenham" as normas em questão.[394] Ademais, o autor demonstra que não é o procedimento em si o fator de legitimação da atividade estatal, mas o contraditório.[395]

A exigência de legitimação da atividade jurisdicional deve-se particularmente à forma de investidura dos magistrados, uma vez que não são eleitos pelo titular do poder (povo), mas selecionados por meio de concursos públicos de provas e títulos. A legitimidade do processo "residiria na fórmula procedimental, isto é, na série de atos processuais concatenados, cujas regras formais bastariam como premissas legitimadoras da decisão, e não no conteúdo da decisão em si considerado".[396]

---

390 BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro cit., p. 95.
391 Idem, p. 98-99.
392 Idem, p. 95.
393 Idem, p. 100.
394 Idem, p. 101.
395 Idem, p. 111.
396 Idem, p. 112.

A flexibilização do procedimento, entretanto, não afasta a legitimidade da decisão a ser proferida. Em verdade, a possibilidade de variação ritual em razão da atuação das partes tem a vantagem de proporcionar "a conformação das partes [...] não só quanto ao resultado do processo, mas também quanto ao caminho nele adotado para se alcançar o resultado final".[397]

A legitimação da atividade jurisdicional, em verdade, não se apoia no formalismo exagerado, mas na observância do contraditório, que propicia a efetiva participação dos litigantes e sua maior conformação ao resultado alcançado. E tudo isso pode ser alcançado, como se expôs, a despeito da flexibilização pelas partes.[398-399]

A flexibilidade procedimental, inclusive, atende a outro anseio da doutrina: a prestação de uma tutela adequada ou diferenciada, o que depende do próprio rito a ser adotado.[400] Logo, se o processo demanda a realização de uma série de atos para que se possa chegar à prolação do provimento final, cabe ao procedimento ordenar tais atos, fixando o *modus operandi*[401] a ser seguido, e, portanto, é o procedimento que deve se adequar, na seara legislativa, às exigências do direito material ou, em sede judicial, às premências do caso concreto. Nesse cenário, constata-se que as convenções processuais autorizam as partes a promover a construção de um procedimento adequado, sem prejuízo do atendimento à previsibilidade.

---

397 BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro cit., p. 114.

398 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 115.

399 Fernando da Fonseca Gajardoni observa que, antes mesmo do CPC/2015, era admitida a eleição do procedimento, ao menos, pelo autor, por previsão legal (como a opção pelo Juizado Estadual ou pelo procedimento ordinário nas Varas) ou pela autonomia privada (como na opção pelo procedimento ordinário ao sumário ou especial). É que, nesses casos, a eleição do procedimento mais complexo maximiza também a possibilidade de defesa do réu, pelo que era aceita. O autor chega a defender que "[...] apesar de se afirmar que as normas procedimentais são cogentes, nosso sistema, vagarosamente, foi construindo tantas hipóteses de opção ritual que a regra se relativizou, tornando-se quase uma exceção. Por isto, já se pode analisar o procedimento sob uma outra ótica, e afirmar que ele é adaptável também conforme a vontade da parte, mantendo no campo das exceções apenas àquelas poucas hipóteses em que determinado rito é indispensável para a tutela do direito material ou da parte, ou nas situações em que a utilização do rito mais abreviado cause prejuízo efetivo ao direito do prejudicado pela adoção do procedimento menor" (Idem, p. 115).

400 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 108.

401 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 44-45.

Tratando da formulação convencional de novos ritos, Helder Moroni Câmara não admite negócio que elege uma lei ou regulamento, que não o Código de Processo Civil, para disciplinar o rito procedimental, bem como não admite a criação de um procedimento inteiramente novo.[402] O que as partes podem fazer é "adaptar" o procedimento já posto, sob pena de, em razão da relatividade dos contratos, o ajuste não ser oponível ao Poder Judiciário.[403]

Não encontramos razões para acatar referido óbice. De fato, alguns ritos constantes da legislação processual diferem-se do procedimento comum apenas em algumas fases (como no procedimento monitório) ou de forma mais intensa, em vários aspectos rituais (como na ação civil pública por improbidade administrativa). É difícil estabelecer a "medida" a partir da qual se tem um procedimento "novo". Por isso, salvo impossibilidade fática, nos moldes referidos no item 2.3.1, o magistrado deve observar o procedimento convencionado, que se afaste mais ou menos do comum, pois, além da autorização do art. 190 do CPC, tal conduta não é diferente daquela adotada em todo feito, porquanto sempre é preciso verificar um procedimento específico ou, ao menos, o modo particular de desenvolvimento do rito-padrão em certa relação jurídica processual. Assim, mesmo no caso de feitos sujeitos ao procedimento comum, o magistrado terá que se atentar às peculiaridades do caso, à necessidade de aplicação de técnicas diferenciadas (CPC, art. 327, § 2.º) etc. Em suma: o negócio procedimental não gera necessariamente maiores complicações que o legislado.

O espaço para a celebração de convenções sobre procedimento é amplo. As partes podem ampliar, alterar ou restringir os atos a serem praticados nas fases postulatória, saneatória e instrutória, bem como na etapa executiva. Podem convencionar formas (inclusive dos atos de comunicação), prazos, extensão das matérias a serem deduzidas, bem como podem modificar a ordem de produção de provas (produzindo, por exemplo, a prova pericial em momento anterior até mesmo à conciliação/mediação) ou desjudicializar etapas (como a mediação e a conciliação).[404]

Uma última preocupação, todavia, é apresentada por Luiz Antonio Ferrari Neto. Lembrando-se do quanto preceituado pelo art. 24, XI, da CRFB/1988, o autor afirma que a

---

402 CÂMARA, Helder Moroni. *Negócios jurídicos processuais*: condições, elementos e limites. São Paulo: Almedina, 2018. p. 161-162.

403 Idem, ibidem.

404 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 125.

superveniência de norma específica estadual poderia colocar em risco o quanto pactuado pelas partes, se conflitar com o convencionado. O conflito, para o autor, não seria apenas "entre os limites da competência legislativa, mas também envolvendo segurança jurídica e autonomia privada, que até então estariam sendo assegurados às partes em razão do vácuo legislativo estadual".[405]

Entende, nesse sentido, que, se já houvesse litígio entre as partes, seria possível defender que se trata de um direito adquirido (à aplicação da norma convencionada) e, se não houvesse o litígio, mera expectativa de direito, que cederia irresistivelmente ante a inovação legislativa. Apesar dessa ponderação, compreende que a norma estadual poderia proibir que os atos processuais fossem praticados de forma diferenciada, fulminando a convenção processual.[406]

Ocorre que não é a omissão legislativa, federal ou estadual, que autoriza a celebração de convenções processuais. O conteúdo dos pactos não se limita à integração do procedimento legislado, alcançando, em verdade, a adaptação do procedimento-padrão às exigências do caso concreto, e não, como faz (e continuará a fazer) a lei, às exigências, em abstrato, do direito material subjacente. O fundamento da norma convencional é sempre a liberdade e o acesso à justiça por meio de um procedimento adequado e, justamente por isso, o art. 190 do CPC não invadiu a competência legislativa estadual, pois simplesmente concretizou normas principiológicas que devem ser observadas por todos os entes federados. Não há espaço, portanto, à opção do Legislativo estadual, até porque a peculiaridade regional não impede a advinda do próprio caso concreto.

Ademais, a superveniência de lei estadual não afasta a observância do sistema de nulidades do Código de Processo Civil, que impõe a admissão de forma não prescrita em lei, desde que o ato atinja sua finalidade sem prejuízo às partes. Do contrário, retornaríamos à noção do formalismo como um fim em si mesmo. Pondere-se, inclusive, que só se fala em direito adquirido quando preenchidos os requisitos constantes da previsão normativa e, por isso, não basta analisar se há ação ajuizada, sendo imperioso verificar se já foram preenchidos os elementos para a norma convencional operar seus efeitos judiciais ou extrajudiciais (por exemplo: a cláusula de mediação prévia opera efeitos antes mesmo do ajuizamento).

---

405 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 54.

406 Idem, p. 55.

3.4.1 Princípio da adequação

As normas procedimentais são previstas como verdadeira garantia dos jurisdicionados em face do Estado, sendo importante meio de concretização da segurança jurídica.[407] De fato, por meio da previsão legal de um procedimento comum (ou mesmo de procedimentos especiais), garante-se o tratamento isonômico dos cidadãos, limita-se o poder estatal e é garantido um controle dos atos públicos (em face do parâmetro estabelecido pela lei).[408]

Como ensina Antônio do Passo Cabral, "[...] como são fruto da tradição, as formas compreendem a consagração da experiência de que aquele procedimento mostrou-se, ao longo dos séculos e no desenvolvimento das sociedades humanas, como o mais adequado para resolver litígios".[409]

O procedimento legal, portanto, proporciona às partes a presunção de que serão respeitadas as garantias processuais constitucionais. A observância da lei é garantia que aproveita aos jurisdicionados. Com o advento do art. 190 do CPC/2015, o respeito ao devido processo legal passa a implicar também a imposição ao Estado do dever de atender ao procedimento convencional.

Cria-se uma espécie de laboratório para que as partes, utilizando-se de sua *expertise*, apresentem soluções procedimentais, que eventualmente podem ser incorporadas pela própria lei processual. O princípio da cooperação extrapola os limites da comunidade de trabalho estabelecida em virtude da relação processual, para aprimorar também o procedimento legislado.

A redação do art. 190 do CPC, nesse ponto, deixa claro que a atividade criativa das partes não ocorre tão somente no sentido de simplificar o procedimento codificado, seja eliminando etapas que se mostrem inúteis naquele feito em particular ou alterando a ordem cronológica em que se verificam, seja aperfeiçoando os atos já previstos. Por vezes, a adequação da marcha processual à tutela do direito material subjacente importará a formulação de normas convencionais que tornem mais complexos os atos processuais a serem praticados, para o deslinde do feito.

---

407 WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? cit., p. 38.

408 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 119.

409 Idem, ibidem.

Daí discordarmos de Paula Costa e Silva que, analisando a lei brasileira, entendeu que foi imposta às convenções de procedimento, e não às convenções situacionais, a missão de prever rito *adequado* às especificidades da causa, o que seria, então, sindicável e, constatada a ausência da referida adequação, levaria à invalidação da avença.[410] Diferentemente do que a autora defende, entretanto, não parece certo admitir que o magistrado possa controlar as convenções processuais a partir do critério da adequação, a despeito da redação do dispositivo mencionado. Semelhante possibilidade enfraqueceria demasiadamente o exercício da autonomia privada pelas partes e poderia significar, por vezes, motivo de delonga e consequente desestímulo à negociação. Em verdade, deve-se prestigiar uma postura de deferência do magistrado para com os acordos ajustados pelas partes, que conhecem em detalhes o litígio subjacente.

De fato, o controle da adequação às exigências do direito material não pode ser delegado ao Poder Judiciário. Nesse sentido, se pode o magistrado alertar as partes dos efeitos que projeta ante os termos da avença, não é possível que o juiz faça o controle da adequação. Logo, "sendo a variante facultativa, compete-lhe aceitar a opção e tocar o procedimento conforme a opção estratégica da parte. Afinal, o ativismo do juiz exibe-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes conscientes e cooperadoras".[411]

Com isso, queremos mostrar que o novo Código de Processo Civil acolheu não apenas a flexibilização que se faça obrigatória à efetividade da prestação jurisdicional, à luz do caso concreto, mas também a *flexibilização-conveniência*, que torna o procedimento mais consentâneo com os interesses e expectativas das partes.[412] De fato, o acordo procedimental deve atender, portanto, às "circunstâncias que as próprias partes convencionam como relevantes para conferir um tratamento diferenciado ao procedimento", pois são as partes que devem eleger as especificidades que justificam a convenção.[413-414]

---

410 COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015, v. 1, p. 412.

411 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 236.

412 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização processual cit., p. 33.

413 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais* cit., p. 230.

414 No mesmo sentido, Gajardoni, Dellore e Roque consignam o seguinte: "A partir do texto legal, sustentável que só é possível a flexibilização voluntária do procedimento se a causa tiver alguma 'especificidade' que justifique a alteração ritual. Sem essa 'especificidade' (subjetiva ou objetiva) não seria possível a convenção. Não parece ter sido essa a intenção do legislador, pese a infelicidade na

Tentando formular limites ao eventual "capricho" das partes, Bruno Garcia Redondo entende que se deve exigir que a convenção confira "igual ou maior efetividade à tutela jurisdicional (ou à garantia constitucional) ou igual ou maior eficiência à prestação jurisdicional", ainda que prejudiquem a celeridade processual.[415] Como se vê, o autor não exige que o negócio possua efetividade e eficiência superiores às do rito legislado.[416]

Tal entendimento, todavia, não parece consentâneo nem mesmo com a circunstância de que o CPC/2015 não conta com norma semelhante àquela do art. 295, V, do diploma revogado ("Art. 295. A petição inicial será indeferida: V – quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal"). O novel diploma já não admite ao juiz poderio superior ao das partes para ditar a adequação do procedimento nem mesmo quando ele é modulado, de forma unilateral, pela parte. Parece que o entendimento, com reforço do art. 190 do CPC, é no sentido de que as partes têm melhores condições de saber qual o procedimento adequado e que o magistrado, nesse cenário, deve promover o contraditório, mas não sindicar isoladamente as opções rituais dos sujeitos parciais.

É compreensível que suponham que o juiz deve ter maiores poderes para controlar até mesmo a adequação do rito eleito pelos convenentes no afã de proteger as partes "delas mesmas", ou melhor, de seu eventual desconhecimento. Estranhamente, a inadequação do procedimento legislado não parece gerar o mesmo incômodo. Observe-se, entretanto, que o atendimento da vontade das partes, se não garante um procedimento perfeito, concorre para uma melhor experiência delas no ambiente judicial.

É possível, então, que o procedimento seja alterado pelas partes sem que se tenham benefícios, bem como que as partes deixem de modificar os aspectos que seriam recomendáveis. Não se exige, assim, que a parte "prove" que a opção eleita consensualmente atinge algum grau de eficiência ou de realização de valores

---

redação do dispositivo (que realmente dá a impressão dantes posta). A condicionante para ajustar o procedimento 'às especificidades da causa' não deveria constar do artigo 190, *caput*, do CPC/2015. A convenção sobre procedimento é possível quando, simplesmente, seja conveniente às partes, independentemente de haver ou não 'especificidades' na causa a justificar a variação ritual" (GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo:* comentários ao CPC de 2015 – parte geral cit., p. 624-625).

415 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 200-201.

416 Idem, p. 201.

constitucionais, sem prejuízo do atendimento aos deveres de probidade e boa-fé processual.

Enfim, não pode o juiz substituir a convenção em razão de sua avaliação pessoal ou, simplesmente, por supor que o negócio é inconveniente ou inoportuno.[417] Assim, se a despeito de tal inconveniência ou inoportunidade subjetiva o negócio for lícito, determinável (ou determinado) e possível, na linha do que temos explanado, deverá ser observado.

3.5 Convenções sobre situações jurídicas titularizadas pelas partes

Estudando o tema das situações jurídicas, Marcos Bernardes Mello pontua que o conceito tem uma acepção ampla, abarcando qualquer consequência produzida no mundo jurídico em razão de um fato jurídico, e uma acepção estrita, que compreende apenas a eficácia jurídica que não constitua relação jurídica.[418] Prosseguindo nessa classificação, o autor assinala que a situação jurídica *básica* decorre do fato de que não há fato jurídico totalmente ineficaz, ou seja, ele terá, ao menos, uma eficácia mínima, ainda que distinta da que lhe é específica (ex.: a posse será considerada de boa-fé até que se revele a má-fé que a fundou).[419]

As situações jurídicas básicas envolvem, portanto, tanto a eficácia mínima e única de alguns fatos quanto a eficácia plena.[420] Dentre tais posições jurídicas, tem-se, ainda: (i) as situações jurídicas simples ou unissubjetivas, que têm referibilidade imediata e direta a uma única esfera jurídica, são oponíveis *erga omnes* (ou seja, sem destinatário determinado ou determinável) e podem ser impostas judicialmente;[421-422] (ii) as situações jurídicas complexas ou intersubjetivas unilaterais, que envolvem uma única esfera jurídica, embora pressuponham sempre a intersubjetividade (como é o caso da promessa de

---

417 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 188.

418 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência cit., p. 94-95.

419 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia – 1.ª parte. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 100-101.

420 Idem, p. 102.

421 Idem, p. 105.

422 Idem, p. 107-109.

recompensa);[423] (iii) a relação jurídica, que é sempre intersubjetiva, podendo surgir de um fato jurídico ou em razão de incidência da norma jurídica.[424]

As situações simples podem consistir em atribuição de *qualidade* de ser pessoa ou sujeito de direito, importando direitos subjetivos (como a capacidade de ser parte, a legitimidade interventiva[425] ou a legitimidade para o processo),[426] ou em uma *qualificação individual* desse sujeito, revelando *status* individuais decorrentes de capacidades específicas, dados que compõem o suporte fático de normas jurídicas (como a qualificação de solteiro que autoriza o casamento).[427] Observe-se, ainda, que as qualidades não são relacionais, pois não implicam ônus ou submissão da esfera jurídica de outrem, mas somente em simples dever de atender ao direito subjetivo.[428]

Por sua vez, a relação jurídica caracteriza-se sempre por atender aos seguintes princípios: (a) princípio da *intersubjetividade,* pois se estabelece, ao menos, entre dois sujeitos (determinados ou determináveis ou entre sujeito determinado/determinável, de um lado, e do *alter*, de outro) em lados opostos;[429] (b) princípio da *essencialidade do objeto*, que são coisas, bens imateriais ou promessa de prestação que integrem concretamente a esfera jurídica de um sujeito;[430] (c) princípio da *correspectividade de direitos e deveres*, pelo qual as relações importam direitos, deveres, obrigações, situações de acionado e excetuado entre as partes;[431] e o (d) princípio da *coextensão de direito, pretensão e ação*,

---

423 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia – 1.ª parte cit., p. 182.

424 Idem, p. 188.

425 Como ensina Marília Siqueira da Costa: "Daí é possível extrair que a legitimidade interventiva constitui, do mesmo modo, uma qualidade jurídica do sujeito, o que pode ser percebido com maior clareza se se tratar de legitimidade interventiva atribuída por via negocial. Note-se que ela confere ao sujeito uma posição jurídica despida de qualquer relação de correspectividade com outro sujeito, pois ainda que haja uma relação jurídica material subjacente, a legitimidade interventiva em si constitui situação jurídica autônoma; isto é, a posição jurídica assumida pelo sujeito na relação material não corresponde àquela conferida pela legitimidade interventiva. Perceba-se, no entanto, que, apesar de as qualidades jurídicas em geral serem situações jurídicas em sentido estrito, e, por isso mesmo, somente se referirem à esfera jurídica de um sujeito, a criação negocial de situações jurídicas positivas dessa espécie, em regra, somente serão efetivas se contarem com a participação dos sujeitos a elas relacionados, pois o dever de respeito dessas qualidades decorre de sua oponibilidade e impositividade. Se assim é, somente haverá oponibilidade e impositividade se a qualidade tiver fonte legal ou as partes se vincularem voluntariamente, por meio de negócio jurídico" (COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 61-62).

426 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial – 2.ª série. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1, p. 762.

427 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia – 1.ª parte cit., p. 106.

428 Idem, p. 108.

429 Idem, p. 190-191.

430 Idem, p. 196-197.

431 Idem, p. 199.

que nem sempre se faz presente, pois há direitos sem exigibilidade, como a dívida de jogo, ou mesmo ações que não se relacionem a um direito, como na ação popular etc.[432]

À luz do explanado, as situações jurídicas, a que o art. 190 do CPC se refere, são consequências da irradiação dos efeitos dos fatos jurídicos. Portanto, como se viu, os fatos adentram no mundo jurídico dando origem a direitos, deveres, ônus, faculdades, poderes etc.[433] O procedimento, que também pode ser regulado pelos convenentes, por sua vez, é um conjunto de atos que se sucedem no tempo dando origem à categoria do ato-complexo.[434]

A situação ou posição jurídica subjetiva é atribuída pela norma jurídica a um sujeito, conferindo-lhe um poder ou dever de praticar um ato jurídico. Daí se falar também em situação *legitimante,* uma vez que autoriza o sujeito à prática, por exemplo, de atos processuais.[435] A posição jurídica, portanto, possui dois elementos: *o sujeito* e sua *conduta.*[436] Importa notar que o conceito não se confunde com o de direito subjetivo, pois este é mais amplo, passando a existir quando a situação subjetiva se transforma em pretensão, a uma prestação ou à realização de um ato, oponível em face de outrem.[437]

Para Paula Costa e Silva, os poderes processuais se aproximam de poderes potestativos, mas apenas na medida em que seu exercício provoca a necessidade de que o juiz tome o ato em consideração.[438] Tais poderes surgem com um ônus para o titular.[439] Ao longo da marcha processual, as partes são investidas de poderes e faculdades, para exercerem adequadamente o direito de ação (direitos instrumentais, portanto).[440]

A autora, ainda, reconhece a existência de deveres de cooperação, de boa-fé e de probidade, e alguns independem do sujeito processual (como a cooperação) e outros dizem respeito a alguns sujeitos especificamente.[441] Tais deveres impõem a adoção ou abstenção

---

432 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia – 1.ª parte cit., p. 200-201.
433 Idem, p. 30.
434 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento cit., p. 372.
435 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007. p. 63.
436 Idem, p. 59-61.
437 Idem, p. 62.
438 COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo*: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 130.
439 Idem, p. 133.
440 Idem, p. 134.
441 Idem, p. 134-136.

de condutas, a prática de atos ou pautam a intervenção no processo por padrões determinados.[442] Os deveres processuais limitam o exercício do direito de ação.[443]

Para Heitor Vitor Mendonça Sica, as posições jurídicas processuais das partes podem ser classificadas em *ativas*, se autorizam o agente a atuar na esfera jurídica alheia, e *passivas*, se impõem um estado de sujeição ao agente.[444] As primeiras, ademais, visam a atender interesse próprio do agente, assegurando, pela prática do ato processual a que correspondam, a obtenção de uma posição de vantagem.[445] As posições ativas podem sempre ser renunciadas, ainda que a omissão ou a prática do ato em desconformidade com o modelo legal acarrete necessariamente consequências negativas ao titular.[446] As posições passivas, por sua vez, observam a interesses de terceiros ou ao interesse público e, por isso, não admitem inadimplemento. Ou o agente obedece à imposição ou sofrerá sanção processual, que, em verdade, não tem efeito liberatório.[447]

Em sentido contrário, Helena Najjar Abdo consigna que as posições ativas são permissões dadas pelo ordenamento para que o sujeito pratique condutas que podem se exaurir na esfera jurídica do agente, como as *faculdades*, ou na esfera alheia, como o *poder*.[448] As situações passivas, para a autora, "identificam-se por representar uma necessidade, a qual se resolve em um sacrifício e, assim, na subordinação de um interesse".[449] Seriam, portanto, o dever (imposição de uma conduta), o ônus (faculdade cujo exercício é necessário para atingimento de um interesse) e a sujeição (imposição de suportar comportamento alheio, particularmente provimentos judiciais).[450-451]

---

442 COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo*: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit., p. 136.

443 Idem, p. 143.

444 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 97.

445 Idem, ibidem.

446 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293 cit., p. 249.

447 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 103.

448 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo* cit., p. 65.

449 Idem, p. 66.

450 Idem, ibidem.

451 Quanto à sujeição, entretanto, Helena Najjar Abdo consigna o seguinte: "Parcela da doutrina, porém, não aceita a existência da figura da sujeição, por repudiar a categoria das chamadas *situações inativas*. A sujeição, segundo Franco Cordero, expressaria a condição na qual se encontra um sujeito em cuja esfera incidem os efeitos de cumprimento de um ato por parte de outro sujeito. Conclui esse autor, assim, que não se trata de uma autêntica situação subjetiva, mas de um pálido reflexo do poder exercido por outrem" (Idem, p. 70).

Para André Luís Santoro Carradita, as situações ativas, que seriam as faculdades e os poderes, autorizam seus titulares a praticar uma conduta ou exigir sua prática de outrem e têm por fundamento as garantias processuais constantes na Constituição Federal, particularmente o direito de ação, o contraditório e a ampla defesa.[452] As situações passivas, por sua vez, impõem a prática de um ato ou a aceitação de ato por outrem, como se passa nos deveres e no ônus.

Analisando as situações jurídicas apontadas pelo CPC/2015, ademais, Antonio do Passo Cabral entende cabíveis convenções processuais para ampliar, modificar e extinguir: (i) direitos subjetivos de que disponham as partes; (ii) poderes, pelos quais a parte pode influir na vontade da parte adversa; e (iii) faculdades que possibilitem a atuação livre da vontade da parte; (iv) ônus processuais, uma vez que eles geram efeitos na esfera jurídica do próprio interessado. No que tange aos deveres legais (obrigações que restringem a vontade da parte), não se admite sua modificação ou extinção, mas, sim, a criação de outros deveres.[453]

Quanto ao conteúdo do negócio processual mencionado, Paula Costa e Silva, antes mesmo da edição do CPC/2015, faz interessante colocação, sugerindo que "modelar o procedimento é regular, indirectamente, a exercibilidade de situações processuais que, previstas para um procedimento padrão, na hipótese de procedimento gizado pelas partes sofrem desvios".[454] Há, efetivamente, uma natural relação de implicação entre os atos do procedimento e o surgimento das situações jurídicas, dado que elas demandam normas procedimentais para serem exercitadas. Ocorre que também tais posições jurídicas são consequências dos fatos jurídicos, como são os atos do procedimento.

A autonomia das categorias, entretanto, pode ser extraída do fato de que o art. 190 do CPC se refere à possibilidade de convencionar a respeito das situações jurídicas (eficácia jurídica) asseguradas pela norma legal e acerca do procedimento previsto em lei – os quais, portanto, não se confundem com os advindos de desdobramentos da avença –, de forma a provocar situações jurídicas de origem convencional ou para gerar procedimento convencional.

---

452 CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 127-128.

453 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais* cit., p. 290-294.

454 COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material cit., p. 412.

Na mesma linha, discordando da processualista portuguesa, Gajardoni, Dellore e Roque advogam a tese de que as convenções podem se referir apenas ao procedimento, sem modificação das situações jurídicas, e vice-versa.[455] Para Lorena Miranda Santos Barreiros, a questão da distinção entre convenções sobre situações jurídicas e sobre procedimento será resolvida pelo critério da preponderância, e não da exclusividade, pois entende que, efetivamente, tais situações surgirão e serão exercidas dentro de um procedimento.[456]

Forte na defesa da distinção constante do art. 190 do CPC, Antonio do Passo Cabral[457] adere à tese da existência de: (i) convenções dispositivas, que moldam o procedimento (como a prorrogação de competência convencional e o acordo sobre ônus da prova), derrogando normas legais; (ii) acordos obrigacionais, pelos quais as partes ajustam um fazer ou um não fazer, ou seja, obrigam-se a certos comportamentos, abdicando de situações jurídicas por eles titularizadas.

Analisando o tema das espécies de convenções processuais, à luz do direito francês, Loïc Cadiet reconhece a distinção apontada, mas aduz que, a depender do objeto do negócio, seus efeitos dependerão, ou não, de decisão judicial.[458] Haveria, portanto, uma diferença no grau de intensidade de intervenção judicial na aplicação da convenção.[459] Nessa esteira, as convenções dispositivas (*conventions de disposition processuelle*) produzem efeitos imediatamente, pois as partes dispõem de seus próprios direitos processuais.[460] Por seu turno, as convenções de procedimento (*conventions d'administration processuelle*) dependem de decisão judicial para surtir efeitos, pois se relacionam com o funcionamento do serviço público jurisdicional e cabe ao juiz assegurar o bom desenvolvimento dessa atividade.[461] As convenções de procedimento,

---

455 Confira: "Pode haver flexibilização voluntária do procedimento sem alteração nas situações jurídicas processuais (poderes, deveres, ônus e faculdades das partes). Pode haver convenção sobre situações jurídicas sem flexibilização do procedimento. E pode haver ambas, isto é, alterações procedimentais voluntárias acompanhadas de convenções sobre situações jurídicas (cf. Enunciado n.º 258 do FPPC). Há, portanto, autonomia entre as duas espécies de negócios jurídicos bilaterais atípicos previstos no artigo 190, *caput*, do CPC/2015 (convenção sobre procedimento e convenção sobre situação jurídica)" (GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo:* comentários ao CPC de 2015 – parte geral cit., p. 625).

456 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 219.

457 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais* cit., p. 72-73.

458 CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels cit., p. 108.

459 Idem, p. 110.

460 Segundo o autor, deve-se verificar também se as partes podem dispor do próprio direito material subjacente, para que possam fazê-lo quanto às situações processuais (Idem p. 108).

461 Idem, p. 108-109.

consequentemente, estariam mais fortemente submetidas às próprias disposições legais do direito processual.[462]

Assevere-se, ainda, que a doutrina costuma apontar a circunstância de que haveria uma relação entre as posições subjetivas ativas e passivas: (i) ao poder corresponderia a sujeição; e (ii) à faculdade e ao ônus, o dever.[463] A tese de correspondência, entretanto, ainda encontra resistências na doutrina. Para Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, por exemplo, a maioria dos direitos processuais são poderes, os quais, semelhantemente ao que se passa com os direitos potestativos, alteram a ordem preexistente por conduta voluntária do titular. De acordo com o autor, todavia, embora tal situação jurídica envolva mais de um sujeito, seus efeitos se produzem em apenas uma esfera jurídica, não se caracterizando como relacionais, consequentemente.[464] Outrossim, observa que o ônus processual, que consiste no que é lícito ao sujeito fazer e não propriamente na consequência de sua ação ou omissão, também não seria relacional, esgotando-se na esfera jurídica do titular.[465-466]

Há quem aponte, ainda, que nem sempre uma situação jurídica caberá em apenas uma categoria (faculdade, poder, dever ou ônus). Daí, por exemplo, o vencido ter o ônus e o poder de recorrer e, uma vez que o faça, surge um dever para o Poder Judiciário de julgar.[467]

Nos tópicos seguintes, de todo modo, vamos esmiuçar o conceito das situações jurídicas mencionadas pelo art. 190 do CPC, a fim de melhor delimitar o espaço que o diploma processual conferiu à atividade consensual das partes, no tocante às normas processuais.

3.5.1 Convenção sobre deveres

As situações jurídicas passivas das partes são os deveres processuais, representando um vínculo de sujeição que não admite ao afetado escolher adimpli-los ou

---

462 CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels cit., p. 113.
463 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo* cit., p. 71.
464 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais cit., p. 763.
465 Idem, p. 764.
466 No mesmo sentido: COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo*: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit., p. 147.
467 CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil* cit., p. 130.

não. Ademais, ainda que o descumprimento do dever gere sanções, persiste, em regra, o interesse (público ou de terceiros) no atendimento do dever. Em suma: o cumprimento do dever (por condutas omissivas ou comissivas) pode não trazer vantagens à parte, mas seu descumprimento será sancionado, sem prejuízo da exigência do regular atendimento à norma violada.[468]

Tratando dos deveres processuais, Paula Costa e Silva observa que eles são institucionais, isto é, orientam-se pela realização da justiça, pela dignificação do exercício do direito de ação e no sentido de impedir um uso indevido dos meios processuais. Eles não se dirigem, nessa linha de intelecção, a tutelar situação da parte contrária ou mesmo do magistrado. Mesmo o fato de que a violação de um dever possa gerar direito a indenização não invalida o quanto disposto, uma vez que pode ocorrer de que, a certa altura e em razão de certas circunstâncias, situações absolutas comportem relações jurídicas.[469]

Há dois tipos de deveres impostos pela legislação processual: aqueles que atendem a um interesse público (como os deveres de probidade, relacionados à boa-fé objetiva) e aqueles que atendem, ao menos imediatamente, a um interesse privado[470] (como o de informar o endereço completo do advogado). O cumprimento de um dever, portanto, beneficia outrem que não aquele que o observou.[471]

Nesse cenário, Pedro Henrique Nogueira admite a licitude de convenções que ampliem o elenco de deveres (ex.: negócio para limitar o número de laudas das manifestações das partes), bem como para criar suas respectivas sanções, pecuniárias ou não, como multa para a parte que deixa de franquear acesso, na data previamente fixada, ao imóvel que será inspecionado. O autor entende, todavia, pela ilicitude de convenção para excluir deveres legais, que decorram de normas cogentes, mas não do negócio que reforce os deveres processuais previstos, particularmente pela imposição de outras sanções a par das legais (como o aumento de multa por litigância de má-fé).[472]

---

468 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293 cit., p. 251.

469 COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo*: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit., p. 152-155.

470 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil cit., p. 191.

471 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 126.

472 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários a enunciados – Capítulo I cit., p. 211.

Em sentido contrário, Flávio Luiz Yarshell rechaça a possibilidade de negociar a ampliação das condutas que caracterizam má-fé processual ou mesmo a criação das sanções a serem aplicadas em caso de conduta ímproba ou atentatória à dignidade da justiça.[473] Admite, por outro lado, a aposição de cláusula que preveja multa contratual (cláusula penal), para o descumprimento de regras processuais, inclusive as pertinentes à litigância de má-fé. Caberia ao próprio magistrado reconhecer a violação da norma contratual, com cobrança da multa no mesmo feito, sem prejuízo de ajuizamento de ação autônoma, se a questão não for discutida nos autos em que se deu o inadimplemento contratual.[474]

Compreendemos, todavia, que mesmo na seara das normas processuais de observância obrigatória, como os deveres, por vezes, haverá espaço para convenção das partes que objetive incrementar ou reforçar a determinação legal. É o caso de convenção que cria multa em caso de não alegação oportuna de prescrição ou decadência etc.[475] O tema, ademais, deve ser decidido, preferencialmente, nos próprios autos em que se deu a violação da norma convencional, sem prejuízo de ação autônoma que se faça necessária, na esteira do que professa Yarshell.

Finalmente, há alguns casos em que as consequências do descumprimento do dever processual envolvem, entre outros aspectos, imposição de sanção pecuniária em proveito da parte adversa (como se vê no art. 258, parágrafo único, art. 774, parágrafo único, e art. 81, todos do CPC). Nessas situações, admite-se que as partes convencionem a respeito do componente financeiro que lhes aproveitaria, inclusive para eliminá-lo.[476]

3.5.2 Convenção sobre faculdades

As faculdades são direitos que a parte pode exercer, no seu próprio interesse, com fundamento no princípio da legalidade (CRFB/1988, art. 5.º, II).[477] As poucas faculdades processuais, ademais, não acarretam, para a parte que deixa de praticá-las, necessariamente

---

473 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? cit., p. 84.

474 Idem, p. 85.

475 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 91-92.

476 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 131.

477 Idem, p. 126.

uma posição de desvantagem.[478] Em verdade, é nisso que elas se distinguem dos ônus processuais, pois, embora ambos atendam a interesse do próprio agente, o inadimplemento delas não acarreta situação desvantajosa, ao passo que o inadimplemento do ônus conduz à preclusão.[479-480]

Para Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, pelas faculdades processuais as partes exercem a liberdade de atuar no processo, conforme sua vontade. As faculdades, para os autores, podem ser *puras*, se não trazem vantagens ao agente ou desvantagens à parte adversa (como a faculdade de constituir mais de um advogado), ou *impuras*, quando afetam a esfera jurídica de outrem (como nos ônus e deveres). Os autores também anotam que são poucas as faculdades *puras* e de menor importância.[481]

Há, portanto, *certa* liberdade para atuar. Nesse sentido, são faculdades processuais, por exemplo:[482-483] a possibilidade de apresentação da contestação antes da audiência de conciliação ou mesmo em qualquer dia dentro do prazo; a possibilidade de contestação oral ou escrita no âmbito dos juizados; possibilidade de litigar sem advogado no âmbito dos juizados (a depender do valor da causa) e na justiça do trabalho; faculdade de escolher a forma do ato processual, quando não exigida por lei tipo específico; faculdade de constituir mais de um advogado; faculdade de apresentar alegações manuscritas ou digitalizadas[484] etc. Luiz Antonio Ferrari Neto aponta, ainda, alguns negócios típicos:[485] cláusula de eleição de foro, convenção de arbitragem etc. Algumas

---

478 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil cit., p. 191.

479 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 101.

480 Para Heitor Vitor Mendonça Sica, seria mais correto "[...] contrapor às *faculdades* – na acepção há pouco alcançada – os *direitos processuais*, sendo as primeiras poderes cujo exercício não está sujeito a ônus, ao passo que os demais são poderes cujo exercício está sujeito a ônus. Em face do inadimplemento das faculdades, não se preveem consequências; dos direitos, sim" (Idem, ibidem).

481 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 166.

482 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 128-129.

483 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo* cit., p. 65.

484 CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil* cit., p. 127.

485 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 129.

convenções atípicas podem ser de interesse das partes, nesse campo, como o ajuste para limitar o número de laudas de peças processuais etc.

Interessante notar, ainda, que a *faculdade* não se confunde com a mera licitude da conduta. O comportamento conforme um dever, por exemplo, é lícito e nem por isso é facultativo.[486]

3.5.3 Convenção sobre ônus

O ônus caracteriza-se por ser de interesse particular da parte, proporcionando-lhe posição de vantagem.[487] Seu inadimplemento (por conduta ativa ou omissiva), entretanto, conduz não à perda do ônus processual em si mesmo, mas à perda do direito a ele vinculado em virtude da preclusão para a prática do ato.[488] A não adoção do comportamento, portanto, impõe consequências negativas (a preclusão, a perda da possibilidade de realizar o ato processual), mas não sanções.[489] O ordenamento jurídico, portanto, deixa o sujeito livre de qualquer coação para agir e também livre de dever de indenizar, mas, para obter ou preservar seu direito, deverá agir.[490]

A propósito, a maioria dos atos dos sujeitos parciais é gravada por ônus processual.[491] De fato, a parte tem liberdade para decidir pela prática, ou não, de uma ou alguma das atividades de seu interesse,[492] não podendo ser impelida a adotar tais condutas.[493] Assim, o sistema foi estruturado a partir da noção de ônus, por razões práticas, porquanto o emprego de deveres demanda, por vezes, discussões a respeito do cabimento da sanção em caso de inadimplemento, com prejuízo ao célere andamento da marcha processual.[494] Ademais, as consequências sofridas pelas partes que não se desincumbem de

---

486 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo* cit., p. 65.

487 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil cit., p. 191.

488 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293 cit., p. 250.

489 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 126.

490 GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *RFDUSP*, São Paulo, v. 77, p. 181-182, 1982.

491 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293 cit., p. 250.

492 Idem, p. 252.

493 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil* cit., p. 166.

494 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 104.

um ônus são até mais graves que as sanções impostas em razão da desobediência a deveres, servindo de estímulo à atuação diligente das partes.[495] Os ônus funcionam, assim, como "uma espécie de *força motriz* do procedimento".[496]

Além disso, os ônus não beneficiam a parte adversa e seu descumprimento também não lhe causa qualquer prejuízo processual.[497] Eventualmente, o ônus atua como uma condição para a eficácia de atos do próprio agente (como o ônus de recolhimento do preparo, para que o recurso seja interposto) ou requisito para que outrem pratique atos (como o adiantamento de honorários do perito).[498]

Os ônus também não são obrigações, pois estas são posições de vantagens do credor em face do devedor com relação a um bem.[499] O inadimplemento da obrigação, inclusive, viola o ordenamento jurídico,[500] o que não se passa com a inobservância do ônus.

A relação, ademais, entre o inadimplemento do ônus processual e a ocorrência da preclusão apenas reforça a compreensão de que as partes gozam de liberdade para melhor administrar seus interesses no processo. Como observa Heitor Vitor Mendonça Sica, é a capacidade das partes de se autorresponsabilizar que justifica o regime preclusivo que a elas se dirige. Tal regime, portanto, "[...] atende a um escopo publicista [de eficiência do processo], mas se fundamenta por uma ideia essencialmente privatista (qual seja a de que as partes podem dispor de seus direitos de cunho processual quando em litígio)".[501]

A maioria das convenções situacionais que as partes venham a celebrar deverá dispor a respeito dos ônus, uma vez que, como mencionado, surgem em maior número por opção política do sistema processual brasileiro. Nessa linha, admite-se, por exemplo, convenção para afastar a presunção de veracidade ou autenticidade de fatos ou documentos não impugnados na contestação (ou em outro momento processual em que aportados tais

---

495 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo* cit., p. 68.
496 Idem, p. 69.
497 CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil* cit., p. 129.
498 Idem, ibidem.
499 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil* cit., p. 166.
500 CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil* cit., p. 129.
501 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 327.

elementos aos autos), superando até mesmo a revelia, pois se trata de autêntica convenção sobre o ônus da prova.[502]

A doutrina[503] chega, inclusive, a propor negócios sobre ônus extrajudiciais. Seria o caso da cláusula de *disclosure* ou *discovery*, típica do direito anglo-saxão. Nesse caso, as partes impõem o dever de entrega de documentos em procedimento extrajudicial, mas, caso a entrega não se realize no prazo estipulado, a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte adversa já se verifica de pronto, ou seja, sem necessidade de ação de exibição de documentos.[504] Outra opção é que a cláusula preveja a impossibilidade de se utilizar em juízo o tal documento omitido na etapa extrajudicial, bem como a imposição de multas ou de regras quanto à aferição da relevância dos documentos ofertados.[505]

Dentre as várias convenções sobre ônus, as que despontam na doutrina são as que consistem em acordos probatórios. Considerando a importância de demonstrar a relação entre as convenções situacionais e os poderes do juiz, bem como a ampla possibilidade de convencionar sobre ônus, selecionamos a análise das convenções probatórias, por entendermos que os elementos colhidos com seu estudo servem para ilustrar a forma com que deve ser compreendido o autorregramento da vontade das partes no processo.

3.5.3.1 Convenções processuais e poderes instrutórios do juiz

O papel do juiz, na legislação brasileira, ainda guarda grande relação com as bases do publicismo processual. Assim, no final do século XIX, o modelo liberal do processo como "coisa das partes" cedeu paulatinamente espaço ao modelo social que impõe ao processo o dever de assegurar o interesse público na correta aplicação do direito e na realização da justiça, por meio da busca da verdade e da isonomia processual e, consequentemente, pelo fortalecimento do papel do juiz.[506]

---

502 RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 159.

503 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. Disponível em: https://www.academia.edu/36445976/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_EM_CONTRATOS_EMPRESARIAIS. Acesso em: dez. 2019.

504 Idem, ibidem.

505 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

506 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 53.

O juiz passa a contar com uma vasta gama de poderes para condução do processo e realização da justiça. Adota-se uma postura paternalista que pressupõe a deficiência técnica dos advogados das partes na defesa dos interesses destas e que se arrasta até os dias atuais.[507] O CPC/2015, conquanto vincule a atividade jurisdicional à busca da verdade por meio de um processo justo, procura reconduzir ao equilíbrio os papéis de juiz e partes na marcha processual.

De fato, o atual diploma processual não optou pelo modelo adversarial,[508] caracterizado pelo protagonismo das partes, pelo objetivo de solucionar o conflito e pela deferência à vontade dos sujeitos parciais, aos quais cabe preponderantemente a decisão a respeito das provas a serem produzidas, nem por se manter estritamente aferrado ao modelo inquisitorial,[509] marcado pelo protagonismo do órgão judicial e pela busca da verdade, bem como por maiores limitações à autonomia da vontade das partes no processo.

O CPC/2015, entretanto, procurou assentar as bases do modelo cooperativo do processo, conciliando marcas do sistema adversarial, como os negócios jurídicos processuais, e do inquisitivo, como os poderes instrutórios do juiz. Objetivando superar essa aparente tensão entre a atividade negocial das partes e os poderes do magistrado, passemos a analisar os negócios atípicos sobre atividade probatória.

---

507 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 55-56.

508 No ponto, interessante a síntese de Julio Guilherme Müller: "Em resumo, observa-se no modelo adversarial um protagonismo das partes na condução do processo, cabendo ao juiz um controle subsidiário e interventivo (*case management powers*). Boa parte do procedimento é oral, especialmente o julgamento, mas algumas etapas podem ser realizadas sem a presença do juiz (especialmente para instruir o processo na fase do *pretrial discovery*). Aliás, os poderes instrutórios, quando existentes, são pouco utilizados. A decisão judicial é significativamente dependente da produção probatória realizada pelas partes. Observa-se, também, um ambiente favorável para os negócios processuais e atendimento da vontade das partes. Importa mais a resolução do conflito do que propriamente a tutela dos direitos. Isso, somado ao pragmatismo, criou uma cultura de acordo que leva a um número muito expressivo de casos concluídos por meio de negociação, tanto nos EUA quanto na Inglaterra" (MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 62-63).

509 Quanto ao modelo inquisitorial, Julio Guilherme Müller verifica: "[...] uma maior participação do juiz na direção e gestão do processo, inclusive com poderes instrutórios para, de ofício, determinar a produção de prova pelas partes e atribuir, em algumas situações, inversão do ônus às partes. O procedimento é preponderantemente escrito, diferente do modelo adversarial, no qual a oralidade é que prevalece. Vale lembrar que atividade jurisdicional tem por propósito especialmente tutelar o direito. Por fim, a autonomia da vontade das partes, no modelo inquisitório, costuma ser restrita às situações especificamente tipificadas em leis, não sendo um aspecto cultural uma expressiva resolução dos processos por acordo" (Idem, p. 63).

Para Erik Navarro Wolkart,[510] qualquer negócio que envolvesse limitações, ainda que indiretas, à atividade cognitiva a ser realizada pelo órgão judicial dependeria, para sua própria validade, de participação do juiz, mesmo que o contrário decorra do art. 200 do CPC. Analisando a experiência alemã, Christoph A. Kern registra que o negócio sobre meios de prova, embora possa implicar obrigações para as partes, não limitaria o poder do magistrado de determinar de ofício a atividade instrutória.[511] No mesmo sentido, Trícia Navarro Xavier Cabral, para quem, todavia, o momento adequado para o exercício dos poderes instrutórios judiciais é aquele subsequente ao momento em que cabe às partes indicar os meios de prova, salvo disposição legal que autorize o exercício da atividade instrutória pelo juiz em casos específicos.[512]

A questão dos acordos probatórios guarda, ainda, relação com o planejamento financeiro dos litigantes. Nesse sentido, particularmente para compatibilizar os poderes instrutórios do magistrado e a liberdade das partes no processo, Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo propõe que seja ônus do Estado arcar com as provas determinadas pelo juiz, caso contrariasse a vontade manifestada em negócio processual, afastando o art. 95, *caput*, do CPC, para aplicar o § 3.º do mesmo dispositivo.[513] A solução, entretanto, revelaria um paradoxo: ao mesmo tempo que tanto se temem os custos, complexidades e ineficiências advindos da implementação dos negócios, surgem propostas que simplesmente transferem ao Estado, *de lege lata*, os custos com a realização do quanto contraria a vontade das partes. Tal não parece coerente com o CPC/2015, que prestigia a consensualidade em suas diversas expressões (da mediação e conciliação à flexibilidade procedimental pelas partes).

Forte na defesa do interesse público relacionado à aplicação do direito ao deslinde do caso concreto, Paulo Henrique dos Santos Lucon também entende que as partes não podem retirar os poderes instrutórios do juiz, inclusive no que tange a determinar produção de prova que os convenentes dispensaram ou não entendem necessária. E conclui com o seguinte exemplo: "caso litisconsortes optem por ajuizar demandas autônomas contra o mesmo réu, a existência de um acordo que limite a produção

---

510 WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? cit., p. 57.

511 KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany cit., p. 196-197.

512 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual* cit., p. 144.

513 BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. *Convenções processuais em matéria de prova*: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do processo civil democrático. 2019. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 176.

de uma determinada prova poderia constranger o juiz a ter de proferir decisões antagônicas para casos similares".[514]

O exemplo mencionado pelo estudioso, entretanto, remete-nos à compreensão de que o sistema sempre conviveu com decisões contraditórias, inclusive em casos semelhantes ao citado, de litisconsórcio. A própria existência, dentro dos limites legais, de opção por procedimentos (como a escolha entre impetrar um mandado de segurança e ajuizar uma ação ordinária) pode resultar em decisões desiguais.

E mais: quando se adentra no âmbito de exercício do autorregramento da vontade, seja para fins processuais, seja para fins materiais (por disposições que concernem ao próprio direito material em disputa), a preocupação primordial com a aplicação escorreita da norma jurídica cede lugar à solução pacífica da controvérsia, também apontada como escopo da jurisdição estatal.

Há quem entenda, inclusive, que a admissibilidade do negócio probatório dependeria do meio de prova em questão, uma vez que em algumas circunstâncias o legislador consigna expressamente a atividade oficiosa do magistrado (como no caso do depoimento pessoal, conforme o art. 385 do CPC).[515] Consideramos, entretanto, que os poderes instrutórios do magistrado, seja o que se extrai do art. 370 do CPC, seja o constante de disposições específicas, não devem ser interpretados de forma isolada, como faz a doutrina majoritária, mas em consonância com o corpo normativo em que inserido, e tal diploma não ignora o poder de disposição das partes, como demonstraremos.

Por ora, importa mencionar a intensa defesa dos poderes instrutórios do juiz, ainda sob a égide do CPC/1973, por José Carlos Barbosa Moreira, nos seguintes termos:[516]

> [...] para julgar precisa o órgão judicial de duas espécies de materiais – o direito e os fatos –, então a apuração destes, nos lindes oportunamente indicados, entra por força na zona de competência do órgão judicial, como pressuposto do desempenho cabal de sua missão. Quem quer o fim, quer os meios. Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar de querer que ele julgue, tanto quanto possível, bem informado; logo, não deve impedi-lo de informar-se, pelos meios que tenha à mão. Quando o juiz

---

514 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Flexibilidade procedimental no quadro da tutela jurisdicional diferenciada. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (org.). *Tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 111.

515 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 161.

516 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil cit., p. 95-96.

> determina a realização de prova para melhor esclarecimento dos fatos relevantes, não é, em absoluto, usurpando função da parte; não está agindo no lugar dela, fazendo algo que a ela, e só a ela, incumbia fazer. Sua iniciativa não é, a rigor, um sucedâneo da iniciativa da parte: é qualquer coisa de inerente à sua missão de julgador. Ele não atua como substituto da parte, atua como juiz – como juiz empenhado em julgar bem.

O autor defende, ademais, que, se a separação entre direitos e fatos é absoluta, então (se o juiz não pode aferir os fatos) também não poderiam as partes aduzir qualquer questão jurídica.[517] Entende, nessa linha, que a possibilidade de disposição dos particulares cessa no momento em que deduzem a alegação de fato. Em verdade, só retomam esse poder de disposição se pretenderem renunciar ao direito material subjacente.[518]

Assevera que a atividade instrutória oficiosa do magistrado em nada afeta sua imparcialidade, pois ele não sabe a quem beneficiará a prova e também porque até sua omissão seria, então, uma conduta indicativa de parcialidade.[519] O processualista, ainda, pondera que, de fato, o conhecimento da verdade é sempre incompleto e imperfeito, mas que nem por isso o sistema renuncia à busca da verdade, o que não afeta as garantias processuais das partes.[520]

O autor preocupa-se também com os efeitos da decisão sobre pessoas estranhas à relação jurídica processual, como repercussões: nas ações civis públicas; nas ações do controle concentrado de constitucionalidade; nos incidentes de uniformização de jurisprudência e técnicas semelhantes; na formação de jurisprudência dominante e de precedentes vinculantes; em face de terceiros, como os assistentes etc.[521] Importa-se, ainda, com o fato de que os advogados são decisivos para o desfecho do feito e seus erros não podem impor ao litigante efeitos deletérios, por mera falta de recursos financeiros para optar por um profissional melhor. E arremata: "Litígio submetido ao exame e decisão do juiz deixa de ser, *ipso facto*, litígio cuja repercussão fique restrita ao âmbito puramente privado".[522] Daí que se garanta a publicidade e que a imprensa veicule as decisões judiciais tomadas,[523] uma vez que há claro interesse público no acompanhamento das atividades do Poder Judiciário.

---

517 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil cit., p. 96.
518 Idem, p. 98.
519 Idem, p. 96.
520 Idem, p. 97.
521 Idem, p. 98-99.
522 Idem, p. 99.
523 Idem, ibidem.

Não ignoramos as nobres preocupações sociais que, por vezes, se relacionam com o tema dos poderes instrutórios do magistrado, mas entendemos que, para o tema deste trabalho, o art. 370 do CPC precisa ser redimensionado. Nesse sentido, já não merece acolhimento a compreensão de que, rompida a inércia jurisdicional, as partes passam a se submeter ao poder absoluto do Estado-Juiz, que se assenhora dos fatos e do direito alegado sob a justificativa de tutela do interesse público.

Uma primeira diretriz à aplicação do art. 370 do CPC é, em todos os casos, de natureza temporal e parte da significativa relação do exercício dos poderes instrutórios do juiz com a fase de saneamento. Portanto, será por meio de uma decisão judicial motivada, à luz do contraditório e em cooperação com as partes, que o juiz deverá, entre outras coisas, fixar as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento do caso, os meios de prova pertinentes e aferir a validade da convenção processual que diga respeito à fase instrutória. Não se pode, portanto, admitir que o magistrado decida, a qualquer tempo, pela produção de prova, nos moldes do art. 370 do CPC, sem a devida análise dos autos, sem a apropriada fundamentação quanto à sua necessidade e aos objetivos específicos de sua produção.

De todo modo, é preciso, ainda, procurar um ponto de equilíbrio no tema e, assim, admitir a existência de graus de disposição do direito material subjacente. No âmbito da jurisdição estatal, é possível dispor integralmente de direitos patrimoniais de caráter privado pela transação (CC, art. 841), pela renúncia ao direito material ou mesmo pelo reconhecimento do pedido. É possível dispor sobre situações jurídicas das partes e sobre procedimento no âmbito de um negócio jurídico processual.[524] É possível, a todo momento da marcha processual, que a parte unilateralmente, por seus atos e omissões, disponha das posições jurídicas que titularize, arcando, eventualmente, com as consequências. Todas essas atividades, sem exceção, afetam a aplicação do direito material aos fatos e, nessa medida, importam em disposição da própria pretensão judicializada.

Tratando dos meios alternativos de tutela (como a conciliação e a arbitragem), Cândido Rangel Dinamarco afirma que eles "não visam dar efetividade ao direito material,

---

[524] Como ensina Fredie Didier Jr.: "Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processo cujo objeto não admita autocomposição" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento cit., p. 387).

ou à atuação da vontade concreta da lei – *i.e.*, não são movidos pelo escopo jurídico que por muitas décadas se apontou como a mola legitimadora do exercício da jurisdição pelo Estado".[525] O sistema admite, no caso, que prevaleça aos demais objetivos da jurisdição o escopo pacificador que, para o autor, é o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição estatal moderna.[526] Como assevera o processualista, não importa nem mesmo se tais meios alternativos são fiéis ao direito substancial, bastando que sejam aptos à pacificação e eliminação de conflitos.[527-528]

Nessa esteira defendemos que também as convenções processuais são meios de pacificação e superação de conflitos e que, justamente por isso, é imperioso que o magistrado tenha postura de deferência também com relação à opção consensual das partes quantos aos meios de prova. Afinal, também é dever do magistrado estimular a solução consensual no que ela é possível (CPC, art. 139, V), o que, por vezes, significa estimular a celebração de negócios processuais, que podem afetar até mesmo a atuação oficiosa do magistrado.

Às partes importa observar o dever de colaborar para o descobrimento da verdade e, nesse sentido, deve o magistrado alertá-las das questões de fato que, para ele, devam ser provadas e aos meios que considera legítimos a tal desiderato (nos moldes do art. 357, II, do CPC). No mais, deve respeitar o entendimento das partes sobre a atividade instrutória e com elas dialogar.

Não subsiste o argumento de que não se sabe de antemão a quem aproveitará a prova. Ora, se não se julga, desde já, à luz do ônus da prova, é porque se assume que o que seria prejudicado, nesse sentido, pode ter razão. Nesses casos, o que se tem é a atribuição, em algum grau, do ônus do tempo à parte adversa. A omissão judicial em determinar a produção oficiosa de prova nada tem de parcial, pois é extraída de comando legal abstrato

---

525 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II, p. 837.

526 Idem, ibidem.

527 Idem.

528 Ada Pellegrini Grinover assevera que "o principal fundamento da justiça conciliativa é a pacificação". Aduz, ainda, que a mediação e a conciliação, por exemplo, são baseadas na autonomia da vontade. Interessante notar que autora tem que a autonomia da vontade se impôs ao monopólio estatal da jurisdição, mas que ainda há espaço para a jurisdição estatal, particularmente, no caso de direitos indisponíveis e não passíveis de transação. Além disso, eventualmente a complexidade da prova ou mesmo sua excessiva simplicidade, bem como a ausência de entendimento (consensual) entre as partes, justificam o recurso à jurisdição estatal (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade* cit., p. 66-71).

e geral, de opção prévia do sistema (que, portanto, a ninguém surpreende).[529-530] Tal não pode se dizer da conduta, por vezes, discricionária de aplicação do art. 370 do CPC, comportamento que, por ser inconsistente, fere a imparcialidade do órgão julgador.

Nossa maior objeção, entretanto, reside no fato de que, para fins do art. 370 do CPC, por vezes, todos os direitos materiais subjacentes são tratados como se fossem indisponíveis e intransigíveis. Ora, o ordenamento jurídico brasileiro a todo momento convida juízes e partes a considerar a natureza do direito material em disputa para aferir a possibilidade de disposição pelos titulares. É o que se vê na Lei de Arbitragem (art. 1.º), no contrato de transação (CC, art. 841) e no contrato de compromisso (CC, art. 852), bem como na confissão (CPC, art. 392), na aplicação dos efeitos materiais da revelia (CPC, art. 345, II), no negócio jurídico sobre ônus da prova (CPC, art. 373, § 3.º, I) etc. Em verdade, a lei, em regra, parece se preocupar com a natureza do direito material e com a capacidade do titular, inclusive sob o prisma da isonomia (como se verifica no art. 51, I, do CDC).[531]

É nessa linha de intelecção que entendemos que deve ser respeitada a opção dos convenentes quanto aos meios de prova, particularmente no cenário dos direitos

---

529 Tratando da preclusão processual, Heitor Vitor Mendonça Sica assevera o seguinte: "É assente que a ideia de preclusão atende ao princípio da isonomia e, por via de consequência, da imparcialidade do juiz, de tal sorte que as partes teriam as exatas mesmas oportunidades de praticar seus direitos na órbita processual. Então, os direitos cabentes às partes na órbita do processo devem estar sujeitos às mesmas limitações, sob pena de ferir a paridade de armas entre elas e a posição de equidistância que o juiz deve delas guardar. A preclusão incidente sobre direitos processuais é justamente o instrumento que assegura essa igualdade e, consequentemente, atende à necessidade de imparcialidade do juiz" (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 309).

530 No mesmo sentido, Giovani dos Santos Ravagnani, para quem: "A rigor, ordinariamente, caso o magistrado não possua elementos suficientes para formar sua cognição (por incongruências nas alegações das partes ou por insuficiência de provas), antes de adotar técnicas de julgamento, o juiz deve buscar o esclarecimento, inclusive com a produção oficiosa da prova, que decorra das provas produzidas pelas partes. Todavia, conforme apontado acima, caso haja a convenção da parte que discipline, altere ou reduza a atividade instrutória, o julgador deve se utilizar das regras de ônus da prova para resolver o caso. [...] O juiz é livre para se convencer sobre o posicionamento das partes. No entanto, a liberdade do juiz está limitada: (i) aos *standards* probatórios; (ii) às regras de ônus da prova; (iii) às provas produzidas pelas partes no processo; e (iv) à eventual convenção processual probatória que venha limitar a atividade instrutória do juiz [...]" (RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 77-78).

531 Observam Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves o seguinte: "Aliás, é necessário atentar que *indisponibilidade* pode ser de natureza *subjetiva* (*v.g.*, agentes incapazes) ou *objetiva* (*v.g.*, as ações civis públicas por atos de improbidade administrativa, por envolverem controvérsias sobre direitos indisponíveis não são passíveis de conciliação). A lógica dos negócios processuais deve seguir a mesma regra usada para a transação. Assim, enquanto os direitos disponíveis podem ser objeto de transação *plena*, os direitos indisponíveis, quando passíveis de conciliação ou mediação, por exemplo, em razão da análise dos sujeitos ou do objeto envolvidos, podem admitir transação *parcial*" (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 16, v. 64, p. 243, out./dez. 2015).

disponíveis (e não apenas autocomponíveis) de partes plenamente capazes. Compreendemos que a análise da natureza do direito, bem como da capacidade da parte (o que permite excluir até mesmo relações jurídicas marcadamente desiguais, em proveito de aderentes, consumidores, empregados etc.), pode fortalecer a segurança jurídica daqueles que litigam em condições paritárias e que, justamente por isso, têm maiores condições de defender os próprios interesses, por meio de convenções processuais (CC, art. 421-A).

Observe-se que as disposições pertinentes aos efeitos materiais da revelia e quanto aos fatos que sequer demandam prova (CPC, arts. 374 e 345), *a contrario sensu*, demonstram que o sistema claramente opta por bem frear a ânsia de buscar a verdade sobre os fatos. Se até mesmo, verificados os efeitos materiais da revelia, dispensa-se a produção de provas, por que a manifestação consensual das partes mereceria tratamento diverso? De fato, a exceção ficaria por conta dos casos em que o legislador impõe ao magistrado conhecer de alguns fatos de ofício (como a decadência legal e as situações do art. 374 do CPC)[532] ou exige determinados meios para a prova de fato (como a exigência de instrumento público em alguns casos).[533]

A objeção aos negócios em matéria probatória contou também com importante manifestação de Michele Taruffo, para quem o processo civil não se contenta com uma "verdade formal", mas com a "verdade real" [534]. Não pretende, com isso, retomar a busca por uma verdade absoluta, mas defender a existência de uma verdade *relativa* que pode ser encontrada, objetivamente, a partir da quantidade e qualidade das informações fornecidas, a respeito dos fatos, pelo arcabouço probatório[535]. Defende, portanto, a verdade como *correspondência* das alegações fáticas aos eventos efetivamente ocorridos no mundo concreto[536-537].

Sem apurar a veracidade dos fatos, nesses moldes, não seria possível atingir o escopo do processo de aplicação correta da lei. O processo, ademais, só é justo, segundo o autor, quando produz uma decisão justa, ou seja, um provimento que resulta de três

---

532 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil cit., p. 94.

533 RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 160.

534 TARUFFO, Michele. Verità negoziata?. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano. v. 62, n. 3, sett. 2008, p. 79.

535 TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. Disponível em: http://oaji.net/articles/2017/3904-1523789067.pdf. Acesso em: mar. 2020.

536 TARUFFO, Michele. Evidence, Truth and The Rule of Law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, dez. 2014, p. 93.

537 TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione cit.

condições: da correção do procedimento, da correção da interpretação e aplicação do direito material e da constatação da veracidade dos fatos[538]. Tais exigências seriam, inclusive, resultantes da observância do princípio da legalidade[539].

O italiano até reconhece que a averiguação dos fatos não é o único elemento que assegura a justiça da decisão, mas afirma que é elemento necessário para tanto. Nesse sentido, qualquer limitação ou obstáculo à apuração dos fatos torna injusto o processo. [540] Levadas às últimas consequências as ilações do estudioso, o processo não teria fim ou poderia a todo momento ter seu resultado rediscutido, não se devendo admitir nem mesmo a solução consensual em juízo.

O autor critica até mesmo as soluções que partem da combinação entre os temas alegados por uma parte e contestados, ou não, pela parte adversa, bem como a admissão de fatos incontroversos e a consideração, nesse contexto, da natureza do direito material subjacente (se disponível ou não). Aduz que são várias as razões que podem levar a parte a não contestar um fato, inclusive a errônea compreensão da realidade, e, nesse sentido, não há relevância em analisar a vontade do agente. Ademais, a economia processual, que fundamenta tais soluções, deve, segundo o autor, se compatibilizar com outros valores, como o de busca por decisões justas, sob pena de se admitir a negociação da própria verdade, vinculando o magistrado que pode não ter se "convencido" da veracidade dos fatos e, consequentemente, vulnerando a justiça da decisão. [541]

Tal linha de intelecção, entretanto, não parece compatível com o ordenamento brasileiro. Entre nós, tanto o silêncio pode ser considerado manifestação de vontade que a superação da preclusão temporal depende de demonstração de justa causa da conduta omissiva (CPC, art. 223). Interessante que, ao defender a busca da verdade nesses moldes, ou seja, independentemente da manifestação da parte interessada, Michele Taruffo acaba por tornar inútil a noção de preclusão (em qualquer de seus tipos) e questionável a necessidade de constituição de advogado e de efetivo contraditório. A tese privilegia não o direito material em disputa, mas pura e simplesmente a satisfação subjetiva do órgão judicial.

---

538 TARUFFO, Michele. Verità negoziata? cit, p. 78.
539 TARUFFO, Michele. Evidence, Truth and The Rule of Law cit., p. 90.
540 TARUFFO, Michele. Verità negoziata? cit, p. 78-80.
541 Idem, p. 80-98.

Não por acaso, o próprio Michele Taruffo pondera que a busca pela verdade não é um valor absoluto e admite que a parte omissa deve assumir as consequências de não se desvencilhar do ônus de provar suas alegações. O autor não faz, nesse ponto, qualquer consideração a respeito da natureza do direito (se disponível ou não), mas entende que não há preclusão para que a parte exerça a atividade probatória de seu interesse.[542]

Não é preciso defender o processo como "coisa das partes", entretanto, para refutar as ideias do autor italiano. Os negócios probatórios, em verdade, não autorizam a negociação da própria verdade. Como assinala Beclaute Oliveira Silva, se a prova dos fatos existe (e demonstra a verdade), não importa se chegará aos autos em razão de um negócio jurídico, ou não. A incompatibilidade, portanto, entre negócio jurídico e descoberta ou reconstrução da verdade inexiste.[543]

A verdade, a propósito, não seria sequer fundamento do processo justo, mas apenas um critério para legitimar a decisão judicial, nos casos em que não se obteve uma solução consensual expressa ou tácita.[544] Tanto não é fundamento do sistema jurídico que a proibição da prova ilícita, a técnica de distribuição (estática ou dinâmica) do ônus da prova, as presunções (como a presunção de veracidade), fatos notórios, fatos incontroversos, mesmo a máxima *in dubio pro reo* e a estabilização da demanda são limites, previstos no ordenamento, à busca da verdade. Além disso, a verdade dos fatos não faz coisa julgada (CPC, art. 504, II),[545] pois, se a verdade é aquela que se constrói pelas provas, pode-se compreender que não caiba realmente sua imutabilidade, ante a contingência do resultado da atividade instrutória.

Note-se que a defesa irrefreada da busca da verdade conduz a certo grau de autoritarismo, pois caberia ao juiz, que sequer conhece os fatos, promover a atividade instrutória, até mesmo contrapondo-se aos interessados. E tudo isso para satisfação de uma necessidade particular de "convencimento" do magistrado, o que, fora o subjetivismo, ignora a importância das convenções para a legitimidade da atividade processual e também para que os próprios litigantes auxiliem na construção do deslinde do feito (na mesma linha do que preceitua o art. 381, II, do CPC).

---

542 TARUFFO, Michele. Verità negoziata? cit, p.97.

543 SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 529.

544 Idem, p. 530.

545 Idem, p. 529.

Ora, a imparcialidade do magistrado nada diz de sua aptidão para escolher melhor os meios de prova e as questões de fato e de direito a serem demonstradas. Em verdade, é justamente em virtude de as partes serem conhecedoras diretas dos fatos e ocuparem posições antagônicas que se assegura um maior proveito ao negócio em matéria probatória, pois será construído de forma a melhor atender a compreensão dos litigantes a respeito da demanda e a defesa ampla de seus próprios interesses. Nessa esteira, é papel do magistrado obstar a conduta ímproba das partes, ciente de que a boa-fé é presumida e é sua violação que deve ser evidenciada. O risco de simulação nesses casos, ademais, não é maior do que aquele que se verificaria em uma transação ou de eventual má-fé em atos unilaterais.

A conduta do magistrado que, sem decretar a inadmissibilidade do negócio, simplesmente se socorre do art. 370 do CPC atenta, também, contra a boa-fé dos convenentes, pois rompe o equilíbrio da avença. Que utilidade teria o próprio negócio típico sobre distribuição do ônus da prova (CPC, art. 373, § 3.º), se o magistrado pretende se substituir à parte onerada na condução da fase instrutória? Em suma: ou a convenção é inválida e deve ser afastada, por abuso do poder de convencionar (ex.: convenções que conduzam a fatos inverossímeis ou contrários ao demonstrado de forma manifesta nos autos, bem como negócios que se revelem inúteis ou desnecessários, nos moldes do art. 77, I e III, do CPC), ou ela deve ser observada, inclusive, pelo juiz. Logo, como pontua Beclaute Oliveira Silva, o juiz, ainda que não seja parte do negócio, deve observá-lo como faria com qualquer outro negócio jurídico (material ou não), pois não poderia negar eficácia a um negócio válido.[546]

De toda maneira, com a análise da possibilidade de negócios jurídicos processuais em matéria probatória apresentada, compreende-se melhor como se deve avaliar o objeto de convenções que tratem de posições jurídicas comuns (ou não exclusivas)[547] às partes e ao magistrado, como é a atuação probatória, com seus ônus e poderes. Se é certo que as partes não podem convencionar a respeito de situações jurídicas titularizadas pelo juiz, também o é que as convenções processuais têm sempre alguma implicação na atividade judicial e que a mera positivação de uma cláusula geral de negociação, como a do art. 190 do CPC, já estabelece uma nova dinâmica da relação jurídica processual.

---

[546] SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual cit., p. 541.

[547] REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 156.

Como procuramos demonstrar, portanto, a opção do ordenamento jurídico brasileiro é pela análise da natureza do direito material (sua disponibilidade ou não), para aferir a legitimidade dos atos (concertados ou não) de disposição das partes. Se o direito material subjacente é disponível, entendemos que apenas a conduta ímproba dos convenentes justificaria a inobservância do conteúdo negociado. É diretriz que privilegia a pacificação das partes, pois não deve ser justamente o magistrado o responsável por suscitar conflitos onde eles não existam.

Eventuais efeitos da norma convencionada na aplicação da lei substancial estão, ademais, entre aqueles já proporcionados, também no cenário dos direitos disponíveis, pela atuação unilateral dos litigantes ou, mais intensamente, pela celebração de acordos. Talvez, a aplicação da lei substancial, assim como a observância do procedimento legal, sejam regras mais relacionadas com o controle da atividade jurisdicional do que propriamente com um escopo da jurisdição. Interessante notar, inclusive, que parte da doutrina defende que o direito processual civil é um direito intermédio entre o público e o privado,[548-549] ou seja, não se está, pura e simplesmente, em campo em que domina uma irresistível vontade estatal de aplicação da lei.

Finalmente, não estão os convenentes autorizados a impor um sistema de tarifação de prova, uma vez que, a partir dos elementos aportados aos autos pelos interessados, deve o magistrado formar livremente seu convencimento e motivá-lo, apresentando os critérios fáticos e jurídicos pertinentes em sua decisão.[550-551]

---

548 CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 210 e ss.

549 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 567 e 576.

550 Segundo Natália Mizrahi Lamas, a mesma diretriz é adotada na arbitragem. *In verbis*: "O princípio do livre convencimento motivado diz respeito aos poderes dos árbitros quanto à valoração das provas. Ele não está adstrito a valorar provas de forma preconcebida ou tarifada, tendo liberdade para tanto. Deve, no entanto, exercer tal liberdade sem discricionariedade, na medida em que se encontra obrigado a motivar a sua decisão, inclusive por força da disposição constitucional contida no art. 93, V da CF" (LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem cit., p. 42). No mesmo sentido, pela impossibilidade de prova tarifada na jurisdição estatal: RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 130 e 158-159.

551 Como observa Marcos André Franco Montoro: "[...] Veja-se que haver uma ou outra regra de prova tarifada não implica em automática violação ao princípio do livre convencimento motivado; aliás, o ordenamento brasileiro segue o princípio do livre convencimento motivado, e mesmo assim possui – convive com – algumas regras relacionadas com a prova tarifada (ver item anterior desta tese). O que afronta tal princípio é a construção de um sistema de prova tarifada que efetivamente tolhesse o livre

3.5.3.2 Convenções probatórias

Passemos, então, à análise de alguns dos acordos probatórios já apresentados na doutrina, particularmente para ilustrar as várias possibilidades asseguradas às partes, com fundamento no art. 190 do CPC. Efetivamente, as partes contam com ampla liberdade na matéria para criação de convenções tanto situacionais quanto de procedimento.

Em aprofundado estudo sobre os negócios probatórios, Giovani dos Santos Ravagnani aponta que o principal deles é a limitação consensual de provas ou da renúncia consensual a certos meios de prova, pois as outras convenções importam, em geral, variações dessa primeira.[552-553] De fato, é de admitir tal limitação consensual, pois é cabível até mesmo a homologação de sentença estrangeira produzida em procedimento com limitação probatória, pelo que não há ofensa à soberania, ordem pública e aos bons costumes. Ademais, a determinação de prova que as partes entendem desnecessária cria despesa que elas não desejam custear e, por vezes, o próprio negócio probatório pode representar renúncia a aspectos do direito material (como a prova de força maior etc.).[554]

A autonomização do direito à prova, para o estudioso, justifica a impossibilidade de aferição pelo magistrado da necessidade da prova. Portanto, se é reconhecido um direito constitucional à prova, deve o juiz observar o negócio celebrado. Entendimento diverso implicaria meramente o ajuizamento de nova ação judicial probatória, pelo que melhor se revela permitir a produção incidental ou subsidiariamente da prova no processo.[555]

Admite, ainda, negócios bilaterais para: (a) apresentação de laudo substitutivo de perícia, elaborado por *experts* escolhidos pelas partes, dentro ou fora do processo, sem prejuízo do contraditório e ampla defesa, ainda que extrajudiciais, e da livre valoração

---

convencimento motivado, que obrigasse o árbitro a considerar tais fatos provados (por causa do valor predeterminado de certas provas) apesar do conjunto probatório ser em sentido contrário (as outras provas tem valor predeterminado inferior)" (MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 187).

552 RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 105.

553 Giovani dos Santos Ravagnani aponta possíveis negócios probatórios: "As partes ainda podem convencionar que: '(i) somente será admissível a produção de prova documental; (ii) caberá todos os meios de prova, exceto a prova pericial; (iii) não caberá audiência, de modo que os depoimentos deverão ser documentados extrajudicialmente e então ser trazidos aos autos'. Ou ainda que a prova pericial técnica estaria dispensada caso as partes conseguissem chegar a um acordo sobre parte do objeto do litígio" (Idem, p. 110).

554 Idem, p. 108-109.

555 Idem, p. 113-114.

judicial da manifestação do perito;[556] (b) dispensa de assistentes técnicos; (c) estabelecimento do *hot-tubbing* pericial, com acareação dos técnicos, para imediata resolução de dúvidas das partes e juízes; (d) possibilidade de custeio de despesas processuais por terceiros (*third party litigation funding*), condicionado o auxílio ao aproveitamento pelo terceiro dos resultados financeiros da demanda, particularmente os custos da perícia; (e) utilização de prova estatística ou por amostragem, para estabelecer a relação entre um fenômeno e suas causas (como avaliar a impressão dos consumidores quanto à gestão de determinado *shopping center*), pois nem sempre a reconstrução dos fatos se revela possível; (f) manifestação do perito em audiência e não por escrito; (g) como na *conzulenza tecnica* italiana, o recurso a consultores para participação em alguns atos processuais; (h) o uso de documentos produzidos por comitês técnicos (como os *dispute boards*), na gestão administrativa de conflitos, para fins probatórios; (i) vedação do depoimento pessoal de uma das partes ou de ambas, bem como o depoimento de certa testemunha, por qualquer meio (escrito, oral, etc.); (j) permissão para que uma parte assista ao depoimento da outra; (k) admissão de declarações testemunhais por escrito (os *written statements* ou *witness statements*);[557] (l) desjudicialização da oitiva da prova testemunhal e mesmo dos depoimentos das partes, que pode ser escrita ou gravada, ocorrer perante tabelião ou notário e até mesmo extravasar as necessidades da demanda judicial em questão (ante a autonomia da prova); (m) acareação entre testemunhas ou testemunha e parte; (n) limitação ou ampliação do número de testemunhas, inclusive, por fato; (o) realização de audiência ou outros atos processuais (como a oitiva de testemunha), por videoconferência ou outro recurso tecnológico, desde que com validação judicial, nos atos em que o juiz participa; (p) definição das regras a respeito da interação com as testemunhas (se uma das partes ou seu advogado pode, isoladamente, abordar a testemunha, entrevistá-la, inquiri-la etc.); (q) regras para a oitiva de testemunhas (como a autorização para repetição de perguntas, *direct examination*, *cross examination*, nova convocação da mesma testemunha para outros esclarecimentos etc.); (r) regras quanto ao momento do requerimento de prova testemunhal, da forma de convocação da testemunha etc.; (s)

---

556 Para Giovani dos Santos Ravagnani: "Caso não se entenda que tal convenção possua a natureza (e eficácia) de prova pericial propriamente dita, a manifestação do perito não será inválida, valerá como um meio de prova atípico ou como um assistente técnico extrajudicial, impedindo, contudo, que o juiz venha a realizar nova perícia" (Idem, p. 116).

557 Como explica Giovani dos Santos Ravagnani, a declaração testemunhal escrita não importa violação do princípio da oralidade, pois o testemunho foi prestado oralmente perante os advogados das partes ou o notário, bem como pode ser repetido presencialmente em juízo, se não houver restrição nesse sentido no pacto (RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 129).

disciplinamento de meios de transmissão de documentos que preservem o sigilo, inclusive, agendando momento e horário para a consulta pelo juiz e outros interessados; (t) declaração consensual de veracidade e autenticidade de documentos (na linha dos arts. 412 e 425, IV, ambos do CPC); (u) estipulação de *discovery* ou permuta de documentos, pelo acesso, na fase pré-processual, à documentação (favorável ou desfavorável) da parte adversa, sob pena de presunção de veracidade; (v) exibição de documento para prova de fato, sob pena de presunção de veracidade dos fatos que se pretendia provar; (w) responsabilização de um dos convenentes pela guarda e gestão, por certo intervalo de tempo, de documentos comprobatórios de um contrato, sob pena de presunção de veracidade em seu desfavor para a hipótese em que deixar de apresentar a documentação solicitada; (x) exigência de lastro em *blockchain* para documentos eletrônicos, já que se trata de registro em livro-razão seguro, público, autêntico e imutável; (y) admissão de prova emprestada, independentemente de participação das partes no feito em que produzida; (z) determinação da inspeção judicial a locais para apurar fatos, desde que com homologação judicial; (aa) redistribuição de despesas com provas, inclusive para promover a igualdade no processo; (bb) ampliação das hipóteses legais de tutela de evidência, para outros casos de provas;[558] (cc) garantia da participação de notário nas deliberações assembleares de sociedades anônimas, com intuito de produzir ata notarial; (dd) documentação de prova oral para fins de ajuizamento de ação monitória, indicando os requisitos e especificidades de sua produção; (ee) definição das provas a serem produzidas para embasar renegociação de contrato em razão da ocorrência de fatos que alterem o equilíbrio contratual (cláusula *hardships*) etc.[559-560]

Tratando especificamente da desjudicialização da produção da prova oral, Júlio Guilherme Müller aponta que as preocupações das partes serão mais atinentes ao local, ao

---

558 RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 164.

559 Idem, p. 116-168.

560 Também Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves admitem a convenção para definir o momento de produção probatória e os meios cabíveis, entre outros negócios. Confira-se: "Podem as partes, apenas a título elucidativo, pactuar a ausência de recursos, consignar prazos diversos dos legalmente fixados (maiores ou menores), entabular acordo sobre rateio de despesas processuais, estabelecer quais as provas serão produzidas e dispor sobre o momento da produção, tratar dos efeitos concedidos a eventuais recursos, combinar a escolha do perito, desde que plenamente capazes e a causa puder ser resolvida por autocomposição (art. 471 do NCPC), dentre outras medidas passíveis de serem avençadas. Podem, inclusive, delimitar os pontos controvertidos da demanda, atenuar as regras de preclusão ou fixar cláusula penal incidente na hipótese de descumprimento da convenção" (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil cit., p. 244-245).

modo e ao momento de realização da prova oral. Admite o autor que o registro, sempre necessário para a documentação do ato, pode ser por escrito, por ata notarial ou mesmo por recursos tecnológicos, como a gravação extrajudicial. As partes, ademais, devem se aproximar o quanto possível do preceituado na lei para a produção da prova oral, pelo que, por exemplo: as testemunhas devem assumir (mesmo que por escrito) o compromisso de relatar a verdade e manifestar o conhecimento quanto ao crime de falso testemunho; as partes devem manifestar conhecimento quanto à pena de confesso; a possibilidade de apresentação da contradita deve ser assegurada, ainda que em momento posterior, em juízo; a possibilidade de posterior submissão ao magistrado de impugnação a perguntas indutivas etc. É interessante, eventualmente, que as partes se valham de mediadores ou árbitros apenas para a realização do ato em si. De resto, a autenticidade pode ser aferida pelos advogados ou por notários.[561]

O autor observa, de todo modo, que não se sustenta a alegação de que o juiz deve ter contato direto com as testemunhas, pois o sistema brasileiro admite a colheita de prova oral por carta precatória ou por videoconferência, e nos Tribunais, mesmo nos processos de competência originária, é comum a delegação ao primeiro grau das atividades instrutórias. Consente, entretanto, com a possibilidade de determinação judicial de repetição, total ou não, do ato,[562] por entender que o magistrado tem amplos poderes probatórios, os quais não possuem nem mesmo limite temporal (como a decisão de saneamento).[563]

O magistrado poderia, então, determinar a repetição da prova, ainda que parcialmente (ex.: para ouvir certa testemunha etc.), para eliminar suas dúvidas ou suprir deficiências na condução da colheita dos depoimentos. Nesse sentido, aponta que eventual perda de eficiência seria compensada, em termos qualitativos, pela superação de omissões e contradições e pela realização de uma nova oitiva focada em aspectos específicos das controvérsias, bem como pelo estímulo à celebração de acordos, para que as próprias partes se resguardem de surpresas.[564]

Também no âmbito das convenções probatórias, Lara Dourado Mapurunga Pereira realiza interessante estudo a respeito da possibilidade de as partes exercerem a

---

561 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 262-267.
562 Idem, ibidem.
563 Idem, p. 285.
564 Idem, p. 286.

faculdade de criar presunções, sem vulnerar, entretanto, as presunções absolutas previstas em lei (verdadeiros direitos materiais), as quais o magistrado tem o dever de observar (inclusive, para evitar o *non liquet*).[565-566] A presunção tem uso quando não há prova suficiente do fato principal alegado e tem por objetivo influir na formação da convicção do magistrado, substituindo a prova temporariamente (ou seja, até que a prova surja).[567-568]

As convenções sobre presunções não podem, entretanto, ser reduzidas aos casos de ambiguidade e incerteza fática, pois os convenentes não podem prever se a prova realmente será inexistente. Ora, o objetivo das partes (e das presunções) é de simplificação, de "redução do módulo da prova".[569] Também não seria exigível que as partes moldassem presunção que se afigure lógica e forte, pelas mesmas razões que dificultam a previsão das partes quanto ao modo com que os fatos vão se apresentar.[570] Exige-se, por outro lado, que as presunções convencionadas se amparem em máximas de experiência já amadurecidas.[571] Por exemplo: presunção de veracidade das alegações da parte, no caso em que a parte adversa deixa de entregar a documentação devida em virtude de pacto de *disclosure*.[572]

A possibilidade de negociação na matéria não retira o caráter temporário da presunção. Com efeito, se os fatos principais ficarem provados, o magistrado não estará vinculado à presunção criada pelas partes e poderá, de toda forma, utilizá-la na fundamentação, em complemento ao quanto apurado nos autos.[573]

A possibilidade de negócio sobre presunção permite, inclusive, a criação de presunções absolutas, as quais possuem, entretanto, natureza de direito material, pois criam direitos e obrigações. Por exemplo: haverá presunção absoluta de que o *e-mail* enviado para o endereço indicado no contrato foi recebido pelo destinatário.[574]

---

565 PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: JusPodivm, 2020. p.148.

566 Idem, p. 155.

567 PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções* cit., p. 148-149.

568 Como discorre Lara Dourado Mapurunga Pereira: "Vê-se, assim, que o uso da presunção é diretamente imbricado ao contexto probatório, influenciando tanto a produção probatória (quais provas hão de ser produzidas, para sustentar o fato base da presunção e, também, para prová-la em contrário) quanto fundamentação da sentença, cujo teor pode se basear em presunções, legais, judiciais e/ou convencionais. É dizer, presunção não é prova, mas faz parte do conjunto probatório, e, como tal, os negócios jurídicos que sobre elas incidem têm natureza de convenções probatórias" (Idem, p. 149).

569 Idem, p. 150.

570 Idem, ibidem.

571 Idem, p. 151.

572 Idem, p.162-163.

573 Idem, p. 151.

574 Idem, p. 152.

Como procuramos demonstrar, amplas são as possibilidades de negócios probatórios. Em linha de conclusão, mencione-se que tamanha é a necessidade de segurança jurídica que as partes podem até mesmo convencionar a aplicação da regra geral de distribuição de ônus da prova (CPC, art. 373, *caput*), impedindo a dinamização do ônus da prova por decisão judicial (CPC, art. 373, § 1.º) ou outra forma de redistribuição.[575] É a previsibilidade sendo garantida não por decisões uniformes do Poder Judiciário, mas por decisão consensual das partes, com significativa diminuição dos riscos por elas assumidos.

3.5.4 Convenção sobre poderes

O poder é uma permissão, dada pelo ordenamento jurídico, à prática de uma conduta pelo seu titular.[576-577] Se a faculdade processual assegura à parte o exercício de um direito que se exaure na própria esfera jurídica do agente, são os poderes processuais que autorizam seu titular a impor certa conduta à esfera jurídica de outrem,[578] pois ao poder se opõe a sujeição, forma com que o ordenamento jurídico tutela o interesse alheio do titular da posição ativa.[579]

De qualquer maneira, outra diferença entre faculdades e poderes encontra-se na qualidade da *permissão* dada ao agente, pela norma jurídica, para a prática de sua conduta. Dessarte, nos poderes verifica-se não o mero exercício da liberdade, mas de *supremacia*.[580] Ademais, os poderes envolvem a possibilidade de criar direitos em face do juiz (como o dever de decidir o pedido de tutela provisória) ou mesmo de agravar a situação da parte adversa (como o ônus de contra-arrazoar).[581]

---

575 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

576 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo* cit., p. 66.

577 É comum, entretanto, o entendimento doutrinário no sentido de ampliar o conceito de poderes. Nesse sentido, Lorena Mirando Santos Barreiros, por exemplo, apresenta o seguinte conceito: "O termo 'poderes' referido no texto normativo deve ser compreendido em sentido amplo, abarcando direitos subjetivos e potestativos e poderes propriamente ditos" (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 218).

578 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 128.

579 GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus cit., p. 178.

580 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo* cit., p. 66.

581 CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil* cit., p. 128.

Embora a maior parte das convenções situacionais deva abordar algum dos ônus das partes, os poderes também apresentam espaço para interessantes pactos, particularmente na fase executiva.

A adaptação das medidas executivas aos interesses dos litigantes é natural, pois a execução desenvolve-se no interesse do exequente, que pode desistir de toda a execução ou de apenas algumas das medidas pertinentes (CPC, art. 775). Tais pactos poderão atender, a propósito, à exigência de previsibilidade ínsita às relações comerciais (particularmente, as mais longas). Os negócios pertinentes às medidas executivas, em geral, visam a diminuir o tempo necessário ao adimplemento, bem como a redução dos riscos inerentes.[582]

Há, por exemplo, ampla aceitação na doutrina de limitação da penhora de certos bens (como dinheiro e faturamento).[583] Admite-se também a retirada da eficácia executiva de título do art. 784 do CPC ou a limitação de sua utilidade à instrução de ação monitória.[584] É possível, por outro lado, a aposição de cláusula executiva a um contrato justamente para atribuir exequibilidade à obrigação material assumida.[585-586] Como observam Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral, a relação de títulos extrajudiciais contém uma série de atos fundados na vontade das partes, pelo que há espaço para criação de títulos negociais (CPC, art. 771 c/c o art. 200).[587]

Tais autores, entretanto, afirmam que as partes "não podem deliberar, por convenção, que o juiz não utilizará alguns meios de coerção para pressionar o litigante a cumprir uma decisão", mas podem decidir por não executar "o valor apurado pela multa

---

582 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit.

583 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

584 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit.

585 Idem, ibidem.

586 Conforme entendem Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral: "Embora possa haver entendimento em sentido contrário, não vemos óbice normativo para que as partes estabeleçam um título executivo por acordo processual. A chamada cláusula executiva ou cláusula de exequibilidade torna um documento (um contrato, por exemplo) título válido e eficaz para determinar a instauração da atividade executiva. Em alguns países, admite-se, nos limites estabelecidos em lei, a inserção da cláusula executiva em contratos com efeito atributivo de exequibilidade. No Brasil, vivemos o dogma da legalidade para os títulos executivos, normalmente justificado na falsa premissa de que não há título senão quando a lei assim o disser. No entanto, a lógica de que não haverá execução sem título (*nulla executio sine* título, forte no art. 783 do CPC) nada diz a respeito da proveniência deste título, se de fonte legal ou negocial" (Idem).

587 Idem.

pecuniária" ou renunciar "convencionalmente à sua cobrança quando esta reverte a favor da parte contrária".[588-589] Em outras palavras: se a multa reverte em proveito das partes, a exclusão convencional é permitida e, do contrário (não sendo a multa revertida às partes), não o será.

Entendemos, a propósito, que as partes podem sempre convencionar sobre as medidas executivas, pois a efetivação se dá no interesse do credor e ele pode até mesmo, de forma unilateral, optar por não executar de *certa* maneira, uma vez que responde pelos excessos executivos.[590] É o que decorre do próprio art. 775 do CPC, que admite também a manifestação unilateral do exequente no sentido de desistir da execução ou de apenas algumas medidas executivas. Assim, as partes podem firmar o pacto típico de impenhorabilidade (CPC, art. 833, I) ou o pacto atípico de penhorabilidade de seus bens disponíveis (como aqueles negócios com garantia real ou os atípicos, como o crédito com garantia sem eficácia real, a vinculação de bem específico contratualmente, imóvel, por exemplo, mas sem registro de hipoteca).[591] Pode-se pactuar o uso, em primeiro lugar, de medidas executivas atípicas ou criar medidas atípicas para a efetivação da pretensão executiva.[592]

Também se admite negócio para "limitar a execução a certa massa de bens do executado; ou excluir um ou mais bens da esfera de incidência da responsabilidade patrimonial".[593] Outrossim, o negócio pode limitar a execução a um tipo de objeto ou a um

---

588 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit.

589 No tema, Antonio do Passo Cabral difere as multas coercitivas e punitivas, concluindo o seguinte: "Vistas essas características, só as multas coercitivas (como as *astreintes*) e indutivas podem ser objeto de convenção. Por sua íntima relação instrumental com o cumprimento do direito material, há maior margem de disponibilidade, e a vontade das partes pode, com maior intensidade, conformar o procedimento. [...] Por outro lado, os convenentes não podem deliberar por negócio jurídico processual acerca das multas previstas nos arts. 77, 161, parágrafo único, 334, § 8.º, 903, § 6.º, todos do CPC/2015, e quaisquer outras impostas como sanção a condutas de litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça. Penso que não o possam fazer nem mesmo quando a lei estabelecer que seus valores devam reverter em favor da contraparte (não do Estado), como faz o art. 702, § 10, do CPC/2015. É que as multas sancionatórias possuem um aspecto dissuasório de condutas indesejadas, no sentido da criação de padrões de comportamento para qualquer litigante, transcendendo os interesses das partes em um determinado litígio. Além disso, não têm ligação instrumental com a satisfação do direito material, tanto que o vencedor também pode sofrer condenação por ato de litigância de má-fé ou atentatório à dignidade da jurisdição" (CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites cit., p. 79-80).

590 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit.

591 Idem, ibidem.

592 Idem.

593 Idem.

tipo de garantia, bem como prever limitações temporais à responsabilidade patrimonial, apondo termo ou condição à exequibilidade de bem ou garantia.[594] Pontue-se, ainda, que, se o bem ou garantia é de terceiro, exige-se sua manifestação de vontade para a validade do negócio processual.[595]

Quanto aos meios coercitivos que dependem de requerimento, para Antonio do Passo Cabral são cabíveis convenções, pois é o próprio legislador que atribui tais poderes às partes (ex.: o protesto da sentença, a inserção do nome da parte em cadastro de devedores, prisão civil do alimentante etc.).[596]

O art. 190 do CPC, é bom que se diga, permite o pacto de prelação, pelo qual credores com devedores comuns estabelecem um benefício de ordem que os obriga a, primeiramente, demandar outro devedor, e, só em caso de insuficiência ou impossibilidade, executam aquele comum.[597] É, em verdade, um tipo de pacto de *non exequendo*, que condiciona a execução em face de certos devedores.[598] O benefício de ordem, ademais, funciona como contradireito do devedor.[599]

Admite-se, enfim, a criação de procedimentos especiais executivos (como na hipótese de criação de procedimento especial para execução da propriedade fiduciária a que se referem os arts. 1.361 e seguintes do Código Civil)[600] ou até de técnicas executivas especiais por convenção.[601] Como se vê, as possibilidades são amplas, pois as medidas executivas, *grosso modo*, guardam relação com o atendimento do interesse da parte que a pleiteia.

---

594 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit..

595 Idem.

596 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites cit., p. 80.

597 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit.

598 Idem, ibidem.

599 Idem.

600 DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias – o exemplo da propriedade fiduciária. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 67, 2016, p. 154-157.

601 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit.

3.6 Convenção processual e a afetação da esfera jurídica de terceiros

Uma importante preocupação dos convenentes, de todo modo, deve ser no sentido de estipular as regras que lhes interessem sem invadir as situações jurídicas titularizadas por outros sujeitos do processo (ou as respectivas normas procedimentais que assegurem a funcionalidade delas). Se a norma tutela posição exclusiva da parte, naturalmente poderá ser objeto de disposição,[602] mas a convenção somente será eficaz relativamente aos anuentes (o que tem especial relevância em casos envolvendo litisconsortes).[603-604]

Ademais, tem, no ponto, aplicação o amplamente conhecido princípio da relatividade dos contratos que, no direito privado, impossibilita que o ajuste vincule a esfera jurídica de terceiros (ao menos, sem o seu consentimento).[605] No âmbito processual, o tema é expresso como regra no art. 190 do CPC.

Tal constatação não impede, entretanto, que a convenção afete de forma reflexa ou indireta a esfera jurídica de outros sujeitos do procedimento, uma vez que naturalmente caberá às demais figuras do processo, em alguma medida, observar as normas convencionadas pelas partes. Por exemplo, o juiz deverá, eventualmente, verificar como as partes pretendem ser intimadas (por meio eletrônico etc.). É legítima, portanto, a convenção sobre situações titularizadas pelas próprias partes, mas que indiretamente impactem posições de terceiros, como é o caso da afetação dos poderes instrutórios do juiz pela convenção probatória, como expusemos no item 3.5.3.1.[606] Exemplificando, se as

---

602 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil cit., p. 199.

603 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites cit., p. 81.

604 Também ressaltando a impossibilidade, em linhas gerais, de oposição da avença ao litisconsorte que não participou do negócio: ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais cit., p. 299.

605 Não se ignora o fato de que o tema tem avançado também no direito privado, para admitir a tutela externa do crédito, desestimulando a conduta de terceiros que tenham interesses que, se exercitados, conduziriam ao inadimplemento da avença celebrada entre os contratantes. Trata-se de projeção da boa-fé objetiva. Nesse sentido, Helder Moroni Câmara aduz o seguinte: "A teor do que se extrai do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos em geral, tem-se que, como regra, determinado negócio jurídico somente obriga às partes que dele participaram, não se falando na existência de efeitos ultra partes. É claro que os terceiros não deverão, por princípio de boa-fé, prejudicar sem justo motivo a execução das obrigações assumidas pelas partes, até mesmo pelo princípio da eticidade que ilumina o ordenamento pátrio" (CÂMARA, Helder Moroni. *Negócios jurídicos processuais*: condições, elementos e limites cit., p. 141).

606 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 259.

partes convencionam que o negócio somente será provado por certo meio de prova (como por perícia), não poderá o magistrado ter o fato como provado por outro modo.[607]

Como se vê, alguma afetação da esfera jurídica de terceiros é admitida, por ser natural a qualquer negócio. É o que se convencionou chamar de "efeitos externos" do contrato, que impõem a terceiros o respeito aos termos da avença da qual eles sequer são partes. Nessa esteira, especial posição ocupa o magistrado, pois a ele incumbe a observância das normas que disciplinam o processo e o procedimento, as quais podem ter origem negocial[608] (CPC, art. 8.º). De fato, já afirmava José Carlos Barbosa Moreira que ao juiz cabe, simplesmente, observar as regras convencionais, em vez das legais, salvo constatada nulidade.[609]

Ocorre, portanto, uma "heterolimitação da atividade jurisdicional",[610] por determinação do próprio art. 190 do CPC, que concede espaço à liberdade das partes. Impõe-se ao juiz efetivar o negócio tanto nas convenções em que é parte (como o calendário processual), em razão de sua emissão de vontade, quanto naquelas em que é terceiro, em virtude dos efeitos externos do ajuste.[611]

Em postura isolada, Erik Navarro Wolkart entende que mesmo o negócio que apenas indiretamente afete a função jurisdicional deve contar com a manifestação aderente (e positiva, portanto) do órgão judicial, para que, segundo o autor, possa *existir* (como negócio). Defende, assim, que todo negócio jurídico processual depende de homologação judicial para surtir efeitos, como decorreria do próprio controle de validade da avença, tal qual disciplinado no art. 190, parágrafo único, do CPC. Assim, para o estudioso, se o juiz "deve ser parte" e não o é, o negócio *inexiste*[612] por falta de agente e não opera quaisquer efeitos. Feita menção a essa posição minoritária, consagrou-se a compreensão de que, a não ser por vontade das partes ou por disposição legal, não se exige a homologação judicial do pacto (CPC, art. 200).

---

607 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 259.

608 BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. *Convenções processuais em matéria de prova*: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do processo civil democrático cit., p. 156.

609 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual cit., p.98.

610 BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. *Convenções processuais em matéria de prova*: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do processo civil democrático cit., p. 157.

611 Idem, ibidem.

612 WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? cit., p. 50.

Além disso, reconhece-se a afetação indireta das atividades judiciais, na linha do que já esclarecemos. O que não se admite é que o negócio tenha por objeto principal os poderes-deveres do juiz e de seus auxiliares,[613-614] pois as posições jurídicas desses sujeitos são pautadas pela estrita legalidade e, por isso, disciplinadas de forma cogente.[615] Tais previsões legais, entretanto, não constituem um fim em si mesmo, devendo cumprir finalidades públicas, particularmente no sentido de pacificação dos litigantes. Não por acaso, admite-se, por exemplo, a prorrogação da competência relativa, por falta de alegação de incompetência territorial, ou mesmo a inversão da ordem dos bens passíveis de penhora a que não se oponha o executado.[616]

O Poder Judiciário, como os demais Poderes, deve observar, portanto, o princípio da legalidade que, em matéria processual, implica também o respeito ao devido processo legal. Trata-se de verdadeira garantia de segurança jurídica ao cidadão, uma vez que proporciona a previsibilidade e a possibilidade de sua participação com os meios legais disponíveis.[617] Assim, as hipóteses em que a legislação processual prevê o dever do magistrado de conhecer de ofício de certas circunstâncias processuais constitui conteúdo vedado à disposição das partes.[618]

Como se frisou, entretanto, todo negócio jurídico, em alguma medida, afetará a esfera jurídica dos demais sujeitos processuais. Sobre o tema, Paulo Mendes de Oliveira entende que não é possível que a convenção alcance "aquele núcleo mais sensível da prestação jurisdicional" e orienta no sentido de aferir se o interesse em jogo é

---

613 Leciona Heitor Vitor Mendonça Sica que: "O juiz exerce no processo exclusivamente poderes-deveres, correlatos à sujeição das partes e ao direito subjetivo das partes à prestação da tutela jurisdicional. É totalmente estranho à atividade jurisdicional o exercício de faculdades, direitos ou ônus, pela sua própria natureza, e pelo interesse público que lhe serve de pano de fundo" (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil cit., p. 191).

614 Bruno Garcia Redondo chega a defender o seguinte: "Não podem as partes da demanda, por exemplo, modificar regras do procedimento da citação que deva ser realizado pelo oficial de justiça sem a concordância deste. Caso, porém, o auxiliar da justiça venha a dar sua anuência, neste momento ele se torna parte da convenção, tornando o objeto lícito em seu aspecto subjetivo (neste momento, o objeto passa a se referir a situação pertencente a uma parte na convenção)" (REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 155).

615 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil cit., p. 200, 252-254.

616 Idem, p. 200.

617 Idem, p. 192.

618 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 88.

predominantemente das partes ou não.[619] Recorre, de toda forma, à verificação do direito material subjacente, se disponível ou indisponível, pois, no primeiro caso, será maior a liberdade de conformação do processo pelas partes, ainda que com limitações aos poderes-deveres judiciais de condução do feito e de decisão.[620]

Para Trícia Navarro Xavier Cabral, as partes não podem, por meio de convenção processual, dispor a respeito da pauta de audiências do juízo ou mesmo acerca dos meios de efetivação das decisões judiciais e sobre a tutela de urgência.[621] A autora admite, por outro lado, que as partes façam depender de requerimento a utilização de meios de coerção, como o protesto de sentença, a inserção em cadastro de proteção ao crédito ou a prisão civil na execução de alimentos.[622] Admite, por outro lado, que as partes, desde que com a participação do próprio magistrado, convencionem relativamente às questões de direito a serem aplicadas por ocasião do julgamento,[623] provavelmente na linha do já preceituado no art. 357, IV e § 3.º, do CPC. O mesmo se diga da convenção sobre honorários advocatícios, que deve contar com a participação do efetivo titular do direito (Lei 8.906/1994, art. 24, § 4.º).[624]

Quanto aos pressupostos processuais, Bruno Garcia Redondo entende que há espaço para convenções, mencionando primordialmente negócios típicos, quais sejam: convenção sobre competência relativa (inclusive, internacional), capacidade processual (como no caso da outorga conjugal dada para ação real imobiliária), legitimidade (extraordinária, por exemplo), sobre coisa julgada etc.[625] Temos, todavia, que negócios sobre pressupostos processuais (que o juiz tem o dever de sindicar) só podem ser convencionados mediante autorização legislativa. O caso da legitimidade extraordinária, é bom que se diga, é autorizado pelo art. 18 do CPC. Quanto às convenções sobre coisa julgada, teremos oportunidade de apresentar nossas objeções adiante (item 4.4.12).

---

619 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização processual cit., p. 256.

620 Idem, p. 256-257.

621 No mesmo sentido, pela impossibilidade de as partes retirarem, simultaneamente, do árbitro e do Poder Judiciário a possibilidade de analisar tutelas de urgência: MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 335.

622 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual* cit., p. 144-145.

623 Idem, p. 145.

624 Idem, p. 147.

625 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 153-154.

Entendemos com Paula Costa e Silva, por seu turno, pela possibilidade de criação negocial de condições de apreciação do mérito da ação.[626] Seria o caso, por exemplo, do pacto de *non petendo* temporário. É pacto que afeta apenas reflexamente a atividade judicial, pelo que não vislumbramos qualquer óbice.

A afetação direta de situações jurídicas titularizadas por terceiros, portanto, demanda autorização legislativa expressa ou a adesão do titular. É o que ocorre, por exemplo, com a possibilidade de convenção sobre competência relativa, nos moldes do art. 63 do CPC etc.[627] Quanto ao depositário-administrador, por sua vez, conquanto não haja autorização legal para sua nomeação de forma consensual pelas partes, há quem entenda pela possibilidade de indicação por negócio, uma vez que a atividade executiva se desenvolve no interesse do exequente e a medida pode cumprir outras finalidades, como a de preservação da empresa.[628]

Não admitimos, por outro lado, convenção para escolha do direito material aplicável ou mesmo para julgamento por equidade,[629] o que já foi defendido por Leonardo Greco, tendo em vista a autorização constante do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Arbitragem.[630] Convenção dessa natureza, entretanto, teria por objeto os deveres do magistrado, ou seja, matéria sujeita à reserva legal e, por isso mesmo, é inadmissível o negócio. Note-se que, também na experiência francesa, entende-se que não podem ser objeto das convenções processuais as prerrogativas dos juízes.[631]

Outrossim, não podem ser conteúdo dos pactos as situações jurídicas titularizadas pelo Ministério Público (particularmente, na função de fiscal da ordem jurídica), bem como os deveres e atribuições dos serventuários da justiça. Em alguma medida, parece cabível convenção atípica que influa na forma de atuação de outros auxiliares do juízo, como peritos, mediadores e conciliadores, conquanto a convenção típica se limite a autorizar sua eleição de forma consensual. Revela-se possível que, por

---

626 COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material cit., p. 424.

627 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento cit., p. 388.

628 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários a enunciados – Capítulo I cit., p. 215.

629 Leciona Ada Pellegrini Grinover que "o julgamento por equidade é um julgamento que não deve necessariamente se basear nas disposições legais previstas no ordenamento, obedecendo aos critérios de justiça e não de legalidade estrita" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade* cit., p. 64).

630 GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657. Acesso em: dez. 2019.

631 CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels cit., p. 107.

negócio, as partes firmem que a perícia ou a mediação/conciliação, por exemplo, deve adotar uma técnica específica, pois o perito ou mediador/conciliador pode recusar o encargo e, de todo modo, preservar sua liberdade técnico-profissional. Eventual violação dos deveres de probidade e de boa-fé processual, como é de esperar, segue sindicável.

No que tange aos honorários advocatícios, a propósito, o que se exige é a participação dos próprios advogados, titulares das verbas, como partes da convenção, nesse aspecto. Dessarte, poderiam as partes convencionar que cada uma arcará com a remuneração de seu procurador, alterar os percentuais legais (mínimos e máximos), estipular pagamento em valor fixo, estabelecer critérios para o arbitramento pelo juiz etc.[632] É bom que se diga que o importante é o terceiro titular do direito participar da convenção, para garantir a eficácia do negócio (como convenções sobre legitimidade extraordinária etc.).

Várias, portanto, são as matérias que não podem ser objeto de negócio simplesmente por não serem posições titularizadas pelas partes, como é o caso da exigência de caução de interesse do Estado ou de terceiros (como advogados)[633] e de convenção sobre participação de *amicus curiae*.[634-635] Nos casos de afetação reflexa da esfera jurídica de terceiros ou naqueles em que o próprio terceiro manifesta sua vontade negocial, não vislumbramos óbice à pactuação.

---

632 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites cit., p. 77.

633 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 216.

634 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 156.

635 Como anota Pedro Henrique Nogueira Pedrosa: "A caução constitui um limite à execução provisória, estabelecido em benefício do executado. Trata-se de uma situação jurídica ativa. Na pendência da impugnação recursal contra a decisão exequenda, tem o executado o direito de exigir que a expropriação seja precedida de caução. Sendo assim, é possível a disposição dessa posição de vantagem. note-se que o próprio artigo 521 do NCPC já estabelece algumas hipóteses legais de dispensa de caução. Nelas o próprio ordenamento pré-exclui a necessidade de caução. Essas situações não se confundem e também não afastam as situações de dispensa voluntária de caução, quando o próprio executado aceita que a execução provisória seja levada a efeito independentemente de contracautela" (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários a enunciados – Capítulo I cit., p. 235).

3.7 Convenção quanto aos efeitos jurídicos

A doutrina discute, ainda, se é possível convencionar os efeitos jurídicos da convenção. Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci e Cândido Rangel Dinamarco defendem a indisponibilidade da eficácia dos atos processuais. O primeiro chega a afirmar, por exemplo, que as partes não poderiam afastar a presunção de veracidade do fato não contestado e a impossibilidade de atribuição de valor a uma prova em detrimento da outra.[636]

A questão é tormentosa, mas os exemplos apresentados não se revelam adequados. Logo, a possibilidade de convenção (típica) sobre matéria probatória conduziria eventualmente a afastar a presunção de veracidade de fato não contestado pelo réu. Ademais, as partes podem selecionar, como tivemos oportunidade de analisar, os meios de prova pertinentes à demonstração de suas razões, o que implica admitir uma atividade valorativa. O fato de que as partes não podem convencionar sobre o peso de determinada prova ou a forma com que ela deve ser valorada na decisão se resolveria pela compreensão, já apontada, de que haveria uma invasão das atribuições próprias da função do magistrado, e não da impossibilidade de convencionar a respeito de efeitos processuais.

A discussão acerca da possibilidade de se convencionar a respeito de efeitos jurídicos, em verdade, revela que todos os efeitos são previstos ou admitidos pela lei, tanto no direito material quanto no processual. Não há liberdade, portanto, para criação de efeitos não admitidos pelo ordenamento.[637] A liberdade está em selecionar, exercendo o autorregramento da vontade, dentre as categorias e efeitos jurídicos previstos na lei, em detrimento de outras categorias ou efeitos igualmente previstos em lei.[638] De fato, o negócio não cria efeitos, pois eles são resultado da incidência normativa, ou seja, são sempre aqueles admitidos pelo sistema processual, no caso.[639]

Ao criar normas de procedimento ou ao dispor a respeito de situações jurídicas, as partes não criarão efeitos jurídicos, mas vão orientar a vontade, por meio da eleição das categorias jurídicas, naturalmente, à ocorrência daqueles efeitos já previstos em lei.

---

636 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das convenções processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 26.

637 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro cit., p. 43.

638 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 30.

639 BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 460-461.

Portanto, os fatos jurídicos advindos da observância das normas convencionadas compõem o suporte fático de normas legais e atraem seus efeitos.

3.8 *In dubio pro libertate*

Ao longo do presente capítulo, tivemos a oportunidade de mostrar como se deve compreender o conteúdo previsto pelo art. 190 do CPC. A doutrina, de toda forma, tem desenvolvido uma norma de fechamento do sistema, consistente no próprio princípio geral de liberdade.

Como mencionamos anteriormente, inclusive antes do CPC/2015, já se entendia possível, ao menos na teoria, a celebração de negócios jurídicos atípicos, em razão de disposições processuais.[640] Ocorre que, mesmo que fosse silente a legislação processual a respeito da validade dos atos bilaterais das partes, a liberdade na seara processual poderia ser extraída tanto da Carta Magna (art. 5.º, *caput* e II) quanto da legislação material que admite os negócios atípicos (CC, art. 425), como já defendeu, no Direito italiano, Remo Caponi.[641-642]

Em reconhecimento a essa liberdade Antonio do Passo Cabral[643] defende o entendimento do processualista alemão Peter Schlosser no sentido de que há uma presunção de validade *prima facie* dos atos e dos negócios jurídicos processuais, sendo do Poder Judiciário o dever de se desincumbir do ônus argumentativo pertinente à decretação de nulidade do ato.[644-645] O autor alemão estabeleceu uma "preferência normativa do

---

640 TUCCI, Rogério Lauria. *Negócio jurídico processual* cit., p. 190-192.

641 CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual cit., p. 210 e ss.

642 Entendendo que o direito italiano apenas admite negócios processuais típicos: GIUSSANI, Andrea. Autonomia privada e presupposti processuali: note per un inventario. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 211, set. 2012, p.110.

643 Antonio do Passo Cabral anota que, já em 1929, o alemão Sachse defendia os acordos probatórios, aduzindo que, "[...] no direito processual, o que não fosse proibido deveria ser permitido, embora a ausência de proibição legal não levasse necessariamente à aceitação das convenções. Dever-se-ia analisar, entre as normas processuais, quais são aquelas estabelecidas no interesse predominante das partes, e verificar os limites da negociação processual" (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais* cit., p. 114).

644 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 129.

645 Em sentido contrário, Erik Navarro Wolkart: "Afastamo-nos, pelo menos *a priori*, da doutrina que substitui o princípio da *instrumentalidade das formas* pelo princípio da validade apriorística dos atos processuais. Essa linha defende a necessidade de maior ônus argumentativo para o ato de reconhecimento da nulidade, por conta de uma *preferência normativa* pela validez dos atos processuais" (WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? cit., p. 57).

ordenamento em favor da liberdade de conformação do processo à vontade das partes".[646] Justamente por inverter essa preferência do sistema que cabe ao magistrado, para afastar o ajuste, deduzir uma fundamentação substancial e específica, apresentando elementos concretos.[647]

A regra, portanto, é a validade do negócio entabulado, o aproveitamento da convenção, e a exceção, a decretação da nulidade, a qual deve ser precedida sempre do necessário contraditório especificamente sobre a irregularidade verificada (CPC, art. 10). Evita-se, assim, que o magistrado se valha de formulações vagas para sufragar uma preferência (já esperada) pelo procedimento legal, invalidando a convenção processual.[648]

Na doutrina italiana, Augusto Chizzini, tentando identificar o fundamento da liberdade no âmbito processual, refuta, de pronto, a utilização de raciocínios que relacionam a possibilidade de renúncia ao direito material a de abdicar também ao processual, que seria um *minus* em relação ao primeiro.[649-650] Entende que se trata de um falso silogismo, por reunir dois planos jurídicos distintos (o poder dispositivo de demandar em juízo e os poderes no próprio processo instaurado), transpondo para o processo a realidade da vida negocial.[651] Temos que a instrumentalidade do processo, em verdade, apenas reforça a compreensão de que o direito processual deve se abrir à liberdade das partes em consonância com a natureza do direito material subjacente.

O italiano pondera, de todo modo, que também se mostra equivocada a compreensão de indisponibilidade do direito processual, como se o escopo do processo fosse simplesmente a tutela das situações processuais.[652] Nessa perspectiva, aduz que o direito processual se encontra funcionalmente no mesmo plano do direito material,[653] pois ambos garantem a tutela do direito (e não apenas o processo).[654]

O processualista esclarece, ainda, que as normas processuais possuem natureza pública, por envolverem o exercício de função pública, mas isso não significa que o

---

646 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais* cit., p. 115.
647 Idem, ibidem.
648 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 130.
649 CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. LXX, II Serie, p. 51, 2015.
650 Também entendendo pela diferenciação entre o princípio dispositivo quanto ao direito material e quanto ao direito processual: GIUSSANI, Andrea. Autonomia privada e presupposti processuali: note per un inventario cit., p. 109.
651 CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti cit., p. 51.
652 Idem, ibidem.
653 Idem.
654 Idem, p. 52-53.

desenvolvimento e o resultado do processo não interessem preponderantemente às próprias partes.[655] São elas que pretendem a atuação da lei para obtenção de um bem da vida, pelo que se deve admitir que o direito processual atende à vontade dos sujeitos parciais e, por isso, não é cogente.[656] Nessa linha de intelecção, as normas processuais podem advir de qualquer fonte normativa, inclusive, da autonomia privada.[657] E mais: a indisponibilidade das normas processuais não decorre de sua natureza pública.[658] O autor conclui, na mesma linha de Peter Schlosser, portanto, que a norma processual, na dúvida, não será cogente e, assim, a aplicação do direito posto é residual, dependente, então, da ausência de acordo processual das partes.[659]

Na mesma linha, Rafael Calheiros Bertão observa que o legislador restringe as matérias que podem ser objeto de controle judicial no tocante às convenções justamente para estabelecer uma "presunção de validade e eficácia, *prima facie*, da norma convencional", adotando o *in dubio pro libertate.*[660] Tal compreensão seria endossada, ainda, pelo art. 200 do CPC.[661]

Temos que nem seria necessário, propriamente, defender especificamente o *in dubio pro libertate*, se a invalidação do negócio processual passa necessariamente pela prolação de uma decisão que deve se atentar aos predicados constantes do art. 489, §§ 1.º e 2.º, do CPC. Assim, não basta ao órgão julgador indicar fundamentos que se prestariam a justificar qualquer decisão de nulidade de uma convenção processual, bem como não pode deixar de observar a norma convencionada, contentando-se em apontar, por fundamentos, normas legais ou principiológicas, súmulas ou precedentes (vinculantes ou persuasivos).

Exige a lei, para a validade de igual decisão, que haja uma "contextualização fática"[662] ou seja, que o magistrado aponte qual o conteúdo específico do pacto é nulo e de que forma semelhante disposição viola o ordenamento jurídico. É o próprio art. 489 do CPC que impede que o uso de conceitos jurídicos indeterminados, de construções vagas, de enumeração de princípios ou cláusulas gerais, de argumentos genéricos e desconectados

---

655 CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti cit., p. 52-53.
656 Idem.
657 Idem, p. 53.
658 Idem, ibidem.
659 CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti cit., p. 54.
660 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 146.
661 Idem, ibidem.
662 WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? cit., p. 45.

do caso específico em julgamento se faça para, por exemplo, declarar nulo o negócio entabulado.

Nem mesmo a técnica de ponderação escapou à atenção da lei, que exige que a decisão que se valha do sopesamento apresente "o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão" (CPC, art. 489, § 2.º). Não bastasse tudo isso, ainda se exige que a decisão proferida, para decretar a nulidade da convenção, efetive o princípio do contraditório, analisando todos os fundamentos fáticos ou jurídicos apresentados pelos negociantes, para manutenção (ou não) da avença (CPC, art. 489, IV).[663] Do contrário, nula seria a própria decisão que invalida o negócio jurídico.

Ademais, com o desenvolvimento da regra da instrumentalidade do processo, assentou-se que a dúvida objetiva das partes em suas opções processuais, longe de invalidar o ato, permitia sua conversão, com a produção de certos efeitos condizentes com o ato praticado, ou mesmo a sanação do vício, pela aplicação da fungibilidade.[664] É relevar o vício processual a partir do reconhecimento de que, respeitado o prazo legal para prática do ato, a dúvida objetiva e a boa-fé do agente justificam, por si sós, o aproveitamento da forma (em sentido amplo) eleita.[665]

Os doutrinadores supracitados, portanto, sufragaram o entendimento de que, existente dúvida fundada, como a relativa à validade do procedimento convencionado, não deve o magistrado decretar a nulidade do ato (ou negócio), mas, antes, aproveitá-lo, para que dele decorram os efeitos esperados pelas partes. Prestigiam-se, assim, no que toca ao tema do presente trabalho, tanto o princípio do autorregramento da vontade quanto o de previsibilidade da marcha processual e, consequentemente, de segurança jurídica.

Afasta-se uma análise meramente objetiva do escopo do ato (que tem sua validade questionada), para considerar a vontade dos agentes, uma vez que eles praticam seus atos, ou entabulam os negócios jurídicos, a partir de uma "programação da litigância".[666]

Esse aspecto tem especial relevância, quando se analisa um negócio prévio (que pode gerar seus efeitos em uma fase futura do procedimento) ou quando o magistrado

---

663 WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? cit., p. 46.

664 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 124.

665 Idem, ibidem.

666 Idem, p. 125.

entende pela invalidade parcial do objeto da convenção (uma vez que, por vezes, há uma relação de interdependência ou de implicação entre as disposições convencionadas). Trata-se de avaliar o quanto a decretação de nulidade da avença pode afetar a previsibilidade dos jurisdicionados, o equilíbrio do negócio, e, assim, ponderar em que medida tal decretação atende às várias finalidades do processo (e não simplesmente ao cumprimento da literalidade das disposições legais).

Substituindo a avaliação da existência de dúvida objetiva para preservação do ato viciado, Antonio do Passo Cabral entende ser mais relevante identificar os indícios de boa-fé objetiva na postura dos agentes, ou seja, se foi observado um padrão ético mínimo no uso dos institutos processuais (CPC, arts. 322, § 2.º, e 489, § 3.º).[667] Os atos inquinados praticados pelos litigantes poderiam ser preservados ou não, a partir de considerações relativas às expectativas legítimas que tenham gerado nos outros sujeitos processuais, o que se faz à luz do contraditório e do princípio da cooperação, que recomendam o esclarecimento e participação das partes.[668]

Até mesmo o órgão judicial deve se atentar à impossibilidade de adotar posturas contraditórias, inclusive, em razão de eventual omissão em face de seu dever de informar e esclarecer.[669] Também os magistrados devem observar as expectativas geradas por provimentos já exarados e a boa-fé objetiva na tomada de novas decisões, particularmente porque, seja pela ausência de uma garantia da identidade física do juiz, seja em razão da apresentação de recursos, diferentes órgãos do Poder Judiciário podem ser convidados a analisar a validade da convenção processual (em momentos diferentes) e, eventualmente, a dar prosseguimento à aplicação da norma convencionada. Cabe ao Poder Judiciário, portanto, proteger a confiança legítima das partes que, de boa-fé, criaram suas estratégias processuais, à luz de norma convencionada considerada, inicialmente, válida.[670]

---

667 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 124 e 127.

668 O autor defende a análise do atendimento dos deveres anexos da boa-fé processual: "Da boa-fé, podem ser extraídos deveres processuais (anexos ou laterais) que impõem o respeito ao outro e protegem as expectativas legítimas criadas pelos comportamentos processuais dos litigantes nos demais. Institutos relacionados à boa-fé, como o princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*), a proibição de comportamento contraditório no processo (*nemo potest venire contra factum proprium*), a *supressio* ou a versão germânica *Verwirkung*, o *tu quoque* e outros deveres derivados da boa-fé são aplicáveis ao processo fazendo com que condutas possam ser preservadas (não invalidadas) e outras inadmitidas (até por força de preclusões lógicas) quando ferirem padrões de conduta (comissivos ou omissivos) criadores de expectativas" (Idem, p. 28).

669 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 132.

670 Tratando da vinculação do magistrado ao calendário processual (CPC, art. 191), Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero lançam interessantes questionamentos: "O que deve

Tais conclusões não são novidades, pois mesmo a flexibilização do procedimento pelo magistrado gera expectativas e influi na projeção que os sujeitos processuais fazem da marcha processual, o que deve ser considerado pelos demais órgãos do Poder Judiciário a que seja submetida a causa. Não há razão também para supor maior dificuldade em avaliar a nulidade, ou não, da convenção processual do que a existente para, na sequência, julgar o próprio mérito.

---

suceder na hipótese de o juiz, que celebrou esse pacto, vir a aposentar-se, a remover-se, a licenciar-se ou a ser promovido? Poderá o acordo ser obrigatório também ao seu sucessor, que jamais firmou qualquer convenção, ou anuiu a ela? Mais grave: firmado o acordo, com a anuência do juiz, pode o tribunal, em grau de recurso, entender que esse pacto vulnera normas impositivas, que prejudicou alguma das partes ou ainda que é nulo por qualquer razão?" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2016. v. 1, p. 561). Conquanto o art. 190 do CPC se refira a negócios celebrados sem a participação do juiz, opomos aos questionamentos lançados também a conclusão de que não é dado ao Poder Público em geral (e ao Judiciário, em específico) surpreender as partes, pois a própria efetividade do processo e respeitabilidade das decisões passa pela efetivação da segurança jurídica. De resto, o calendário processual vincula o juízo e não propriamente, como sugerem os autores, o magistrado que o celebra.

4 LIMITES CONSTITUCIONAIS AO OBJETO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: AS GARANTIAS PROCESSUAIS NA CRFB/1988

4.1 Observações iniciais

A análise das limitações constitucionais aos negócios jurídicos processuais guarda grande relação com o estudo da colisão entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais processuais. Não temos a pretensão de revolver as profundas discussões próprias à teoria dos direitos fundamentais, mas de rememorar algumas compreensões que se consolidaram no tema, particularmente para: (i) demonstrar que o princípio da proporcionalidade só é aplicável às relações entre cidadão (titular de direito fundamental) e Estado (não titular), mas não àquelas estabelecidas entre particulares (ambos titulares de direitos fundamentais); (ii) mostrar que nem todas as garantias processuais constantes da Carta Magna são titularizadas, no que diz respeito a uma específica relação jurídica processual, tão somente pelos convenentes, mas *também* por eles; (iii) evidenciar que algumas garantias processuais expressas na Constituição Federal são regras, e não princípios.

Inicialmente, sem pretensão de simplificação da discussão, entendemos por bem recorrer aos conceitos de regras e princípios de Robert Alexy. Nesse sentido, o autor alemão revelou que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que determinam a promoção de valores na maior medida possível, dentro de condições fáticas e jurídicas do caso concreto, e as regras (e suas exceções), por outro lado, são normas que são satisfeitas ou não o são.[671] A colocação não é em vão, pois permite refletir a respeito das garantias processuais que, em verdade, preconizam regras, ainda que possam ser objeto de exceções. Nessa esteira, convém perquirir se os deveres de motivação (CRFB/1988, art. 93, IX) e de publicidade (CRFB/1988, art. 93, IX) impostos ao Poder Judiciário, bem como a vedação de tribunal ou juízo de exceção (CRFB/1988, art. 5.º, XXXVII), a par da questão atinente à própria titularidade, são princípios ou se, em verdade, estatuem regras. Teremos oportunidade de voltar à tal reflexão adiante.

---

[671] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 90-91.

De todo modo, os princípios não possuem um conteúdo apriorístico definitivo e absoluto. Em verdade, o conteúdo essencial de um princípio varia conforme o caso concreto. O conteúdo essencial *relativo* de um princípio é encontrado após a aplicação da regra da proporcionalidade, de forma casuística.[672] Ocorre que, como veremos adiante, não se devem aplicar as técnicas de sopesamento aos casos envolvendo negócios bilaterais celebrados entre particulares.[673]

No momento, importa consignar também que muitos dos direitos fundamentais, sejam regras ou princípios, são originalmente direitos subjetivos do cidadão em face do Estado, que o indivíduo pode opor ao legislador, ao administrador e ao julgador.[674] A evolução do tema, entretanto, conduziu à compreensão de que eles também são aplicáveis nas relações horizontais, entre particulares, portanto. É que a Constituição brasileira não limita a aplicação dos direitos fundamentais aos poderes estatais (eficácia vertical) – como fez a Carta alemã, demandando maior esforço hermenêutico para a construção da defesa da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.[675] A seguir, apresentaremos as principais formulações doutrinárias a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

---

672 SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE – Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 39-42, 2006.

673 Letícia de Campos Velho Martel anota que foi desenvolvido o conceito de "conteúdo essencial dos direitos fundamentais" como um limite intransponível à sua disposição, uma espécie de "limite dos limites". Nesse sentido, formaram-se quatro linhas de pensamento, que, em linhas gerais, defendem o seguinte: (a) a teoria objetiva defende que não é possível restringir o direito fundamental a ponto de ele perder seu significado no seio de uma sociedade, mas não apontam seus defensores como avaliar a partir de qual patamar de restrição se verifica a perda de função do direito ou até o número de indivíduos que devem ser atingidos pela medida para que se justifique a proteção; (b) a teoria subjetiva orienta no sentido de que o conteúdo essencial de um direito fundamental é violado mesmo que a violação seja de um direito subjetivo particularizado e mesmo que não se esvazie totalmente a posição de seu titular, mas não esclarece como é possível que alguns direitos fundamentais sejam vulnerados a ponto de nada deles restar efetivamente; (c) a teoria objetiva, por seu turno, assegura que todo direito fundamental tem um conteúdo essencial definido *a priori* e, para alguns de seus defensores, até mesmo imutável no tempo, mas também não consegue explicar o fato de alguns direitos serem restringidos por seu titular a ponto de nada deles restar; (d) a teoria relativa aduz que o conteúdo essencial não pode ser fixado aprioristicamente, mas também não se chegou a qualquer consenso a respeito de qual critério deve ser utilizado para sua aferição, defendendo alguns o recurso à proporcionalidade. Como se verifica, a noção de um conteúdo essencial ainda não restou solucionada em sede doutrinária (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis*: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 289-296).

674 BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 193.

675 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 139.

4.2 Aplicação de direitos fundamentais às relações entre particulares

Diferentemente da relação entre Estado e cidadão, em que o primeiro não é titular de direitos fundamentais e o segundo sim, na relação entre cidadãos, ambos são titulares de direitos fundamentais.[676] A aplicação dos princípios constitucionais nas relações entre titulares (eficácia horizontal), como no caso das partes de um negócio jurídico processual, tem peculiaridades que passamos a assinalar.

Analisando o tema, Robert Alexy relata que são três as teorias que buscam explicar como se dão os efeitos desses direitos nas relações entre particulares. A teoria dos efeitos indiretos perante terceiros preconiza que os direitos fundamentais influem na interpretação pelo juiz das normas do direito privado. Já a teoria dos efeitos diretos perante terceiros defende que dos próprios direitos fundamentais surgem direitos subjetivos privados e, por isso, a relação de implicação é direta, e não apenas por recurso à interpretação. A terceira teoria, a dos efeitos mediados por direitos em face do Estado, parte da ideia de que o Estado-Legislador é que cria as normas de direito privado e, dessa forma, participa das violações cometidas pelos particulares aos direitos fundamentais de outro titular. Como arremata o autor, as duas primeiras teorias destinam-se ao juiz e a terceira ao legislador e, ao final, propõem a aplicação da regra de sopesamento para solução dos conflitos.[677]

O estudioso, entretanto, assinala a insuficiência dessas linhas de pensamento, pois há significativa diferença entre as relações entre particulares e a relação entre Estado e cidadão, não se tratando de mera troca de destinatários. Constrói, por sua vez, uma teoria, de três níveis: (i) o primeiro nível é o do dever estatal, no âmbito legislativo e jurisdicional, de respeitar os valores constitucionais na produção legislativa e na aplicação do direito legislado; (ii) o segundo nível é o de direitos em face do Estado, que demanda que cabe ao Estado proteger o indivíduo da violação de direitos fundamentais perpetrada por outro particular; (iii) o terceiro nível impõe a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares. A escolha entre esses níveis, entretanto, depende em larga medida da existência de mediação legislativa, ou não.[678]

---

676 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 528.

677 Idem, p. 529-532.

678 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares cit., p. 144-145.

A teoria de Robert Alexy, como se pode notar, também é dirigida à jurisdição e impõe ao juiz o dever de considerar, no julgamento do caso concreto, os direitos fundamentais favoráveis à posição alegada pelo particular, mas também o dever de aplicar o próprio direito privado, salvo se tal material normativo não for compatível com qualquer das possíveis interpretações dos princípios constitucionais.[679] É que também o juiz deve respeito não apenas aos princípios constitucionais, mas às legítimas escolhas positivadas na legislação e aos precedentes.[680]

De fato, na relação entre particulares, os direitos fundamentais têm "uma outra 'intensidade de efeitos'", se comparado à relação entre cidadão e Estado.[681] Logo, os princípios constitucionais não conduzem a uma única solução e frequentemente "não é claro o que os princípios de direitos fundamentais requerem em um caso de direito civil".[682] Assim, o reconhecimento da aplicação direta de tais direitos não implica, em verdade, tornar "supérfluo o direito civil" e autorizar o magistrado a decidir simplesmente com base na Constituição.[683]

Verifica-se, então, uma importante falha dos estudos a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais consistente no fato de que, embora coloquem a autonomia privada no primeiro plano, acabam por não lhe dar a devida importância.[684] Nessa linha de intelecção, Robert Alexy conclui o seguinte:

> Por isso, o juiz civil está *prima facie* vinculado ao direito civil vigente, na forma de leis, de precedentes e da dogmática comumente aceita. Se ele quiser se afastar disso, em virtude de princípios de direitos fundamentais, ele tem que assumir o ônus argumentativo.[685]

O tema também foi objeto de estudo de Daniel Sarmento, que apresenta alguns critérios que devem balizar a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas e propõe regras de precedência *prima facie* entre direitos fundamentais, a fim de reduzir a discricionariedade judicial no exercício da ponderação/sopesamento. Sugere que, primeiramente, deve-se analisar a simetria ou assimetria entre as partes, de modo que, quanto maior a desigualdade fática entre as partes, menor será a tutela da autonomia

---

679 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 535-537.
680 Idem, p. 537.
681 Idem, p. 538-539.
682 Idem, p. 541.
683 Idem, ibidem.
684 Idem.
685 Idem.

privada e vice-versa.[686] O autor observa que a própria compreensão liberal dos direitos fundamentais se justificava pelo fato de que na relação entre cidadão e Estado se verifica uma situação de poder e sujeição, que impõe a necessidade de proteger o indivíduo. Ocorre que a mesma realidade, a situação de poder e sujeição, também marca várias das relações entre particulares (ex.: entre empregado e empregador, entre pais e filhos etc.) e negar a aplicação dos direitos fundamentais redundaria em uma autonomia da vontade fictícia, formal, apenas, portanto, para os "fortes".[687] Defende, nessa linha de intelecção, que "um dos papéis essenciais dos direitos fundamentais é a proteção da pessoa humana contra o poder".[688] Daí que se façam necessárias, mesmo no cenário das liberdades públicas, medidas estatais aptas a tutelar as partes contratualmente débeis, como ensina a portuguesa Ana Prata.[689]

Tratando do critério da assimetria entre as partes, Virgílio Afonso da Silva demonstra que seria mais importante avaliar a *sinceridade* da manifestação de vontade, pois a "desigualdade material não interfere, necessariamente, na *autenticidade das vontades*".[690] De fato, não basta a desigualdade material para que seja automaticamente necessária a proteção do direito fundamental da parte "mais fraca", sendo imperioso observar o "grau real de autonomia das partes envolvidas" no caso concreto.[691] É o caso do sacrifício, temporário e específico, da privacidade para participação em *reality show* promovido por uma grande empresa de comunicação, certamente mais poderosa que o participante.[692]

Contra-argumentando, Daniel Sarmento aduz que a generalização por ele elaborada desempenha satisfatoriamente seu papel e sua aplicação não prescinde da análise do caso concreto, apenas firma um critério de precedência (um maior peso aos direitos fundamentais da parte fraca da relação assimétrica diante da importância a ser dada à autonomia privada) sem, com isso, determinar, pura e simplesmente, a subordinação da

---

686 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 261.

687 Idem, p. 262.

688 Idem, p. 264.

689 Idem, p. 263.

690 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, p. 176, 2005.

691 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares cit., p. 157.

692 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares cit., p. 176.

autonomia privada.[693] Isso não significa, ademais, que os direitos fundamentais não sejam aplicados nas relações paritárias.[694]

Mesmo nas relações simétricas, Daniel Sarmento entende não serem suficientes a intermediação legislativa ou o recurso às cláusulas gerais do direito privado.[695] Nessa esteira, entende que deve ser analisado o conteúdo existencial ou patrimonial do direito fundamental que colide com a autonomia da vontade. Portanto, a autonomia da vontade teria mais peso em face de um direito patrimonial e, mesmo nesse cenário, seria imperioso observar a essencialidade do bem em questão.[696]

Como se vê, mesmo no âmbito dos direitos patrimoniais, o autor aponta a necessidade de analisar a essencialidade do bem, também para construir precedências *prima facie* (ou seja, que não descuram da necessidade de aferir o caso concreto) que determinem um peso menor à autonomia privada em face de bem essencial à vida humana.[697] As regras de precedência, portanto, cumprem a função de estabelecer um maior ônus argumentativo àquele que pretende se contrapor a ela (seja para defender a prevalência da autonomia ou de outro direito fundamental, no caso concreto).

De qualquer forma, Daniel Sarmento cria uma regra de precedência *prima facie* também em virtude de a lesão ao direito fundamental advir de uma decisão heterônoma ou de consentimento da parte lesada, como aquele dado na celebração de negócios processuais. Assim, nos negócios bilaterais, impõe-se um maior peso à autonomia privada de ambos os contratantes; com mais razão, se a relação é paritária.[698] O autor consigna que nesses casos é discutível até mesmo a aplicação dos direitos fundamentais como "proteção da pessoa contra si mesma".[699] Dessarte, a renúncia demanda apenas a vontade livre do titular e o respeito à dignidade da pessoa humana e ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do disponente.[700]

Para Wilson Steinmetz, a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares deve ser feita mediante a adoção da regra da proporcionalidade. O autor também procura criar regras de precedência entre direitos fundamentais e, por isso,

---

693 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas* cit., p. 264.
694 Idem, p. 265.
695 Idem, p. 266.
696 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares cit., p. 177.
697 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas* cit., p. 268.
698 Idem, p. 270.
699 Idem, ibidem.
700 Idem, p. 270-271.

apresenta alguns conceitos. Afirma que: os direitos fundamentais de conteúdo pessoal são aqueles que abarcam os bens, esferas e atributos pessoais e transcendentais imprescindíveis ao desenvolvimento humano livre e autônomo; e os direitos fundamentais de conteúdo patrimonial abarcam bens, esferas e atributos não ínsitos ao ser humano, mas relevantes para seu desenvolvimento livre e autônomo.[701]

Diferencia, ainda, as relações de poder em relações em condições de igualdade fática e em condições de desigualdade fática, conforme uma das partes detenha o poder (econômico, social, político, cultural etc.) de fazer prevalecer suas posições em face de outro, na relação contratual.[702] O autor confere importância, portanto, à aferição da qualidade do consentimento, ou seja, do quanto foi relevante a relação imposição-sujeição para a restrição do direito fundamental na celebração de um contrato.[703]

A partir dessas concepções, o autor defende a existência da seguinte regra de precedência *prima facie* (não definitiva) entre os direitos fundamentais, que deve ser aplicada no teste de proporcionalidade em sentido estrito (a terceira etapa de aplicação da máxima da proporcionalidade): (i) nas relações contratuais entre particulares, deve sempre prevalecer o direito fundamental de conteúdo *pessoal* em face da autonomia privada, ainda que a relação entre as partes seja paritária; (ii) nas relações contratuais entre particulares, prevalecerá a autonomia privada apenas em face de direitos *patrimoniais*, desde que a relação entre as partes seja paritária.[704] Como mencionamos, entretanto, a desigualdade entre as partes não é suficiente para afastar a legitimidade do exercício da autonomia da vontade.

O autor propõe, ademais, uma eficácia imediata "modulada" dos direitos fundamentais. Assim, admite que, se houve mediação legislativa, a preferência é pela aplicação do direito positivado, ou seja, da ponderação feita pelo legislador, "necessária, suficiente e conforme à Constituição ou conforme os direitos fundamentais".[705] O juiz teria que assumir, para superar o texto legal, um "sério ônus de argumentação constitucional",

---

701 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 222.
702 Idem, p. 223.
703 Idem, ibidem.
704 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares cit., p. 178.
705 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais* cit., p. 274.

pois terá que apresentar razões constitucionais para invalidar a norma infraconstitucional.[706]

Também se debruçando sobre o tema, Virgílio Afonso da Silva defende a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, uma vez que, se os princípios são mandamentos de otimização, é aplicando-os *também* às relações privadas que eles serão realizados em *maior medida*, conforme as condições fáticas e jurídicas (que abarcam a legislação infraconstitucional como um todo).[707]

O estudioso recorre, então, ao conceito de princípios formais, que são normas de validade (e não normas de conduta) e que impõem seu cumprimento, independentemente de seu próprio conteúdo.[708] Basta pensar no precedente judicial: ele deve ser observado ainda que não seja substancialmente uma "boa" decisão. Também é o caso do princípio da competência decisória do legislador, que impõe a observância da lei, independentemente de seu conteúdo, porque atende ao princípio democrático e à separação de poderes.[709]

No cenário das relações privadas, por sua vez, o princípio da autonomia privada é o princípio formal que impõe seja tido por válido o negócio firmado entre os particulares, que restrinja direitos fundamentais de uma ou das duas partes.[710] A precedência sugerida também é *prima facie*, ou seja, pode ser revertida no caso concreto, a depender da intensidade da restrição dos direitos fundamentais em jogo. Assim, a defesa da autonomia privada será maior, conforme seja menor o grau de restrição do outro princípio colidente e vice-versa.[711]

O estudioso entende ser decisivo avaliar a autonomia das partes no caso concreto, se foi real ou aparente.[712] Para Daniel Sarmento, entretanto, o critério da autonomia real ou aparente teria aplicação restrita aos casos em que o prejudicado tenha manifestado seu consentimento com a medida prejudicial.[713] Não abarcaria, por exemplo, a situação em que uma parte não pretende firmar um contrato com outra em razão de discriminação religiosa, pois aqui não há consentimento do lesado.

---

706 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais* cit., p. 274.
707 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares cit., p. 146-147.
708 Idem, p. 148-149.
709 Idem, ibidem.
710 Idem.
711 Idem, p. 159-160.
712 Idem, p. 158.
713 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas* cit., p. 264.

No caso de relações não contratuais, em verdade, Virgílio Afonso da Silva consigna que seria imperioso observar se houve mediação legislativa, pois apenas sua ausência autorizaria o recurso ao sopesamento.[714] Propõe, ainda, uma nova visão a respeito da possibilidade de renúncia do direito, superando a ideia jusnaturalista de que os direitos fundamentais são irrenunciáveis. A vida social moderna, realmente, apresenta várias hipóteses de efetiva renúncia e nem se está referindo, com isso, aos casos em que o direito não é exercido ou nunca é exercido, já que neles não se verifica a renúncia.[715]

De fato, quando se fala em disposição de direitos fundamentais, há que se tomar certo cuidado terminológico, pois várias realidades,[716] por vezes, são agrupadas sob o signo "disposição", podendo tratar-se em verdade: (i) da perda do direito, que se dá em virtude de normas específicas, e não da vontade do sujeito; (ii) da suspensão do direito, que ocorre em razão de norma temporária; (iii) das limitações ou restrições, que partem simplesmente da compreensão de que os direitos fundamentais não são absolutos[717] e por isso são limitados tanto por regras como por outros princípios; (iv) do não exercício, que é conduta voluntária daquele que opta por não se valer de seu direito; (v) desistência, caso o sujeito voluntariamente inicie o exercício de seu direito, mas depois escolha não prosseguir nesse exercício em uma dada situação específica; (vi) da renúncia, que é a manifestação voluntária do titular do direito no sentido de vincular-se a terceiros, obrigando-se ao não uso do direito ou de algumas de suas prerrogativas. A renúncia, inclusive, é fundada tanto na liberdade quanto no próprio direito renunciado[718] (pois renunciar também é exercício do direito). A renunciabilidade encontra limites, segundo a doutrina majoritária, devendo ser temporária, casuística e referível a uma situação específica.[719]

Dentre as várias hipóteses corriqueiras de renúncia, Virgílio Afonso da Silva apresenta as seguintes: (i) a parte que celebra acordo com a parte adversa e, com isso, deixa de recorrer da sentença, renuncia ao duplo grau de jurisdição; (ii) o homem que pretende ser padre e a mulher que quer ser freira abdicam do direito de constituir família; (iii) a pessoa que, aprovada em concurso público, assume o cargo de juiz, abdica do livre exercício de qualquer profissão, salvo o magistério; (iv) todo contrato importa algum grau

---

714 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares cit., p. 166-167.

715 Idem, p. 64-65.

716 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 150-152.

717 Não se ignora, entretanto, a compreensão de que alguns direitos fundamentais não admitem vulneração, como o direito de não ser submetido à tortura, entre outros.

718 Idem, p. 152.

719 Idem, p. 155.

de renúncia da liberdade etc. O estudioso demonstra, assim, que são variados os atos que importam renúncia, não sendo imperioso recorrer a situações limítrofes (como a do suicídio). Ademais, a renúncia ou a transação no que toca aos direitos fundamentais, assim como a qualquer direito (como os patrimoniais), é sempre para uma dada situação, e não para toda e qualquer possibilidade futura de exercício do direito. Os efeitos da renúncia ou transação são sempre para uma dada relação ou situação e para um determinado direito.[720]

Como ficou demonstrado, a tese de Virgílio Afonso da Silva claramente resgata o papel da autonomia privada na tensão com outros direitos fundamentais envolvidos nas relações entre particulares, mostrando que aquela não é um princípio menor ou desprezível. O autor ainda constata a impossibilidade de aplicação do sopesamento dos valores em conflito e também sua desnecessidade. Portanto, a lei de colisão prescreve que, quanto maior o grau de não realização/restrição de um princípio, maior deve ser a importância de realização do outro princípio colidente.[721] Ocorre que as soluções apresentadas para a questão do conflito de valores constitucionais nas relações particulares não dizem respeito a uma análise da relação entre o grau de restrição, de um lado, e de importância, de outro. As soluções doutrinárias, a propósito, consistem basicamente em apresentar "situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado", o que não importa em sopesamento.[722]

Do aqui explanado temos que a doutrina já reconhece que não é possível dar às relações entre particulares o mesmo tratamento conferido às relações entre eles e o Estado, ainda que com o objetivo de efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, a igualdade fática ou mesmo o conteúdo do direito (se existencial ou patrimonial) não são critérios que prestigiam efetivamente a autonomia privada dos particulares que, mesmo em situações desiguais ou mesmo no que tange a direitos existenciais, podem pretender a renúncia a suas posições jurídicas sem qualquer pretensão de, com isso, fomentar outro valor constitucional. Temos, assim, que razão assiste a Virgílio Afonso da Silva, que manifesta a importância de aferir se a autonomia expressada pelos particulares foi real ou aparente, no caso concreto.

No tópico seguinte, teremos oportunidade de demonstrar que as regras *prima facie* apresentadas pelos diversos autores não se conciliam com a pretensão de

---

720 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares cit., p. 64-65.

721 Idem, p. 154.

722 Idem, ibidem.

sopesamento entre direitos fundamentais envolvidos nas escolhas feitas nas relações particulares.

4.3 Da inaplicabilidade da máxima da proporcionalidade ao conflito entre autonomia privada e outros direitos fundamentais dos convenentes

Parte significativa da doutrina pretende aplicar a proporcionalidade para solucionar o conflito entre autonomia privada e direitos fundamentais nas relações privadas, tal como é utilizada no controle de medidas estatais. Virgílio Afonso da Silva, entretanto, critica a solução, pois a proporcionalidade impõe a realização dos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que se revela problemático no caso das relações privadas.[723]

De fato, as medidas estatais só se mostram *adequadas* quando a restrição a um direito fundamental ocorre para fomentar outro de mesma natureza ou um interesse coletivo. Ora, tal pretensão não pode ser exigida de um particular, que, por vezes, pretende o lucro, e não promover um valor existencial, por exemplo. Além disso, o que é uma "finalidade constitucionalmente legítima" para o Estado é bem diferente do que o é para o particular.[724-725]

---

723 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares cit., p. 162.

724 Idem, p. 162-163.

725 No tema, Pedro Adamy está entre os que pretendem exigir, para renúncia de direitos fundamentais, um benefício legítimo, mas o autor parece também entender que o raciocínio não pode ser transposto para as relações entre particulares com a mesma facilidade. *In verbis*: "[...] a renúncia deve ser operada tendo em vista um benefício legítimo para o titular do direito fundamental. As bases da renúncia deverão ser realizadas sempre em termos de igualdade. Quer isso dizer que não poderá apenas o renunciante ou o Estado ou entidade perante a qual se renuncia se beneficiar com o ato renunciatório. Não se confunde a renúncia com a transação, que pressupõe concessões mútuas. No entanto, a renúncia envolvendo direitos fundamentais deve trazer ao titular renunciante alguma forma de benefício, mesmo que indireto. Note-se que não há necessidade de que haja sinalagmaticidade entre os benefícios havidos entre as partes envolvidas em um acordo, contrato ou situação de renúncia. Contudo, é necessário que ao titular que renunciar a seus direitos – fundamentais ou não – sejam concedidos benefícios que importem em melhoria nas suas condições individuais. Existe, portanto, a necessidade de que haja um benefício proporcional e legítimo ao contribuinte, sem o qual a renúncia seria pouco atrativa. [...] Deve-se atentar que perante os particulares as bases limitadoras são menos explícitas, com maior espaço para o 'reconhecimento da liberdade individual', e a conformação de sua liberdade de acordo com as próprias convicções" (ADAMY, Pedro. Renúncia a direitos fundamentais. Disponível em: https://www.academia.edu/6597086/Ren%C3%BAncia_a_Direito_Fundamental. Acesso em: dez. 2019).

A análise da *necessidade* das medidas estatais, por sua vez, implica que o juiz verifique a existência de outras medidas eficazes para atingimento de certa finalidade, uma vez que apenas aquelas estritamente necessárias (e menos gravosas) para atingimento dos fins perseguidos são admitidas. Ocorre que a aplicação dessa linha de raciocínio à relação entre particulares importa fulminar a autonomia privada.[726]

De fato, a defesa açodada da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas em geral e aos negócios processuais, em particular, pode fomentar a insegurança jurídica e mesmo fulminar o próprio princípio da autonomia privada, fragilizando todo o sistema que rege a atividade dos particulares.[727]

Tratando da tentativa de aplicar o princípio da proporcionalidade para resolver o conflito entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais, nas relações entre particulares, Virgílio Afonso da Silva esclarece o seguinte:

> [...] esse raciocínio não pode ser transportado para as relações entre particulares e a razão é trivial: exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. [...].[728]

Ora, sem passar pelos testes de adequação e necessidade, fica sem utilidade a proposta de Wilson Steinmetz de ponderação em sentido estrito, pelos critérios de igualdade fática e conteúdo (existencial ou patrimonial) do direito.[729]

Ainda sobre a proporcionalidade, importa lembrar a lição de Humberto Ávila[730] que, estudando o tema para fins de controle *judicial* de medidas estatais, preocupou-se em interpretar os três testes referidos com o objetivo de preservar o espaço de liberdade do Poder Público, que decorre da separação dos poderes. O autor principia demonstrando que a regra da proporcionalidade somente deve ser aplicada quando se está diante de uma *medida concreta* destinada a uma *finalidade* (resultado concreto almejado). É a relação meio/fim que será objeto de controle do Poder Judiciário.

---

726 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares cit., p. 163.

727 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais* cit., p. 220.

728 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares cit., p. 179.

729 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares cit., p. 164.

730 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação os princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 207-223.

No âmbito da adequação, o autor nota que o juiz avaliará se o meio conduz à realização do fim, mas apenas pode impor ao Poder Público a definição de um meio apto a cumprir (ainda que *minimamente*) o fim. Não se exige que seja o melhor, mais seguro ou mais intenso meio, mas apenas um que seja apto a alcançar o objetivo. Basta que ele possivelmente realize o fim pretendido e que a medida seja geralmente adequada à tal finalidade, tendo em vista o momento em que foi adotada pelo Estado (e não o momento do julgamento). Do contrário, torna-se inviável a atividade estatal, pois seria necessário que o Poder Público se dedicasse a um exaustivo estudo para escolha da medida e também que dispusesse dos recursos, inclusive financeiros, pertinentes. De resto, há que respeitar a "vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo", que possuem uma margem mínima de escolha.[731]

Quanto à necessidade, a análise demanda o exame da existência de meios alternativos que igualmente promovam o fim e, em um segundo momento, o exame de qual desses meios alternativos é menos restritivo. As dificuldades postas são de várias ordens, pois os meios promovem os fins de maneiras distintas (alguns meios são mais rápidos, outros mais certos etc.) e, por vezes, fomentam, inclusive, outros fins também desejados pelo ordenamento jurídico. Se se admitir ao Poder Judiciário afastar a medida apenas porque não promove certo aspecto da finalidade eleita, a medida estatal sempre cederá.[732]

No último teste, a análise da proporcionalidade em sentido estrito, portanto, impõe a comparação entre a importância de realizar a finalidade e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais, o que apresenta espaço para significativo subjetivismo.[733]

A complexidade de aplicação da proporcionalidade e seus três testes, portanto, já se verifica no cenário dos atos estatais. O Poder Judiciário, como se viu, deve respeitar também o espaço de liberdade dos outros Poderes, sob pena de inoperância da máquina estatal e violação da separação de poderes. É nesse sentido que Humberto Ávila afirma que é mais importante ao julgador aferir, em verdade, o acerto das premissas do ato estatal, ou seja, verificar se foi feita uma "avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico

---

[731] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação os princípios jurídicos cit., p. 210-217.

[732] Idem, p. 217-219.

[733] Idem, p. 220.

disponível", esgotando as fontes de conhecimento dos efeitos da medida e as orientações atuais alcançadas pelos estudos e pela experiência.[734]

As ideias aqui desenvolvidas possuem grande influência, como se vê, no controle judicial da constitucionalidade das convenções processuais, inclusive pelo fato de que a corregulação de tais ajustes por normas materiais e processuais implica a abertura do processo civil a valores próprios do direito material, particularmente ao quanto já alcançado a respeito da autonomia privada. O fato de o processo ser uma relação jurídica de direito público, portanto, não afasta as compreensões ora apresentadas.

Além disso, podemos concluir do explanado que: (i) não se aplica a proporcionalidade para aferir a correção do objeto do negócio processual, sob o risco de se anular a autonomia privada;[735-736] (ii) os autores, em geral, se valem de critérios, para controlar a incidência dos direitos fundamentais aos entes privados, mais relacionados à aferição da igualdade fática, à qualidade do consentimento e à natureza do direito restringido (se existencial ou patrimonial e, dentre os patrimoniais, se se trata de bem essencial), mas se revela mais correto analisar se o exercício da autonomia privada foi *real* ou *aparente*, já que sempre há espaço para a renúncia.

Importante notar, inclusive, que a própria natureza libertadora dos direitos fundamentais implica condicionamentos em sua aplicação às relações privadas. A asfixia da criatividade própria da vida privada é um preço alto a ser pago em razão de uma preocupação ingênua e descuidada com a aplicação ampla dos direitos fundamentais. A pretensão de homogeneizar a conduta humana e até de proteger as pessoas "de si mesmas", sem os critérios adequados, pode conduzir a uma realidade totalitária, verdadeiramente avessa ao que os direitos fundamentais sempre buscaram tutelar.[737]

A seguir, vamos pontuar como deve ser o tratamento das garantias processuais constantes da Carta Magna, aduzindo nossas considerações a respeito da possibilidade de

---

[734] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação os princípios jurídicos cit., p. 221-223.

[735] Em sentido contrário, pela aplicação da máxima da proporcionalidade para controle das convenções processuais: YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? cit., p. 70-72.

[736] Em sentido contrário, pela aplicação da máxima da proporcionalidade (com seus três testes), considerando, ainda, que os escopos da jurisdição devem ser as balizas para, na terceira etapa, realizar o teste de proporcionalidade em sentido estrito: COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros* cit., p. 128-132.

[737] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas* cit., p. 268-269.

exercício da autonomia privada mesmo que acarrete restrições ou renúncia de direitos fundamentais.

4.4 As garantias processuais na CRFB/1988

A necessidade de compatibilizar a criatividade dos convenentes com as garantias constitucionais já foi objeto de preocupação também dos próprios processualistas. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral, por exemplo, procurou construir um método para concretização da cláusula geral de negociação atípica do art. 190 do CPC. O autor apresenta três etapas a serem seguidas:[738] (i) primeiramente, seria o caso de reconhecer os direitos fundamentais específicos em questão, atentando-se ao fato de que é preciso identificar o conteúdo de cada direito fundamental para evitar superposições de princípios (ex.: é preciso verificar com clareza se o princípio afetado é o contraditório ou a ampla defesa); (ii) em um segundo momento, buscam-se parâmetros nas convenções típicas similares a que seja objeto de análise, para emprestar, mediante fundamentação específica, a essa última (a atípica) o regramento do modelo legal;[739] (iii) finalmente, deve-se preservar sempre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, garantindo, ao menos, que qualquer disposição ou renúncia corresponda a uma contrapartida proporcional ou benefício equivalente. Para o processualista, será preciso também analisar se as alterações promovidas pela convenção processual são teleologicamente consistentes com a função do próprio processo, de aplicação do direito material visando à pacificação.

É de imaginar que a convenção que atenda aos parâmetros legais postos à atividade negocial típica das partes (no campo dos acordos probatórios, por exemplo, é o que se verifica do art. 373, § 3.º, I e II, do CPC), que se aproxime de procedimento legal ou que atenda ao regramento geral da matéria convencionada,[740] naturalmente se beneficiará de uma presunção de constitucionalidade *qualificada*, por assim dizer. O distanciamento do negócio atípico com relação aos modelos legais, entretanto, não deve significar sua inconstitucionalidade. Exemplificando, é o que se passa na suspensão convencional do processo que é limitada, por lei, ao prazo de seis meses, mas que, no caso concreto, pode se

---

[738] CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 331-340.

[739] Também Fredie Didier Jr. entende que: "Sempre que *regular expressamente* um negócio processual, a lei delimitará os contornos de seu objeto" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento cit., p. 388).

[740] COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros* cit., p. 123.

alongar por um tempo maior, para atender a outros objetivos, particularmente os atinentes à pacificação das partes ou à realização de atividades de seu interesse.

Outro critério é apontado por Bruno Garcia Redondo, para quem as partes podem dispor de garantias constitucionais das quais sejam destinatárias imediatas e principais, não podendo fazê-lo quando a garantia é primordialmente dirigida também a terceiros alheios à convenção.[741] Nessa toada, exemplificativamente, o princípio do juiz natural se dirige ao Estado e a publicidade, a fundamentação e a eficiência da prestação jurisdicional são de interesse de toda a sociedade.[742]

Portanto, embora deva ser preservado o núcleo das garantias, nem mesmo esse núcleo é obrigatório,[743] pois, se se admite a renúncia de garantias materiais, seria incoerente impedir a renúncia das instrumentais.[744] Assevera, com razão que "não existe proibição ao próprio prejuízo voluntário", ou seja, permite-se o autoprejuízo, o que de resto decorre do próprio art. 190 do CPC, que autoriza negócio para extinção de direitos processuais das partes.[745] As mais variadas razões justificam, a propósito, a modulação do negócio processual, não apenas as repercussões econômicas.[746]

A harmonia entre o princípio da autonomia da vontade e as garantias processuais, no âmbito dos negócios processuais, que não se pode fazer por recurso ao sopesamento, demanda, de fato, a elaboração de novos métodos. Assim, passaremos à análise das garantias processuais constantes do texto constitucional com os seguintes objetivos: (a) aferir a titularidade da garantia para demonstrar que os propalados princípios ou regras da publicidade, do juiz natural (competente, independente e imparcial), da assistência jurídica integral e gratuita, da vedação à prova ilícita e do dever de motivação, em verdade, são comandos dirigidos ao Estado e/ou titularizados por toda a coletividade, não apenas pelos convenentes de uma dada relação jurídica processual; (b) evidenciar, quanto à coisa julgada, que sua formação também gera situação jurídica titularizada pelo Estado-Juiz; (c) quanto às demais garantias (contraditório, ampla defesa, celeridade processual, igualdade e duplo grau de jurisdição), considerando que nenhum princípio é

---

741 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 189.

742 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 190.

743 Idem, p. 189.

744 Idem, p. 194.

745 Idem, p. 196-197.

746 Idem, p. 197.

absoluto (nem mesmo a liberdade no direito privado), apresentar em que medida elas são fundamentais para a configuração de um processo justo.

Passemos, assim, ao estudo das garantias previstas na Constituição Federal, principiando pelo devido processo legal, princípio-síntese que abarca todos os demais, inclusive a liberdade no processo.

4.4.1 Devido processo legal

A doutrina brasileira a respeito dos negócios jurídicos processuais aponta para o devido processo legal como princípio que deve nortear os limites às convenções processuais. Assim, como leciona José Rogério Cruz e Tucci, há garantias processuais que não admitem preterição[747] e o processo justo é a síntese delas.

Defendendo a existência de um "microssistema de proteção do exercício livre da vontade no processo",[748] uma vez que o Código de Processo Civil de 2015 é rico em estímulos à autocomposição de ordem material e processual, Fredie Didier Jr. entende que é do devido processo legal que se extrai o direito ao autorregramento da vontade no processo. Nesse sentido, aduz que "um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira".[749]

O devido processo legal, portanto, não deve ser interpretado como uma garantia estática ou formal, que impõe pura e simplesmente a observância do rígido modelo legal, mas como princípio que estabelece rito tendente à prestação de tutela jurisdicional "adequada, justa, efetiva e no menor tempo possível, com observância das garantias processuais constitucionais".[750]

O postulado em análise, ademais, costuma ser analisado doutrinariamente sob dois aspectos: substancial e formal. No primeiro sentido, entende-se que o constituinte impõe ao Estado-Legislador razoabilidade (proporcionalidade) na atividade legiferante e ao Estado-

---

747 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das convenções processuais cit., p. 27.
748 DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil cit., p. 35.
749 Idem, p. 33.
750 WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental cit., p. 247-248.

Juiz, na aplicação da lei e na flexibilização procedimental que lhe competir.[751-752] Por seu turno, em seu sentido formal, determina-se que seja assegurado um rito adequado, previamente conhecido pelos litigantes e que implemente o contraditório e a ampla defesa, o que não significa que deva necessariamente constar de lei.[753] O devido processo legal, como se pode perceber, não importa exigência de previsão legal do procedimento (de legalidade), mas de asseguração do exercício de garantias processuais previstas na Constituição aos litigantes.[754]

Embora não se ignore que a legislação processual represente, em grande parte, "o resultado de uma experiência que se acumulou durante séculos",[755] é imperioso notar que também o art. 190 do CPC é reflexo dessas compreensões alcançadas pela comunidade jurídica e ingressa no ordenamento brasileiro para assentar a liberdade, em seus exatos termos, como regra no processo.

O modelo constitucional de processo, nesse cenário, impõe que os convenentes respeitem as garantias processuais que não titularizam (com exclusividade), mas também determina ao Estado-Juiz a observância do quanto convencionado, dentro do espaço de conformação que o ordenamento confere às partes, pois o devido processo legal exige previsibilidade. Evitam-se, assim, surpresas, efeitos inesperados que impeçam as partes de exercer adequadamente seus direitos. Há quem veja na previsibilidade, a propósito, o núcleo do processo justo.[756]

---

751 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 118.

752 Em sentido contrário, Humberto Ávila consigna o seguinte: "Enfim, o uso da expressão 'devido processo legal substancial', como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do 'devido processo legal', é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao 'devido processo legal', quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão devido processo legal substancial' para representá-los; em terceiro lugar, porque o 'devido processo legal substancial', se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no 'devido processo legal procedimental', quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo" (ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"?. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, v. 163, p. 56, set. 2008).

753 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual) cit., p. 118.

754 Idem, p. 119.

755 Idem, p. 153.

756 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 164.

Entendido o devido processo legal como princípio-síntese, entretanto, temos que que abriga todas as demais garantias processuais, além de cumprir uma função de integração do sistema processual, de interpretação das normas, de bloqueio de regras que não estimulam esse ideal de proteção e de rearticulação entre as garantias.[757]

Pois bem. Passemos a analisar mais detidamente as projeções do processo justo, por meio de cada garantia sua positivada na Constituição Federal de 1988.

4.4.2 Inafastabilidade do Poder Judiciário – acesso à justiça

O art. 5.º, XXXV, da CRFB/1988 assegura o acesso à justiça ou a garantia do controle jurisdicional, por meio do exercício do direito subjetivo de ação.[758] O direito de ação é a "garantia constitucional ampla de acesso ao Poder Judiciário, para obtenção da tutela jurisdicional efetiva, por meio do devido processo legal".[759]

A inafastabilidade do Poder Judiciário (CRFB/1988, art. 5.º, XXXV), é bom que se diga, já não é mais encarada como mero direito de ação, de se alcançar um provimento judicial, mas também como direito aos meios e técnicas adequados a que esse provimento seja obtido e atinja seu resultado prático.[760] Assim, impor "um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional".[761]

Justamente para atender a tais preocupações, fortaleceu-se na doutrina a atenção com os resultados, com a efetividade da tutela jurisdicional. Passou-se a falar em tutela jurisdicional diferenciada para se referir às técnicas e aos meios e métodos utilizados e desenvolvidos para proporcionar celeridade e efetividade na proteção do direito material. Nessa ordem de ideias, foram positivadas técnicas de cognição limitada e sumária e criados procedimentos especiais que reforçassem o caráter instrumental das formalidades impostas pela legislação processual.

---

757 ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? cit., p. 58-59.

758 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 40.

759 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais cit., p. 61.

760 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Procedimentos especiais*. São Paulo: RT, 2009. p. 27.

761 DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20 Didier_3_-%20formatado.pdf. Acesso em: 18 set. 2019.

Ocorre, entretanto, que as normas processuais (em sentido amplo) são editadas tendo em vista as exigências do direito material abstratamente consideradas. Assim, naturalmente, pode a lei franquear às partes que façam essa mesma construção a fim de melhor atender as peculiaridades do caso concreto.[762]

De fato, a adequação dos meios não pode ser postergada apenas em razão da ausência de previsão legal correspondente. Superando essa dificuldade, o CPC/2015 valeu-se de cláusulas gerais que autorizam às partes moldar o procedimento para cumprir as exigências práticas constatadas.[763] Trata-se de opção legislativa que melhor se adéqua à dinamicidade do mundo moderno, porquanto a imposição do procedimento legislado, por vezes, implica impor às partes a observância de formas que já não atendem aos anseios sociais no momento de sua aplicação.[764]

Como ensina Luiz Rodrigues Wambier, não é possível ao Poder Legislativo "[...] estabelecer regras únicas perfeitamente satisfatórias a todas as espécies de conflitos de interesses levados a julgamento pelo Poder Judiciário, e que, ao mesmo tempo, atende às peculiaridades de cada situação de direito material".[765] O autor completa que as singularidades do caso concreto podem demandar a adaptação para que a tutela seja efetiva.[766]

As convenções processuais, entretanto, a par de realizarem efetivamente o acesso à justiça (ao assegurar a disciplina, pelos sujeitos processuais, de um processo adequado), também podem ter por objeto o próprio direito de ação. Nesse sentido, importa lembrar que o direito de demandar, em verdade, é um direito potestativo e, uma vez exercido, dá nascimento a um direito prestacional de obtenção de tutela jurisdicional, a um dever de julgamento pelo Poder Judiciário e à sujeição de alguém à condição de réu.[767] É o exercício desse direito subjetivo, inclusive, que dá origem a todas as demais posições processuais, que lhe são instrumentais (como o direito a um procedimento adequado, à

---

762 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais* cit., p. 38-39.

763 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais* cit., p. 41.

764 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf. Acesso em: 18 set. 2019.

765 WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental cit., p. 243.

766 Idem, ibidem.

767 DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 210, 2012. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/09/odireitodeacaocomocomplexodesituacoesjuridicas%C2%B9.pdf. Acesso em: dez. 2019.

prova, ao recurso etc.).[768] O direito de ação, assim, tem conteúdo eficacial amplo e não unitário.[769] Portanto, se as partes podem renunciar até mesmo ao direito de ação, também podem abdicar de seus desdobramentos, como posições jurídicas, atos e fases procedimentais.[770]

No âmbito das convenções sobre o direito de ação, para Rafael Calheiros Bertão não podem as próprias partes vedar o recurso ao Poder Judiciário e, simultaneamente, a qualquer forma de heterocomposição ou solução por meio de terceiro neutro, pois atingiriam o núcleo da inafastabilidade da jurisdição.[771] Assim, o *pactum de non petendo* não poderia ser indeterminado, suprimindo completamente o direito de ação.[772-773]

O autor aponta, ainda, que a cláusula, por vezes inserida no âmbito das transações, que reconhece a quitação ampla e irrestrita, em verdade estaria ainda na seara do direito material, e não do direito de ação. Por sua vez, a cláusula que submete o litígio a meio alternativo de resolução de controvérsia, como a mediação prévia,[774] é processual e deve ser admitida. Logo, segundo o STF (ADIn 2.139-7/DF), é a lei que não pode impor a conciliação (no caso, questionava-se imposição legal de sessão perante Comissão de Conciliação Prévia, nos moldes do art. 625-D da CLT, na redação da Lei 9.958/2000), até em observância à literalidade do art. 5.º, XXXV, da CRFB/1988, mas não há óbice a que as

---

768 COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros* cit., p. 68.

769 DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas cit.

770 Júlia Lipiani e Marília Siqueira da Costa observam, por exemplo, que as partes podem dispensar a audiência de mediação e conciliação, por não se revelar adequada, bem como torná-la obrigatória, cominando multas, etc. (LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. Disponível em: https://www.academia.edu/23817357/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_sobre_media%C3%A7%C3%A3o_e_concilia%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: dez. 2019).

771 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 170.

772 Idem, p. 171.

773 Pela impossibilidade de cláusulas contratuais que excluem o direito de proposição de demandas e exceções, no direito italiano: NOVA, Giorgio de. Accordi delle parti e decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano. v. 62, n. 3, p. 64-67, sett. 2008. Interessante notar que o autor entende que as partes não poderiam nem mesmo fixar regras vinculantes para a interpretação da avença pelo juiz, o que não encontra ressonância no direito brasileiro (CC, art. 113, § 2.º).

774 No tema, Júlia Lipiani e Marília Siqueira da Costa observam que a cláusula de mediação ou conciliação pode detalhar também o procedimento a ser adotado. Consignam, ainda, o seguinte: "É, no caso concreto, por exemplo, que se verá quantas reuniões serão necessárias para a conclusão do acordo, se os advogados deverão estar presentes em todas, algumas ou nenhuma das etapas, a necessidade de reuniões entre as partes sem os mediadores, ou apenas os mediadores com cada uma das partes isoladamente, se haverá ou não procedimento para apresentação de documentos, pois casos há em que não existem sequer documentos a serem apresentados e outros em que eles são essenciais" (LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação cit.).

próprias partes pactuem a submissão da lide à conciliação, mediação etc.[775] Também nada impede as partes de condicionarem o ajuizamento de demanda à prévia conclusão de ação probatória.[776]

A cláusula que obsta o ajuizamento de qualquer ação no que diz respeito a dado negócio ou mesmo as tutelas de urgência pertinentes, entretanto, seria inconstitucional para Luiz Antonio Ferrari Neto.[777] Na mesma linha, José Rogério Cruz e Tucci aduz que não se pode renunciar à defesa de direitos de forma prévia, pelo que é nulo e ineficaz qualquer *pactum de non petendo*, como restou assentado, em 17.03.2015, no julgamento do Agravo de Instrumento 2194531-67.2014.8.26.0000 da 16.ª Câmara de Direito Privado do TJSP.[778] Em sentido semelhante, para João Paulo Bocalon, se ao legislador é vedado impedir o acesso ao Judiciário, também o será às partes. As partes não poderiam dispor do direito de ação, mas apenas do próprio direito material.[779] Tem-se aqui, novamente, a inversão, que privilegia o meio em detrimento do fim.

A doutrina, entretanto, parece se firmar pela possibilidade do pacto de *non petendo*, seja por entender que se trata de negócio sobre pretensão processual (análise do mérito e não propriamente óbice a ajuizamento de demanda),[780], seja por vislumbrar um negócio sobre a faculdade de exigir judicialmente um direito.[781] De fato, o resultado é a inexigibilidade processual, que pode ser temporária (sujeita a termo ou condição) ou perpétua.

As principais objeções apontadas, normalmente, residem na alegada impossibilidade de as partes renunciarem integralmente à tutela jurisdicional (ao acesso à

---

775 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 148-149.

776 RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 150.

777 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 151.

778 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao#_ftn1. Acesso em: dez. 2019.

779 BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro* cit., p 203.

780 TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular*: o *pactum de non petendo* reinterpretado. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 75.

781 COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material cit., p. 413.

justiça) e na insubsistência de débito sem exigibilidade.[782] É fato, entretanto, que o pacto em questão guarda grande semelhança com a remissão, positivada pelo nosso ordenamento e que a autonomia da vontade, bem como outros interesses (proteção do devedor em face dos futuros sucessores do credor,[783] preocupação em criar condições psicológicas favoráveis ao adimplemento, obtenção de melhores condições negociais em razão do incremento do risco[784] etc.), podem justificar o interesse em abdicar da exigibilidade processual do direito.[785] Se se admite a remissão da dívida, portanto, é também possível a mera exclusão do direito de exigi-la em juízo.[786]

O pacto de *non petendo*, por outro lado, não se confunde com a remissão, pois não incide sobre o direito de crédito.[787] Não por acaso o credor ainda pode transmitir a obrigação (por cessão de créditos, assunção de dívida ou sub-rogação etc.).[788] As partes, portanto, preservam sua vinculação jurídica e, a depender da forma com que pactuam, preservam até mesmo o direito a indenizações pertinentes ao inadimplemento.[789]

Como observa Alberto Lucas Albuquerque da Costa Trigo, em verdade, não se impede o recurso ao Poder Judiciário, pois sempre será possível o controle a que alude o art. 190, parágrafo único, do CPC.[790] Ademais, a convenção apenas se mantém se, ajuizada a demanda, a parte adversa alega o referido direito, como matéria de defesa (tal como ocorre com a convenção arbitral).[791] Uma vez apontada a existência do ajuste, Paula Costa e Silva entende que, tratando-se de pacto por prazo indeterminado, o caso será de improcedência da pretensão do credor e, cuidando-se de obstáculo temporário, o pacto opera como exceção dilatória, que autoriza a prolação de sentença condicional.[792]

---

782 TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular*: o *pactum de non petendo* reinterpretado cit., p. 94.

783 Idem, p. 61.

784 COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material cit., p. 423.

785 TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular*: o *pactum de non petendo* reinterpretado cit., p. 95.

786 COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material cit., p. 421.

787 Idem, p. 417.

788 Idem, p. 419.

789 COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material cit., p. 431.

790 TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular*: o *pactum de non petendo* reinterpretado cit., p. 97.

791 Idem, p. 101.

792 COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material cit., p. 445.

Inclusive, pode ser que seja o próprio devedor o interessado em ajuizar ação declaratória (*anti-suit injunctions*), para o reconhecimento de seu direito fundado no pacto, o que reforça a preservação do acesso à justiça.[793]

Vários são os desenhos do pacto de *non petendo*, que podem ser parciais, sendo conhecidos, nesse último caso, como promessa de não postular. Por meio de tais pactos parciais, podem-se convencionar o afastamento de tutelas antecipadas satisfativas,[794] a limitação dos requerimentos passíveis de dedução em juízo,[795] cláusulas de paz (de natureza temporária, portanto, como as que estabelecem mediação/conciliação prévia[796] ou para que se aguarde a decisão do *Dispute Resolution Boards*),[797-798] procedimentos extrajudiciais prévios (como exigências de notificação, troca de correspondência, produção de prova antecipada[799] etc.),[800] pacto de *non exequendo* (como o compromisso de não executar certo título executivo, sem prejuízo da possibilidade de ajuizar ação de conhecimento, pacto para obstar o ajuizamento de moratória, para desistência de medidas executivas etc.),[801] cláusula *solve et repete* (ou promessa de não processar antes do atendimento de uma condição, como o próprio adimplemento),[802] entre outros. Entendemos, inclusive, que eventual negócio para escolha dos meios de prova atua como um pacto de *non petendo* quanto à possibilidade de ajuizamento de ação rescisória fundada em prova nova (CPC, art. 966, VII), salvo disposição expressa em contrário.

---

793 TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular*: o *pactum de non petendo* reinterpretado cit., p. 117.

794 Idem, p. 109-112.

795 Idem, p. 113.

796 GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657. Acesso em 12/2019.

797 TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular*: o *pactum de non petendo* reinterpretado cit., p. 131-134.

798 Idem, p. 145-147.

799 No tema, Júlia Lipiani e Marília Siqueira da Costa observam que pode haver interesse das partes na produção autônoma de prova, quando da conciliação ou mediação, e que as partes podem, nesse sentido, produzir extrajudicialmente a prova necessária ao andamento das tratativas. Confira-se: "A respeito da produção de prova, pode ser que não seja sequer necessário recorrer ao mecanismo do art. 381, podendo as partes convencionar, no curso do próprio procedimento de mediação/conciliação, a contratação de perito para elaboração de parecer técnico, a oitiva de testemunhas para serem ouvidas perante elas e o mediador/conciliador, a apresentação de documentos [...] ou outros meios de prova que sejam cabíveis" (LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação cit.).

800 TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular*: o *pactum de non petendo* reinterpretado cit., p. 143.

801 Idem, p. 136-141.

802 Idem, p. 152.

Quanto à cláusula *solve et repete*, importa assinalar que eventual impossibilidade material de cumprimento das exigências impostas pode ser superada, nos mesmos moldes que se verificam no direito civil, ou seja, pela revisão contratual em razão da superveniência de fatos extraordinários.[803]

No tocante ao pacto de *non exequendo*, a propósito, há que entender pela possibilidade de ajuizamento de ação de conhecimento,[804] salvo disposição expressa em contrário na convenção, seja porque a inexigibilidade do título pode ser superada tacitamente (como no caso do réu que deixa de apresentar a defesa pertinente ou que, em erro, adimple a obrigação) ou não, seja porque a litispendência é fator de estímulo ao adimplemento (em razão, por exemplo, da necessidade de obtenção de certidão de distribuidores do Poder Judiciário sem pendências, para outros fins).[805] No mesmo sentido, nem mesmo o pacto de *non petendo* impede ajuizamento de ação declaratória, mas apenas a veiculação de pretensão condenatória.[806] Assim, não concordamos com a argumentação no sentido de que a admissão de processo de cognição, nesse cenário, representaria despesa desnecessária, ante a presumida inexequibilidade da sentença. Por fim, o pacto não impede que o crédito sirva como contradireito.[807]

Outrossim, no âmbito do direito de ação, a doutrina aponta alguns negócios que afetam o tema da legitimidade, que também é situação jurídica processual titularizada pelas partes.[808] Portanto, a parte tem o poder de figurar no polo ativo ou passivo da relação processual, quanto a uma determinada relação jurídica de direito material. Esse poder, como toda situação jurídica, é consequência de uma incidência normativa, ainda no caso da legitimação ordinária.[809] A autorização, a propósito, consta do art. 18 do CPC, que, inovando, dispõe que o fundamento da legitimidade não é propriamente a lei, mas o

---

803 Idem, ibidem.

804 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit.

805 TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular*: o *pactum de non petendo* reinterpretado cit., p. 142.

806 COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material cit., p. 418.

807 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit.

808 COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros* cit., p. 64.

809 BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial cit., p. 457.

ordenamento jurídico, o qual é composto, até por força do art. 190 do CPC, também por normas convencionadas.[810]

No tema, Fredie Didier Jr. defende convenção para dispor sobre legitimidade extraordinária ativa, ou seja, poderá o titular do direito material transferir a legitimidade *ad causam* para que terceiro o defenda em nome próprio ou ampliar a legitimação ativa, concorrendo com o terceiro.[811] Entende que seriam aplicáveis aqui, por analogia, disposições pertinentes à cessão de crédito (CC, arts. 286 e ss.), pelo que haveria o dever de informar (notificar) a outra parte da relação substancial, no caso dos direitos relativos.

Quanto à legitimidade extraordinária passiva, somente seria cabível sua ampliação, permitindo ao autor escolher entre demandar em face da parte adversa ou do terceiro, mas não a transferência da legitimidade, salvo concordância do futuro autor, devendo-se, por analogia, recorrer às normas da assunção de dívida.[812] Nada impede, ademais, que as partes convencionem a impossibilidade de transferência ou ampliação da legitimidade.[813] Durante o processo, a sucessão processual também exigirá a concordância de ambas as partes (CPC, art. 109).[814]

Em sentido contrário, Luiz Antonio Ferrari Neto entende que a legitimação extraordinária decorre da lei, pois não é possível incluir o negócio no conceito de ordenamento jurídico (CPC, art. 18). Ademais, para o autor é cabível e suficiente o uso do contrato de mandato.[815-816] Compreendemos, todavia, que o mandatário, em verdade, não pode defender o direito alheio em nome próprio, pelo que não seria parte legítima (CC, art. 653).

Na mesma esteira, Julio Guilherme Müller aduz que o CPC não admite nem mesmo que a alienação da coisa ou direito litigioso altere a legitimidade e impõe que a

---

810 DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, v. 232, p. 71-72, jun. 2014.

811 Idem, p. 72.

812 DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial cit., p. 74.

813 Idem, p. 75.

814 Idem, p. 76.

815 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 215.

816 Também pela impossibilidade de negócio sobre legitimação extraordinária, por violação da ordem pública cogente: MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 128-129.

sucessão processual deve ser prevista em lei (CPC, arts. 108 e 109). Isso porque a legimitidade, mesmo que extraordinária, ultrapassa, segundo o autor, os interesses dos litigantes, promovendo despesas judiciais e podendo repercutir na coisa julgada.[817] Ocorre que a lei veda a sucessão, não a substituição processual. O decidido, inclusive, vincula o substituído, pelo que não compartilhamos da preocupação do estudioso.

A doutrina vislumbra também que pode ser interessante aos convenentes estabelecer outras hipóteses de provocação de intervenção de terceiros fora das hipóteses legais ou mesmo de admissão de sua intervenção voluntária, afastando exigências pertinentes ao vínculo entre o terceiro e o objeto litigioso ou mesmo dispensando a demonstração de interesse jurídico (com ganhos à celeridade processual, nesse ponto).[818] No tema, Marília Siqueira da Costa aduz que o terceiro poderá auxiliar ambas as partes ou apenas uma delas, a depender até mesmo da questão envolvida, e que vários interesses podem ser atendidos por meio de semelhante negócio. De fato, as partes podem, por tais negócios:[819] (i) permitir a participação justamente do sujeito que efetivamente sofrerá, no plano dos fatos, significativas repercussões em razão do quanto decidido no feito; (ii) proporcionar a apresentação ampla de teses e provas, favorecendo uma visão mais completa dos fatos e do direito envolvido e, por consequência, a tomada de uma decisão que possa abranger os vários desdobramentos do conflito; (iii) reduzir os riscos de desconstituição da coisa julgada, ante a participação dos vários possíveis prejudicados; (iv) ampliar objetivamente o objeto do processo[820] etc.

Ainda quanto à possibilidade de renúncia de desdobramentos do direito de ação, é comum, no tema da tutela provisória (de urgência ou de evidência), a oposição dos processualistas a convenções que as limitem, até mesmo quando previstas, por exemplo,

---

817 Idem, p. 89.

818 COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros* cit., p. 237-251.

819 COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros* cit., p. 237-251.

820 Com razão Marília Siqueira da Costa, analisando a estabilização da demanda após o saneamento (conforme o art. 319, II, do CPC), aduz que: "Todavia, não se pode ignorar que, se a ampliação do objeto litigioso decorrer da formulação de pedido que possa ser deduzido em demanda autônoma que importe reunião dos processos, por conexão ou simplesmente por tornar possível a prolação de decisões contraditórias (artigo 55, §§ 1.º e 3.º), de nada adiantará a estipulação rígida do saneamento como marco final. Diante disso, pode-se concluir que, havendo possibilidade de reunião de eventual demanda autônoma, é possível que, mesmo após o saneamento, haja intervenção de terceiro, provocada ou voluntária, com ampliação do objeto litigioso, se assim acordarem as partes. Nesse caso, são elas, partes, que mais irão sentir a demora e custos advindos da propositura da nova demanda com posterior reunião para julgamento simultâneo. E, se podem as partes acordar para ampliar o objeto litigioso com a dedução de nova demanda após o saneamento tanto mais poderão fazê-lo apenas com acréscimo na causa de pedir/exceção" (COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros* cit., p. 276-277).

conciliação ou mediação prévias.[821] Em verdade, mesmo no cenário da arbitragem, é majoritário o entendimento no sentido de que será possível pleitear tutelas de urgência, inclusive perante o Poder Judiciário, se ainda não instaurado o procedimento arbitral.[822]

Na fase pré-arbitral, a propósito, é o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que autoriza o interessado a acorrer ao juízo estatal, ante a situação de urgência, não implicando renúncia à convenção arbitral.[823] Pode-se até mesmo pleitear a medida perante o juízo incompetente, a depender das circunstâncias.[824] Por tais razões e forte no princípio de acesso à justiça, Marcos André Franco Montoro afirma que as partes "não podem prever, na convenção arbitral, que elas ficam proibidas de buscar medidas de urgência perante o Judiciário enquanto não instaurada a arbitragem".[825] Sustenta, ainda, que as partes podem até proibir o árbitro de conceder medidas urgência, mas, assim fazendo, estarão autorizadas a pleiteá-las no Poder Judiciário, não sendo possível limitar também esse recurso.[826] Ademais, se não houver regra permitindo ao árbitro a concessão de medidas de urgência, deverá solicitá-las ao Poder Judiciário (Lei de Arbitragem, art. 22, § 4.º).[827]

Essa também é a posição de Luiz Antonio Ferrari Neto, que nega validade ao negócio que vede pedido de tutela de urgência. Recorda justamente a circunstância de que, até mesmo existindo cláusula arbitral, admite-se o pedido de urgência perante o Poder Judiciário.[828]

Importante pontuar, entretanto, que há amparo doutrinário à admissão de convenção no tema, particularmente no que tange às medidas satisfativas. De fato, aqueles que defendem convenção para obstar a execução provisória da sentença[829-830] devem

---

821 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 151.

822 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 327.

823 Idem, p. 327-328.

824 Idem, p. 328.

825 Idem, p. 327.

826 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 332.

827 Idem, p. 329.

828 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 147.

829 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

830 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit.

entender pela admissão de negócio que obsta pedido de tutela provisória satisfativa.[831] Além disso, revela-se possível a ampliação das hipóteses legais de tutela de evidência, para outros casos fundados também em provas.[832]

4.4.3 Contraditório

O contraditório envolve o direito à informação, à reação oportuna, bem como o poder de influenciar efetivamente na formação do convencimento judicial, ou seja, o direito de ter as manifestações consideradas e de não ser surpreendido.[833-834] A garantia, a propósito, não se limita aos processos judiciais, alcançando os administrativos, bem como processos não estatais (como os da justiça desportiva, os que se desenvolvem no interior de associações e em outras entidades etc.) e arbitrais.[835]

Como ensina Nicola Picardi, o contraditório não deve ser compreendido como um instrumento de luta entre as partes, mas como instrumento pelo qual elas colaboram com o magistrado na construção da própria decisão judicial[836]. Assim, os sujeitos processuais participam de uma busca dialética pela verdade provável, facilitando a interpretação em bases isonômicas[837].

Para Rafael Sirangelo de Abreu, é imperioso que o magistrado atue para promover a "igualdade de possibilidades", o que se faz pelo asseguramento do caráter dialético/dialogal do processo.[838] Nesse sentido, o contraditório deve ser encarado como "potencialidade de influência, uma vez que o processo é espaço de estratégia que respeita a autonomia da vontade".[839] É por meio do contraditório, ainda, que será exercida a ampla

---

831 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

832 RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 164.

833 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 125.

834 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293 cit., p. 294.

835 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 150.

836 PICARDI, Nicola. *"Audiatur et altera pars"*: Le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano. v. 62, n. 3, sett. 2008, p. 20-22.

837 Idem, ibidem.

838 ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais cit., p. 285.

839 Idem, ibidem.

defesa, cabendo a ele assegurar também a "imparcialidade, a legitimidade e a correção da prestação estatal".[840]

O contraditório é também pressuposto para que uma decisão judicial possa ser imposta a uma pessoa, pois tal imposição não seria possível se o sujeito não tivesse tido a oportunidade efetiva de se defender e de ter suas manifestações consideradas (CPC, art. 506).[841] A observância do contraditório, inclusive, na linha dos arts. 7.º, 9.º e 10 do CPC, é um *dever* do magistrado, pois ele não poderá decidir contra parte que não tenha tido a *oportunidade de influir* na decisão e também não poderá se valer de fundamento de fato ou direito a respeito do qual as partes não tenham tido a *possibilidade* de se manifestar, ainda que a matéria deva ser decidida de ofício. O contraditório assegura, portanto, não apenas a possibilidade de ciência e manifestação acerca dos atos processuais, mas também faz depender a "própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes"[842].

Assegura-se que a pessoa possa desempenhar um papel ativo no feito, o que demanda que possa: (i) ter conhecimento dos atos praticados ou mesmo pendentes (e de suas possíveis consequências); (ii) ter a oportunidade efetiva de se pronunciar a respeito dos fatos e do direito (nas vias oral, escrita, por advogado ou pessoalmente, nos casos em que não se exija capacidade postulatória); (iii) fazer-se presente em juízo; (iv) ser comunicado dos fatos processuais (particularmente dos que possam lhe prejudicar); (v) contra-argumentar; (vi) examinar os autos; (vii) apresentar requerimentos ao juiz; (viii) formular perguntas às testemunhas e quesitos aos peritos; (ix) fazer sustentação oral etc.[843] Como se vê, são garantidas as várias possibilidades de reação e evitação de prejuízos à esfera jurídica do interessado.[844] E mais: assegura-se o direito a que o magistrado leve em consideração todas as manifestações dos sujeitos parciais, quando da tomada de suas decisões.

Para Flávio Luiz Yarshell, a constitucionalidade de convenção a respeito do contraditório depende da previsão de concessões recíprocas (bilaterais) e isonômicas entre

---

840 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade* cit., p. 22-23.

841 CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2510131. Acesso em: dez. 2019.

842 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a.%20a.%20de%20oliveira%20-%20formatado.pdf. Acesso em: mar. 2020.

843 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório cit.

844 Idem.

os convenentes.[845] Ocorre que nem mesmo a observância da isonomia protege efetivamente a garantia do contraditório, pois ela não pode ser *isonomicamente* violada.[846] Não seria válida, por exemplo, convenção para que nenhuma das partes possa se manifestar sobre a prova produzida. É imperioso assegurar sempre a informação e a possibilidade de manifestação (sobre as provas, sobre as alegações da parte adversa, sobre as decisões judiciais etc.) e de influência na formação da convicção judicial.[847] E tal conclusão aproveita até mesmo ao revel, que poderá constituir advogado, para obter comunicações, e participar do feito, quando pretender fazê-lo, recebendo-o no estágio em que se encontrar (CPC, art. 346).[848]

Nessa linha, Marco André Franco Montoro entende não ser cabível, na arbitragem, o estabelecimento de prazos tão curtos que impeçam a efetiva reação.[849] Anotamos, contudo, que é ônus da parte prejudicada provar a insuficiência do prazo, particularmente apontando os aspectos que excepcionalmente podem afastar a norma convencional.

As convenções que afetem o contraditório, como se vê, não podem esvaziar a garantia, em qualquer de suas projeções, mas apenas ditar o *como* ela será exercida. De fato, a informação, por exemplo, é sempre necessária e pode ocorrer de diversas maneiras (por *e-mail*, por fax etc.), mas sempre de modo que assegure sua efetividade e a prova do ato de comunicação.[850] Ademais, tal cientificação deve ser tempestiva, garantindo, por conseguinte, que a parte tenha real liberdade para optar por se manifestar ou não. Mesmo que a parte não seja obrigada a falar, deverá ser assegurada a *possibilidade de influência* eficaz na formação do convencimento do magistrado. A reação, por seu turno, pode ser objeto de convenções, seja para excluir matérias e alegações (o que decorre da própria delimitação consensual do objeto litigioso ou de eventual *pactum de non petendo*), seja para dispor quanto à forma da manifestação (limitação de laudas, exigência de

---

845 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? cit., p. 82.

846 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 162.

847 Idem, p. 152.

848 Idem, p. 165.

849 Idem, p. 152.

850 Para Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral: "Também é possível excluir, convencionalmente, determinados meios de comunicação – por exemplo, proibindo expressamente citação postal ou a intimação feita nos termos do art. 269, §§ 1.º e 2.º, do CPC – ou regular o modo como determinadas intimações, não todas, devem ser feitas – por exemplo, exigindo que a intimação para a hasta pública necessariamente seja feita na pessoa do executado" (DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução cit.).

apresentação também de tradução para outros idiomas etc.). Quanto aos deveres do magistrado de tomar em consideração o quanto deduzido pelas partes, foi pontuado que não se admite convenção a propósito, por se tratar de situação jurídica não titularizada pelos convenentes.

Como se teve a oportunidade de mencionar, o processo judicial é estruturado preponderantemente por uma sucessão de ônus processuais, que determinam a participação das partes nas várias atividades processuais, para tutelar seu próprio interesse. Nessa esteira, "a própria garantia do contraditório pode ser considerada, quando examinada assim pelo avesso, como o espelho dos ônus impostos às partes no processo".[851]

4.4.4 Ampla defesa

A ampla defesa garante aos litigantes os meios técnicos e concretos para se defender em juízo, antes da tomada de decisão final.[852] Nessa linha de intelecção, Maria Carolina Silveira Beraldo defende que a própria previsão constitucional da Defensoria Pública e de assistência jurídica integral e gratuita são manifestações da ampla defesa.[853]

A paridade de armas, de acordo com Flávio Luiz Yarshell, como forma de assegurar a igualdade das partes no processo, deve ser respeitada pelas convenções, sob pena de nulidade.[854] Nessa linha, Erik Navarro Wolkart entende nulo o pacto que "limitar irrazoavelmente a atividade probatória de uma das partes".[855]

Como se vê, a ampla defesa não se confunde com o contraditório, uma vez que se relaciona com o direito à prova, envolvendo a prática de atos materiais que fogem ao conteúdo próprio do contraditório.[856] Nessa linha, a ampla defesa demanda a possibilidade

---

851 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil* cit., p. 167.

852 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 43.

853 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 43.

854 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? cit., p. 80-81.

855 WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? cit., p. 52.

856 CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 126.

de que a parte possa se valer dos meios lícitos e legítimos aptos a demonstrar suas razões. Isso, entretanto, não autoriza a produção de provas ilícitas ou mesmo intempestivas.[857]

Para Luiz Antonio Ferrari Neto, não se admite que as partes abdiquem da produção de provas, pois seria o mesmo que renunciar ao direito de demandar em juízo.[858] Aqui, assim como no que tange ao contraditório, não se admite a eliminação da garantia (do direito à prova), mas que seja convencionado o *como* tal direito processual será exercido, pois as partes têm o dever de colaborar para o descobrimento da verdade (CPC, art. 378), por meio, particularmente, da atividade probatória. O ajuste poderá até mesmo incumbir uma das partes, com exclusividade, pela apresentação de elementos de prova (como é o caso da parte que fica responsável pelo armazenamento de documentos).

Como observamos anteriormente (item 3.5.3.1), inclusive, as convenções probatórias devem ser verificadas pelo magistrado, particularmente no âmbito dos direitos disponíveis. No ponto, observa Robson Renault Godinho que não há óbice a que o negócio afete a atividade judicial, o que acontece em todos os casos, não se tratando sequer de peculiaridade do acordo probatório.[859]

As limitações probatórias, em verdade, sempre ocorreram, mas eram impostas autoritariamente pelo juiz que estava "convencido" e "satisfeito" com o acervo probatório.[860] Não é, portanto, de estranhar que as partes promovam limitações à atividade instrutória, uma vez que poderiam fazê-lo quanto ao objeto litigioso em si.[861] Além disso, "assim como o processo não é coisa das partes, também o processo e, especialmente, a prova tampouco são coisas do juiz".[862] Podem as partes, portanto, afetar os poderes probatórios do juiz, os quais, em verdade, são subsidiários e complementares, quando muito.[863]

A depender da produção de provas já realizada, como a documental, semelhante convenção deve ser admitida como negócio consensual de julgamento antecipado do

---

857 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 157.

858 Idem, p. 158.

859 GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 550.

860 Idem, p. 552.

861 Idem, ibidem.

862 Idem, p. 551.

863 Idem, p. 553.

mérito,[864] não merecendo acolhimento o entendimento pelo qual tal avença violaria o livre convencimento motivado do magistrado, que poderia opor que ainda não estão reunidos os elementos necessários à decisão.

4.4.5 Duplo grau de jurisdição

Prevalece, na doutrina pátria, o entendimento de que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional ou direito fundamental, admitindo-se o procedimento de instância única, como é o caso do art. 34 da Lei 6.830/1980.[865-866] Assim, o fato é que as partes podem dispor sobre a possibilidade de interposição de recursos (antecipadamente, inclusive), mas não acerca da remessa necessária[867-868] (o que violaria o art. 62 do CPC). O direito de recorrer é um direito potestativo e, se exercido, faz nascer um direito prestacional à tutela jurisdicional em sede recursal[869] do qual a parte pode incondicionalmente desistir.[870] Ademais, trata-se de direito que decorre do direito de ação e, por isso, se admitimos até mesmo o pacto *de non petendo*, não temos razão para ter por infensos às convenções os recursos.

Dentre as vantagens do acordo de instância, particularmente, podemos citar a valorização da oralidade, bem como da possibilidade de que o juiz que teve contato com as partes e as provas seja também o prolator da sentença.[871] As partes podem, inclusive, suprimir apenas o acesso aos Tribunais Superiores ou somente ao Supremo.

Como observa Paulo Mendes de Oliveira, a propósito, não há qualquer óbice a que as partes celebrem a convenção de forma prévia, pois o que se verifica aqui não é muito diferente da cláusula compromissória, que tanto impõe o julgamento em instância única quanto o faz remetendo as partes à jurisdição privada.[872] Na mesma esteira, para Júlia Lipiani e Marília Siqueira tolhe a liberdade das partes a impossibilidade de renunciar

---

[864] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários a enunciados – Capítulo I cit., p. 217.

[865] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição cit., p. 571-573.

[866] LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios processuais sobre a fase recursal. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 604.

[867] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil cit., p. 241.

[868] DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

[869] DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas cit.

[870] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição cit., p. 575.

[871] Idem, p. 571.

[872] Idem, p. 576.

previamente aos recursos. Assim, é de admitir que as partes assumam o risco e que até aufiram vantagens a partir disso.[873] Entendemos que esse tipo de vantagem sequer precisa ser demonstrado judicialmente, servindo a ausência de tal aspecto objetivo, quando muito, para reforçar indícios comprovados de vulnerabilidade (aspecto subjetivo).

De toda forma, é difundido o entendimento de que os recursos são taxativamente previstos em lei federal, pelo que não podem ser criadas novas modalidades por convenção processual.[874] Não cabe, nesse sentido, negócio para alterar as regras de cabimento dos recursos, para suprimir a primeira instância etc.[875-876] Todos esses pactos tratam de competência absoluta (funcional) e, assim, representam infração direta ou indireta do art. 62 do CPC.[877-878] Não se admite, nessa linha, a criação de novas espécies recursais nem de novas hipóteses de cabimento das já existentes.[879]

Quanto aos negócios sobre requisitos de admissibilidade, Júlia Lipiani e Marília Siqueira defendem a inviabilidade de pacto sobre o cabimento de recursos, por se tratar de matéria sujeita à reserva legal.[880] O interesse recursal, que impõe seja o recurso apto a proporcionar proveito ao recorrente e necessário para tanto, também é infenso à negociação, por entendermos que se trataria de negócio que amplia a competência funcional, expressamente vedado pelo art. 62 do CPC. Admite-se, todavia, a restrição do interesse recursal, pois representaria uma espécie de renúncia ao direito potestativo de

---

873 LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios processuais sobre a fase recursal cit., p. 605.

874 Idem, p. 591.

875 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento cit., p. 388.

876 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários a enunciados – Capítulo I cit., p. 216.

877 LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios processuais sobre a fase recursal cit., p. 593.

878 Na lição de Cândido Rangel Dinamarco: "Diz-se funcional a competência quando a lei a determina automaticamente, a partir do simples fato de algum órgão jurisdicional ter oficiado em determinado processo com atividade que de alguma forma esteja interligada com essa para a qual se procura estabelecer o juiz competente. Ou seja: ela é a competência decorrente do prévio exercício da jurisdição por determinado órgão. É automática porque nenhum outro elemento, além desse, precisa ser pesquisado na busca do juiz competente: as regras de competência funcional, residentes na Constituição e na lei, levam em conta a função já exercida em dado processo, para estabelecer a quem compete algum outro processo interligado funcionalmente a este ou a quem compete outra fase do mesmo processo. Por isso é que ela se chama competência funcional. [...] A competência recursal tem realmente essa natureza, porque a escolha de dado tribunal faz-se sempre a partir da função jurisdicional já exercida por dado juiz. Mas a competência originária dos tribunais tem natureza funcional em alguns casos (ação rescisória, mandado de segurança contra ato jurisdicional) e não a tem nos demais; nada há de funcional, p.ex., na competência originária para processar e julgar mandados de segurança contra atos do Governador do Estado, uma vez que não se trata de competência determinada por qualquer laço de interligação entre processos" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil I*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 445-446).

879 LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios processuais sobre a fase recursal cit., p. 595.

880 Idem, p. 595.

recorrer.[881] Pode-se, ainda, superar consensualmente o fato de que o recorrente praticou ato incompatível com o poder de recorrer, pois a parte recorrida, no caso, pode renunciar a sua posição de vantagem.[882] E mais: o ajuste afasta o aspecto contraditório da conduta, denunciando que os convenentes acertaram algum grau de satisfação do direito material (como a entrega do bem pelo sucumbente), a despeito da litispendência. A legitimidade recursal, como vimos, pode ter origem negocial, por autorização do art. 18 do CPC, pelo que se admite a legitimação extraordinária (independentemente de interesse jurídico na demanda) e mesmo o recurso do assistente simples.[883] É certo também que a tempestividade não pode ser afastada, mas os prazos para recorrer e contra-arrazoar podem ser aumentados ou diminuídos.[884] O preparo, por sua vez, é questão tributária (questão de direito material), cabendo aos interessados apenas decidir quem, ao final, arcará com o valor recolhido por ocasião da interposição do recurso.[885-886] Enfim, a regularidade formal não pode ser afastada pelas partes, mas pode sofrer incrementos (como redução de laudas das peças etc.).[887]

Para Luiz Antonio Ferrari Neto, não é possível que as partes abdiquem previamente do recurso fundado em *error in procedendo*, mas apenas quanto à questão material, pois haveria uma expectativa das partes quanto à "lisura do procedimento".[888] É de questionar se não haveria uma expectativa também quanto à correta aplicação (e interpretação) do direito material. Ora, se o processo é o meio, e não o fim, soa estranho defender a impossibilidade de renúncia prévia convencional a recursos, apenas se houver erro de procedimento. Insistimos que os meios consensuais de resolução de litígios, dos quais o negócio faz parte, não priorizam pura e simplesmente a aplicação da lei, inclusive a processual.

De toda sorte, João Paulo Bocalon pondera que nem todo recurso pode ser objeto de negócio, como seria o caso dos embargos de declaração, os quais, por sua função

---

881 LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios processuais sobre a fase recursal cit., p. 595-596.

882 Idem, p. 597.

883 Idem, p. 598-599.

884 Idem, p. 599.

885 Idem, p. 600-601.

886 Julio Guilherme Müller teve a oportunidade de apontar a inadmissibilidade de convenções que ensejem consequências fiscais, sem autorização legal, como negócios sobre o valor da causa (*Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 86).

887 LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios processuais sobre a fase recursal cit., p. 600.

888 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 167.

integradora, não poderiam ser renunciados.[889] Em verdade, não aderimos à ressalva, pois, se até a última instância poderia se equivocar, por que não a primeira? Não se tratando de matéria conhecível de ofício, que pode ser manifestada por mera petição, não acolhemos a ressalva. O autor, entretanto, aduz que, como o recurso é decorrência do direito de ação, as partes podem optar por suprimir a segunda ou superior instâncias, reduzir o prazo recursal,[890] dividir entre si as despesas, estipular requisitos de forma (como a redução do número de laudas da peça), renunciar ao prazo recursal ou mesmo desistir do recurso interposto etc.[891] Pontue-se que há, realmente, doutrina no sentido de admitir a ampliação convencional do prazo recursal.[892-893]

Quanto a negócios recursais que envolvam competência, importa lembrar que não se admite convenção sobre competência absoluta. Semelhante negócio, além de expressamente vedado (CPC, art. 62), importaria autorizar as partes a (re)distribuir o poder jurisdicional entre os órgãos integrantes do Poder Judiciário.[894]

Para João Paulo Bocalon, é cabível acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso de apelação, mas não para atribuir o efeito nos casos em que a lei prevê o contrário (CPC, art. 1.012, § 1.º).[895-896] No ponto, o efeito suspensivo, regra do recurso de apelação, confere ao apelante uma situação jurídica que consiste em direito subjetivo processual de não ser executado. Daí poder o próprio convenente dele abdicar, aceitando a execução provisória,[897] e que também possa, por outro lado, convencionar o impedimento à execução provisória.

A doutrina admite até mesmo a proibição de recursos sobre decisões atinentes à validade e eficácia do negócio, mesmo que não tenham adentrado na análise da validade do ajuste, sendo imperioso ressalvar expressamente, se assim o desejarem, a oposição de

---

889 BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro* cit., p. 204.

890 Pela impossibilidade de ampliação de prazos recursais, por envolver prazos peremptórios: Idem, p. 197.

891 Idem, p. 205.

892 Para Gajardoni, Dellore e Roque: "Assim, convencionada a ampliação de prazo para o recurso de apelação pelas partes (o que deve ocorrer, por evidente, antes do trânsito em julgado da decisão), não se deve aguardar homologação judicial da avença para a interposição do recurso no novo prazo estabelecido" (*Teoria geral do processo:* comentários ao CPC de 2015 – parte geral cit., p. 1.245).

893 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários a enunciados – Capítulo I cit., p. 213.

894 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 88.

895 BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro* cit., p. 198.

896 Também pelo cabimento de negócio sobre efeitos dos recursos: CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil cit., p. 245.

897 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários a enunciados – Capítulo I cit., p. 214.

embargos de declaração.[898-899] Não vislumbramos óbice à tal disposição, mas pontuamos que as questões conhecíveis de ofício pelo magistrado (como é o caso do atendimento do art. 190 do CPC) podem ser veiculadas por mera petição, não cabendo recurso da decisão, nesse caso. Toda matéria de conhecimento oficioso, a propósito, pode ser veiculada por petição, em efetivação dos princípios da boa-fé processual e da cooperação, não se admitindo convenção em contrário.

Como alertam Júlia Lipiani e Marília Siqueira, é importante que as partes busquem se prevenir, por meio de maiores especificações, para a atividade recursal. Nesse sentido, podem expressamente admitir que os recursos somente podem veicular matéria atinente ao *error in procedendo* ou não ter por cabível uma espécie de recurso (como apenas a apelação), bem como podem ressalvar expressamente a possibilidade de embargos de declaração.[900]

As processualistas afirmam, ademais, a impossibilidade de recursos extraordinários *per saltum* ante a falta de autorização legal para o processamento da insurgência nesses moldes e por se tratar de questão de organização judiciária.[901] A possibilidade, particularmente no que tange ao recurso extraordinário (em sentido estrito), é defendida por Pedro Miranda de Oliveira. O estudioso aponta que o recurso *per saltum* se encontra positivado em outros ordenamentos (como o italiano, argentino, português etc.) e que, na linha de Carreira Alvim, não seria exatamente uma nova modalidade de recurso, mas uma nova modalidade de processamento recursal.[902] Portanto, para o autor, devem ser atendidos todos os requisitos do recurso extraordinário, inclusive o atendimento às hipóteses estritas de cabimento, demonstração de repercussão geral, a veiculação apenas de questões jurídicas etc.[903]

O processualista entende, inclusive, que o art. 190 do CPC autorizaria as partes a consensualmente superar a exigência de esgotamento das instâncias ordinárias, para que se

---

898 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

899 No sentido de que os embargos de declaração são recursos peculiares (já que destinados a complementações e esclarecimentos do julgado) e horizontais, sendo sempre cabíveis: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética*, São Paulo, v. 152, p. 53, nov. 2015.

900 LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios processuais sobre a fase recursal cit., p. 606-607.

901 Idem, p. 607-608.

902 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC cit., p. 50-51.

903 Idem, p. 57-59.

tenha a decisão do juiz de primeiro grau como a última ou única decisão, para os fins do art. 102, III, da CRFB/1988.[904] O autor admite, todavia, que tal elaboração não seria cabível no caso do recurso especial ao STJ, ante a exigência constitucional de que a insurgência seja dirigida a decisão de tribunal (CRFB/1988, art. 105, III).[905]

Não nos parece, de todo modo, viável mesmo o recurso extraordinário *per saltum*, uma vez que não é possível ignorar a infração indireta ao art. 62 do CPC. De fato, o constituinte estabeleceu o recurso extraordinário, conferindo à lei federal a tarefa de discipliná-lo, inclusive, no que tange à criação de procedimentos de instância única. Assim, é a lei federal que deve definir, em cada procedimento, a decisão de única ou última instância para fins do art. 102, III, da CRFB/1988, e, quando o faz, está disciplinando a competência funcional dos vários tribunais.

4.4.6 Celeridade processual

A celeridade é, para parcela da doutrina,[906] decorrência da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, mas deve ser concebida como uma meta e ideal a ser perseguida pelo Estado, com observância da razoabilidade e proporcionalidade. Em defesa da celeridade, nesse sentido, não seria possível admitir prazos manifestamente insuficientes para reação.[907]

A preocupação de Trícia Navarro Xavier Cabral, entretanto, está no risco de as partes abusarem da possibilidade de suspensão convencional do processo, por meio de "sucessivas suspensões convencionais de dois ou três meses, entre um ato e outro do processo", o que dificultaria até mesmo o cumprimento de metas do Conselho Nacional de Justiça.[908] Nesse sentido, podemos concordar somente em parte, pois, de fato, o abuso do poder de contratar deve merecer a efetiva censura por parte do Estado, mas certamente a mera preocupação com o cumprimento de metas não é critério de análise de licitude e constitucionalidade das convenções processuais. Trata-se de verdadeira inversão de valores: ora, o processo não serve ao juiz, mas às partes; não é o direito fundamental do Estado-Juiz que o constituinte pretendeu tutelar. Nem se diga que a celeridade, no tocante a

---

904 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC cit., p. 56.
905 Idem, p. 59.
906 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 216.
907 Idem, p. 217.
908 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual* cit., p. 146.

uma dada relação jurídica processual, é objeto de um interesse público coletivo que independa até mesmo da adequação do procedimento e da experiência processual dos litigantes. O próprio art. 4.º do CPC parece esclarecer que o interesse em jogo é dos litigantes.

O pensamento, todavia, é comum na doutrina. Para Rafael Calheiros Bertão, por exemplo, a celeridade interessa não apenas às partes, mas à sociedade, pois seria forma de controlar a eficiência da atividade jurisdicional e assegurar o contraditório efetivo.[909] O processo, assim, deve durar apenas o tempo que se fizer necessário e adequado à resolução do conflito, como se vislumbraria do art. 4.º do CPC.[910] Nessa esteira, a dilação injustificada, exagerada, atinge, para o autor, o núcleo do princípio.[911]

Na mesma linha de intelecção, Loïc Cadiet defende que o juiz deve zelar pela solução do litígio em prazo razoável, pois a adequada prestação do serviço público jurisdicional é interesse público que deve ser considerado mesmo quando se pretende observar os negócios processuais das partes[912]. Vislumbra, todavia, a possibilidade de requerimento conjunto de realização de audiência posterior. De fato, se as partes podem, consensualmente, optar pela extinção do feito (como se dá pela celebração de transação ou mesmo pela desistência do feito, nos moldes do art. 485, VIII e §4º, ambos do CPC) ou pela suspensão condicional do processo, poderiam requerer o adiamento ou desdobramento de audiência, não se vislumbrando razões para oposição de óbices pelo juiz[913-914]. A hipótese, no ordenamento jurídico brasileiro, é negócio típico, como se observa dos arts. 362, I, e 365, ambos do CPC.

Há experiência europeia no sentido de aferir a celeridade a partir de critérios como a complexidade da causa, a conduta das partes e a forma de atuação dos órgãos do Judiciário.[915] Entendemos, entretanto, que a solução não se encontra em impor limites aos negócios processuais em razão de um suposto interesse coletivo na solução de litígios (ou do Judiciário, com seus números). As ferramentas para controle da atuação das partes

---

909 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 177-178.

910 Idem, p. 177.

911 Idem, ibidem.

912 CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. Théorie générale du procès cit., p. 541.

913 Idem, p. 543.

914 CADIET, Loïc. Perspectivas sobre o sistema da Justiça Civil Francesa: Seis lições brasileiras. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017, p. 96-98.

915 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 173.

encontram-se nas normas que vedam o abuso no processo, ou seja, os deveres de probidade. O empoderamento das partes, por meio das convenções, deve ser acompanhado de uma preocupação dos magistrados com a efetiva censura à litigância de má-fé, inclusive, a que provenha de comportamentos concertados dos sujeitos parciais.

Não demonstrada a má-fé dos litigantes ou a violação da boa-fé objetiva, é de admitir até mesmo a repetição de atos em razão de negócios processuais. No tema, Bruno Garcia Redondo aponta que as convenções devem preferencialmente ser *prospectivas*, ou seja, disciplinar situações e fases do procedimento futuras, não consolidadas.[916] Excepcionalmente, entretanto, a convenção poderá envolver situações consolidadas (como convenção para afastar preclusão) ou fases do procedimento já superadas, exigindo o autor que isso se dê para promover quaisquer outras garantias constitucionais (como a dignidade da pessoa humana), compensando a afetação da celeridade processual.[917] Tal negócio retroativo pode, efetivamente, cumprir várias funções,[918-919] como a de manter/ratificar atos anteriores, complementá-los, repeti-los ou mesmo realizá-los pela primeira vez.

4.4.7 Igualdade

O art. 5.º, *caput*, da CRFB/1988 assegura, por sua vez, a igualdade de todos perante a lei e o art. 139, I, do CPC impõe ao magistrado o dever de dar tratamento isonômico às partes. Só será admitido, nesse sentido, tratamento diferenciado que tenha por objetivo a promoção da igualdade substancial.[920] Por isso, alguns autores preocupam-se também com o fato de que o pacto não crie ou acentue desigualdades substanciais.[921]

---

916 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 198.

917 Idem, p. 199.

918 REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 199.

919 Marília Siqueira da Costa teve a oportunidade de observar que os negócios processuais podem cumprir importante papel no âmbito das intervenções de terceiro, mesmo as tipicamente previstas, com afetação da celeridade processual. Nesse sentido, por convenção atípica, as partes podem assegurar, por exemplo, a repetição de provas, a manifestação do interveniente sobre atos pretéritos, a suspensão do feito para produção de provas e decisão quanto ao pedido de ingresso do terceiro etc. (COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros* cit., p. 298-304).

920 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 43.

921 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Flexibilidade procedimental no quadro da tutela jurisdicional diferenciada cit., p. 108.

Como observa Rafael Sirangelo de Abreu, o princípio da igualdade implica realizar a paridade de armas, o equilíbrio no acesso à justiça e o tratamento igualitário também em matéria de decisões judiciais (particularmente, pela aplicação de precedentes).[922] Já não se revela suficiente a igualdade perante a lei (igualdade formal), mas a promoção da igualdade substancial, seja pelo afastamento de distinções ilegítimas, seja pela promoção de desigualdades "para igualar".[923] Nessa esteira, manifesta preocupação com a garantia de acesso à justiça pelos vulneráveis,[924] que não pode ser obstada pelos negócios processuais.[925]

A isonomia revela realmente uma preocupação preponderante com a disparidade entre os *sujeitos*, devendo o juiz aferir se as partes são vulneráveis, mesmo fora das hipóteses legais já reconhecidas.[926] Nessa linha de intelecção, Luiz Antonio Ferrari Neto entende que a preservação da isonomia demanda a atenção do magistrado à igualdade material, inclusive para identificar a vulnerabilidade de pessoas portadoras de necessidades especiais (que apresentem reduzido grau de discernimento).[927]

Pode-se imaginar, entretanto, que as partes pretendam convencionar normas processuais que atenuem o desequilíbrio presente na relação de direito material (promovendo compensações jurídicas).[928] Cumpre recordar, nesse ponto, a ponderação de Flávio Luiz Yarshell de que o importante é evitar que o ajuste resulte em regras favoráveis ao negociante "mais forte".[929] O autor reconhece, todavia, que as partes podem até mesmo implementar a igualdade substancial por meio de convenções processuais.[930]

Nessa esteira, merece repúdio a Instrução Normativa 39/2016 do TST,[931] que dispõe que não se aplica ao processo do trabalho o art. 190 do CPC (art. 2.º, II, da norma).

---

922 ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais cit., p. 283.

923 Idem, p. 284.

924 Segundo Rafael Sirangelo de Abreu: "A vulnerabilidade em termos processuais [...] deve ser identificada a partir de fatores objetivos, como a insuficiência econômica, óbices geográficos, debilidades de saúde, desinformação pessoal, dificuldades na técnica jurídica e incapacidade de organização (vulnerabilidade organizacional" (Idem, p. 295).

925 Idem, ibidem.

926 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 184.

927 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 156.

928 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 170.

929 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? cit., p. 81.

930 Idem, ibidem.

931 Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe. Acesso em: dez. 2019.

Se não bastasse se tratar de norma infralegal cuidando da aplicação, em abstrato, de lei federal, observa-se que o Tribunal preferiu dar a todos os litigantes, que a ele recorrem, o tratamento próprio que entende aplicável aos empregados, ignorando a necessidade de tutelar de forma adequada outras relações de trabalho (não apenas as de emprego). De fato, não é de admitir a ideia da presunção (talvez absoluta) de vulnerabilidade, pois tal circunstância há de se fazer presente e provada, à luz do caso concreto.[932-933]

Independentemente de considerações pertinentes ao aspecto subjetivo do negócio, Marinoni, Arenhart e Mitidiero reputam ilícitos negócios nos quais o conteúdo convencionado não importe benefícios correlatos e proporcionais às renúncias efetuadas.[934] Rafael Calheiros Bertão, por sua vez, pondera que o objeto pode revelar quebra de isonomia, quando suas normas "imponham dificuldades injustificadas para a propositura de uma demanda, ou para a defesa de uma parte vulnerável".[935]

Conquanto seja compreensível a cautela dos doutrinadores, na linha de Flávio Luiz Yarshell, não parece que o equilíbrio da convenção processual possa ser extraído tão somente das disposições de natureza processual (do objeto em si mesmo). Ressalte-se, a propósito, que o ônus argumentativo daquele que pretende afastar a aplicação da avença ganhou novas dimensões em razão do art. 421-A do CC. A presunção é pela correta alocação dos riscos.

De fato, temos que a análise simplesmente do objeto não é o parâmetro adequado para se implementar a igualdade no processo. Um elemento que fundamenta nosso entendimento consiste na possibilidade de que os convenentes façam concessões recíprocas, mas de naturezas diversas (materiais e processuais, portanto). Trata-se de lógica econômica pela qual, certamente, muitos agentes se orientam. Essa possibilidade, entretanto, não pode se converter em uma exigência de "concessões recíprocas" ou em

---

932 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Dos atos processuais (arts. 188 a 192). *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (org.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1, p. 585-597.

933 Com razão, Antonio do Passo Cabral aponta o seguinte: "A conclusão mais frequente é de que haveria uma vulnerabilidade intrínseca do consumidor, do trabalhador ou do aderente, que invariavelmente tornaria inválidos os acordos processuais por eles celebrados. Não compartilhamos desse entendimento. [...] Devem ser consideradas circunstâncias concretas para avaliar a vulnerabilidade. Não se trata de uma questão de inadmissibilidade, mas sim do controle a respeito das convenções inseridas nestes tipos de contrato" (Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 323).

934 MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Código de Processo Civil comentado* cit., p. 339.

935 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 185.

exigência de que elas sejam "idênticas ou na mesma intensidade",[936] o que não seria coerente com o exercício da autonomia da vontade.

A qualidade do consentimento[937] das partes, em verdade, é fundamental para se constatar a desigualdade na avença. É importante verificar que ambas as partes tinham condições substanciais de discutir e compreender as cláusulas e modificar seu conteúdo.[938] Contudo, veja bem: o que se exige é uma possibilidade apenas, pois é admissível que a parte consinta com as disposições formuladas unilateralmente pela parte adversa e que, podendo, deixe de consultar técnico que possa melhor orientá-la.

Nas relações interempresariais, particularmente, não será possível falar pura e simplesmente em presunção de vulnerabilidade, ainda que distintos os portes das empresas. Deve-se presumir, isso sim, a equivalência entre as partes. Há quem defenda, de todo modo, que em tais relações a configuração da vulnerabilidade iria "depender da desproporção econômica entre os contratantes, ou da ausência de assistência por advogado de uma das partes".[939]

A observância da igualdade importa, primordialmente, que sejam dadas as mesmas oportunidades às partes, ainda que elas não possam aproveitá-las da mesma maneira.[940] Ademais, a legislação processual presume-se constitucional e, portanto, apta a realizar o princípio da isonomia, assegurando igualdade de condições às partes. Ao celebrar um negócio processual, os próprios convenentes constroem a disciplina processual, partindo de uma posição de igualdade (correspondente ao tratamento paritário assegurado pela legislação processual).[941]

---

936 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

937 Para Antonio do Passo Cabral, o importante não é que as concessões dos convenentes sejam recíprocas, mas que a manifestação de vontade seja livre: "[...] embora alguma proporcionalidade entre ganhos e perdas deva ser garantida como regra, é viável que apenas um dos sujeitos renuncie a situações de vantagem (acordos unilaterais). Essa assimetria, por si só, não leva à invalidade da convenção. É preciso verificar se os sujeitos estão em posição de desequilíbrio que tenha distorcido suas manifestações de vontade ao ponto em que possamos afirmar que não foram livres e esclarecidas" (Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo cit., p. 322).

938 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

939 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

940 LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem cit., p. 49.

941 Nesse sentido, Marcos André Franco Montoro aponta o seguinte: "[...] na arbitragem a igualdade entre as partes é sempre presumida. Como a escolha da arbitragem como método de solução de controvérsias é decorrente da manifestação de vontade das partes, da sua liberdade, em suma, da autonomia da vontade, então as partes estariam sempre em igualdades de condições dentro da arbitragem. E, em

Se os interessados partem da mesma realidade legislativa, eventual desigualdade que se vislumbre no objeto da avença só parece sindicável a partir de considerações a respeito do elemento subjetivo do negócio (da capacidade dos convenentes, de eventuais vulnerabilidades etc.), da natureza do direito material ou da qualidade de consentimento, como já se advertiu. Do contrário, presume-se adequada a alocação de riscos disposta pelos convenentes, porquanto o Código de Processo Civil não exige sequer que constem das convenções processuais as tais concessões recíprocas. A vulnerabilidade derivada do próprio negócio, ou seja, aquela que não existia quando da celebração da avença, mas que decorre do convencionado, não autoriza, portanto, a invalidação da avença.[942]

A análise da natureza do direito material subjacente, a qualidade do consentimento e a capacidade do convenente (seja a capacidade civil, seja a aferição da vulnerabilidade) serão, portanto, os principais critérios para se aferir o atendimento da igualdade pela convenção, não sendo suficiente *olhar* para o objeto.

Nesse sentido, para Lorena Miranda Santos Barreiros a adoção da expressão "direito que admita autocomposição", em verdade, revela a opção legislativa pela ampla possibilidade de celebração de negócios processuais, pois: (i) é bem difícil encontrar exemplos práticos de direitos indisponíveis que não comportem qualquer forma de autocomposição; e (ii) a disposição cumpre a finalidade, em verdade, de garantir a possibilidade de negócios mesmo no âmbito dos direitos indisponíveis, apenas exigindo-se, nesse último caso, que a convenção beneficie o titular do direito indisponível (e não implique, portanto, disposição dele).[943] Nas palavras da autora, portanto, a limitação expressada no art. 190 do CPC "beira a inutilidade".[944]

Importa notar que mesmo prerrogativas legais, como as da Fazenda Pública, por vezes, são inspiradas na concretização da igualdade material, considerando, por exemplo, dificuldades operacionais ou a carga de trabalho dos advogados públicos. Isso, todavia, não impede negócios com o Poder Público, para diminuição de prazos, calendarização de atos processuais, alteração da forma de intimação (que, em regra, é pessoal) etc. Em verdade,

---

função dessa constatação, existem autores que expressamente afirmam que nas arbitragens nunca podem ser estabelecidas regras procedimentais atribuindo às partes direitos, e/ou obrigações, e/ou ônus diferenciados" (*Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 172).

942 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova* cit., p. 161.

943 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 250-253.

944 Idem, p. 253.

são amplas as possibilidades de negociação mesmo com sujeitos aos quais a lei deu tratamento diferenciado.[945]

No que tange às prerrogativas processuais da Fazenda Pública, por exemplo, mesmo aquelas inspiradas no regime de direito material de tais entidades permitem negócios que prestigiem a defesa do interesse público, salvo reserva legal na matéria (ex.: não é cabível aumento das hipóteses de remessa necessária, por ofensa à reserva legal na matéria). As prerrogativas relativas à operacionalização dos trabalhos administrativos, por sua vez, são mais permeáveis à celebração de convenções, como as atinentes aos prazos, forma de intimação etc.[946]

Finalmente, interessante mencionar um dado da experiência portuguesa, no âmbito da flexibilidade procedimental pelo juiz. O art. 265-A do CPC português revogado, incluído por reforma legislativa, instituiu o regime processual civil experimental em apenas alguns tribunais (mais "abarrotados") do país. Muitas das partes atingidas recorreram ao Tribunal Constitucional, aduzindo quebra de isonomia, seja pelo fato de que pretensões semelhantes seriam submetidas a regimes jurídicos processuais distintos, seja por considerarem que "só a estrita observância do princípio da legalidade das formas de processo seria compatível com a isonomia".[947] Ocorre que o Tribunal Constitucional se firmou no sentido de que a concessão de poderes de gestão ao magistrado não implicaria, pura e simplesmente, quebra da isonomia. De fato, o direito de ação impõe uma solução célere e justa e, nesse sentido, se essa composição das partes se dá com ou sem flexibilidade procedimental (ou com ou sem *certa* flexibilidade procedimental), não é relevante. Respeitadas as garantias processuais, qualquer forma pode se revelar adequada ao atendimento dos fins a que o processo serve. A isonomia é observada quando é garantida a paridade de armas.[948]

Conforme procuramos demonstrar, o objeto do negócio processual pode ser o espaço de concretização do equilíbrio contratual,[949] por meio do intercâmbio entre interesses substanciais e processuais. De toda forma, não é possível ter um negócio por violador da isonomia tão somente por análise sob o prisma de seu objeto, devendo-se aferir

---

945 Idem, p. 347-351.

946 Idem, p. 351.

947 COSTA E SILVA, Paula. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242924/000929312.pdf?sequence=3. Acesso em: nov. 2019.

948 Idem, ibidem.

949 DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais cit.

o aspecto subjetivo da avença (particularmente os casos de vulnerabilidade), a qualidade do consentimento (como nos casos em que se constata algum vício de consentimento) e até mesmo a natureza do direito material subjacente (disponível ou indisponível).

4.4.7.1 Negócios e sistema de precedentes

Um dos aspectos pelos quais se pretende a realização da igualdade, como se apontou, é pela uniformização de entendimentos jurisprudenciais. Ademais, por tudo o que já se explanou, é certo que as normas jurídicas a serem aplicadas pelo órgão julgador, inclusive a observância do que se convencionou chamar de sistema de precedentes brasileiro, é matéria inserta nos poderes-deveres do magistrado e, nesse sentido, não pode ser objeto de convenção processual. Seja por escaparem à titularidade das partes, seja por consistirem em norma de julgamento (e não propriamente de procedimento), o cumprimento do art. 927 do CPC, sem prejuízo de outros relativos ao tema, não pode ser objeto de contrato.

Outra preocupação, entretanto, é levantada por Erik Navarro Wolkart, no sentido de que as convenções processuais devem atender não apenas aos interesses das partes e às "peculiaridades do juízo, mas também os interesses de toda a comunidade jurídica na formação de um sistema de precedentes coeso, previsível, seguro e, principalmente, democrático e com nível profundo de cognição judicial".[950] Para o autor, seria o caso de considerar nulo o pacto, pois, ainda que apto a atingir a finalidade, geraria prejuízo à sociedade.[951-952]

---

950 WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate? cit., p. 51.

951 Erik Navarro Wolkart ainda acrescenta: "[...] determinada convenção processual pode ser absolutamente hígida para as partes, do ponto de vista processual clássico, mas extremamente nociva quando se recontextualiza o processo pelo paradigma da formação e aplicação de precedentes obrigatórios. Exemplificamos. Em processos importantes, aptos a formar precedente, qualquer convenção que limite a atividade cognitiva – seja pelo aspecto fático, com limitações probatórias, seja pelo aspecto jurídico, excluindo determinadas questões de direito da análise jurisdicional, o que, via de regra, parece ser possível em razão do disposto no art. 357, § 2.º – deve ser rechaçada, sob pena de comprometer a qualidade do precedente. O prejuízo a ser verificado aqui não toca às partes, mas a toda comunidade jurídica. Note-se: o objeto do processo pode referir-se a direito disponível, mas o interesse no seu bom julgamento é público e, portanto, indisponível" (Idem, p. 52).

952 Para Trícia Navarro Xavier Cabral: "[...] deve-se ter muita cautela ao se pretender permitir na justiça estatal que interesses privados se sobreponham ao interesse público, já que os impactos das decisões judiciais não se restringem ao próprio processo, mas se expandem para uma dimensão bem maior" (*Limites da liberdade processual* cit., p. 28).

Na mesma linha de intelecção, Paulo Henrique dos Santos Lucon entende que o juiz deve controlar o acordo processual, de forma a assegurar a harmonização entre as liberdades individuais exercidas pelos convenentes e o interesse público. Nesse sentido, o escopo jurídico do processo, consistente na aplicação do direito ao caso concreto, não seria apenas das partes, mas também do Estado, uma vez que a decisão judicial cria expectativas e se torna uma diretriz para os demais cidadãos. A solução adequada da causa é, portanto, interesse de toda a coletividade.[953]

Não partilhamos desse receio pelas razões que passamos a expor. Em primeiro lugar, não seria necessário um negócio jurídico processual para colocar em questão o grau de estratégia das partes ou de qualidade da condução do feito que, futuramente, venha a ser apreciado para fins de prolação de decisões vinculantes. Basta pensar que até mesmo um processo em que o réu é revel (sem que se operem os efeitos materiais da revelia) ou deixa de apresentar provas, ainda que não tenha pacto processual, pode se revelar deficiente para bem representar o debate sobre o direito material subjacente. De fato, não deveria, por exemplo, semelhante feito ser eleito paradigma para fins de fixação de teses jurídicas, quando do julgamento de recursos em face das decisões nele proferidas.

Em segundo lugar, porque o sistema de precedentes, estruturado no art. 926 e seguintes do CPC/2015, conta com mecanismos próprios para assegurar que a formação das teses vinculantes se dê a partir de recursos aptos a bem demonstrar a controvérsia, de incidentes a serem instruídos com o auxílio dos diversos interessados no debate ou após a prolação de decisões reiteradas a respeito da matéria.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC),[954-955] a propósito, dirigem-se à resolução de controvérsias sobre questão unicamente de direito e impõem ao Tribunal o dever de se manifestar sobre todos os fundamentos suscitados, concernentes à tese jurídica discutida, ainda que não tenham sido apresentados pelas partes do feito originário (CPC, art. 984, § 2.º). Também poderão se manifestar, no incidente, o Ministério Público, bem como outros sujeitos, órgãos ou entidades interessados (CPC, art. 983). De toda forma, se uma convenção processual puder repercutir, mesmo indiretamente, sobre a análise da questão de direito do

---

953 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Flexibilidade procedimental no quadro da tutela jurisdicional diferenciada cit., p. 109.

954 Nesse sentido é o Enunciado 201 do FPPC: "Aplicam-se ao incidente de assunção de competência as regras previstas nos arts. 983 e 984".

955 MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1073.

IRDR, não se recomenda a instauração do incidente a partir dessa causa em específico, o que certamente será objeto de discussão pelos interessados e decisão.[956]

Quanto aos recursos especiais e extraordinários repetitivos, a preocupação também não subsiste. Assim, além de eles somente comportarem análise de questões de direito, e não reexame de fatos, a lei exige que seja selecionado não um, mas dois ou mais "recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida" (CPC, art. 1.036, § 6.º). Além disso, admite-se que o próprio relator selecione dois ou mais casos representativos de controvérsia *sponte propria* (CPC, art. 1.036, § 5.º). Um maior número de recursos representativos da controvérsia, que esbocem adequadamente o debate em torno da questão jurídica, certamente reduz os riscos de uma decisão deficiente por consequência da aplicação de uma convenção processual em momento anterior do procedimento.

Os entendimentos sumulados do STJ e do STF e, com mais razão, as súmulas vinculantes do Supremo, devem ser sedimentados após amplo debate e reiteradas decisões na própria Corte que fixa a tese. Não é a vontade negocial das partes em um ou outro processo a responsável pela higidez do entendimento consolidado, nem por eventual prematuridade dessa consolidação.

Mesmo a fixação de orientação do Plenário ou do órgão especial dos Tribunais não autoriza a conclusão de que os negócios jurídicos processuais devam ser afastados, para assegurar a formação dos precedentes. Não só por não ser isso que garante a boa técnica dos sujeitos processuais ao longo do feito, como se observou, mas principalmente porque não se deve, à luz do art. 489 do CPC, supor que o Tribunal, por tais órgãos, deixará de se atentar para as implicações processuais de um eventual negócio na revelação da tese jurídica.

Em terceiro lugar, pode-se mencionar o fato de que, por vezes, é a própria tese jurídica fixada, no regime de precedentes, que vai apontar a marcha processual adequada para solucionar a questão de direito material, a necessidade de provas específicas etc. Poderia até mesmo ser objeto do precedente a validade do ajuste processual, como é o caso da Súmula Vinculante 01 do STF.[957]

---

[956] Idem, p. 1104.

[957] Súmula Vinculante 1/STF: "Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n.º 110/2001".

Em quarto lugar, não se ignore o fato de que, eventualmente, seja a existência de uma convenção processual a responsável por assegurar o desenvolvimento adequado do feito, de modo a torná-lo apto a melhor representar a controvérsia, pois nem todo ajuste implicará mera simplificação do procedimento (como a aposição de restrições probatórias) ou exclusão de situações jurídicas. Eventualmente, a negociação ocorre justamente para adequar a legislação processual ao direito material em tela (ex.: acordos para ampliação de prazos, para disponibilização prévia de documentos etc.).

Enfim, não há razão sequer para supor que a convenção processual afetaria o interesse público na formação de precedentes, mas que a flexibilização do procedimento pelo juiz não o afetaria. A flexibilização, pelas partes ou pelo juiz, ou a estratégia mais ou menos arriscada ou equivocada dos atores são contingências com as quais o sistema processual brasileiro sempre conviveu.

A solução, portanto, parece estar mais na observância do dever de fundamentação das decisões, que não pode descurar da análise do próprio desenvolvimento do feito, e principalmente na evolução do manejo do sistema de precedentes brasileiro, do que no exercício do autorregramento da vontade pelas partes. É saber se nos afastaremos da técnica de elaboração de enunciados abstratos, redigidos como normas jurídicas (que se autonomizam com relação aos fatos demonstrados no feito originário), para adotarmos a técnica de precedentes mais afeita ao sistema de *common law*, no qual a aplicação do precedente não prescinde da comparação dos fatos relevantes do paradigma com os fatos aferidos no caso concreto em que o entendimento será aplicado.[958]

---

[958] Em interessante texto sobre precedentes e jurisprudência, Michele Taruffo professa o seguinte: "[...] fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Note-se que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente a fundamentar a decisão do caso sucessivo. O emprego da jurisprudência tem características bastante diversas. Primeiramente, falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na grandíssima maioria dos casos. Aqui, o problema depende daquilo que em verdade 'constitui' a jurisprudência: trata-se, como se sabe, sobretudo dos enunciados elaborados pelo departamento competente que existe junto à Corte de Cassação. A característica mais importante dos enunciados é que se trata de formulações verbais, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm por objeto regras jurídicas. Estas regras têm normalmente um conteúdo mais específico em comparação com o ditado textual da norma da qual constituem uma interpretação, mas são também sempre formulados como regras, ou seja, como enunciações gerais e de conteúdo normativo. Não é por acaso que os repertórios de jurisprudência se assemelham a codificações mais detalhadas daquelas que representam os Códigos verdadeiros e próprios, não obstante continuem sendo 'repertórios de normas'. O discurso sobre os enunciados, sobre sua utilidade e sobre sua confiabilidade poderia ser bastante longo. Aqui, somente vale a pena observar que – pelo que eu sei – um departamento como aquele do Massimario existe apenas na Itália e que os sistemas nos quais vige a regra do precedente não conhecem nada de similar aos nossos enunciados: naqueles ordenamentos, de fato, o precedente é constituído pelo

A questão que se poderia suscitar, finalmente, diria respeito ao uso de negócio jurídico processual incidente (ou seja, posterior mesmo à afetação do recurso) para, por exemplo, prejudicar terceiros, promover fraude processual etc. O problema que se coloca não diz com o objeto da avença, mas com o abuso da autonomia da vontade e já encontra solução legal (CPC, art. 142). Novamente, o problema da conduta ímproba dos sujeitos processuais não é "privilégio" dos atos concertados das partes.

Interessante notar que mesmo no sistema norte-americano, de *common law*, no qual é de esperar maior preocupação com as decisões judiciais, as quais produzem normas e precedentes, a atenção volta-se a impedir que os negócios processuais afetem a publicidade e a motivação que se espera do julgamento estatal.[959] É desse modo que o processo pode cumprir uma missão que extravasa o mero interesse particular.

Como anota Pedro Henrique Nogueira, mesmo as limitações probatórias não impedem a formação de precedentes, pois a *ratio decidendi* pode ser universalizável a despeito da restrição cognitiva. Nada impede, inclusive, que justamente em razão do negócio processual seja feita distinção ou superação, quando da aplicação da tese jurídica formada ao caso concreto.[960] No mesmo sentido, Rafael Sirangelo de Abreu entende que, mesmo nos casos em que é aplicado um negócio processual (inclusive, com restrições probatórias), é "possível extrair da decisão uma razão de decidir universalizável que servirá como fundamento de julgados posteriores em questões jurídicas similares (desde que fundadas nas mesmas peculiaridades fáticas)".[961-962] Além disso, as convenções não

---

inteiro teor da sentença e não de trechos mais ou menos sintéticos extraídos da motivação em direito. Aqui, portanto, uma primeira diferença assaz relevante: em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral" (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 139-155, set. 2011).

959 Para Michael L. Moffitt: "The public would, therefore, reasonably resist efforts at customization that make it more difficult to derive the benefits of publicity inherent in the current model of adjudication. We would not approve of sealing a record merely because it includes information that casts the litigants in an unfavorable light. We would not aprove of a rule inviting the trial judge to issue orders without any explanation— even if both litigants explicitly waived any objection. The public sees something to gain from the litigation process, and it would be loathe to invite private litigants to deny the public of those benefits" (Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable cit.).

960 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários a enunciados – Capítulo I cit., p. 245.

961 ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais cit., p. 301.

962 No sentido de admitir a anulação do ajuste por violação do princípio da igualdade, nos casos em que impedir ou restringir a aplicação dos precedentes: BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 184-185.

inviabilizam o sistema de precedentes também por não impedirem o julgamento, no caso concreto, conforme a tese firmada no precedente.

De toda sorte, não se ignora que a aplicação dos precedentes é complexa e certamente merece estudos aprofundados, apenas não autoriza, a nosso ver, a decretação de nulidade das convenções processuais, sob o argumento de defesa do interesse público na elaboração ou aplicação de teses jurídicas.

4.4.8 Publicidade

A publicidade dos atos processuais, regra em nosso ordenamento jurídico, assegura a possibilidade de controle popular "tanto do poder quanto do exercício da função jurisdicional, o que a torna, ao mesmo tempo, garantia processual e procedimental".[963] Ademais, cumpre a missão de "evitar arbítrios e julgamentos secretos, bem como permitir a fiscalização da sociedade sobre a atividade jurisdicional".[964] O dever de publicidade dirige-se ao Estado e assegura o controle do exercício da função jurisdicional pelos litigantes (partes e procuradores), por outros órgãos do Poder Judiciário e pelo público em geral (inclusive, por terceiros interessados).[965] Assim, não se admite convenção para impor sigilo ao processo,[966-967] bem como para uso de idioma estrangeiro, ainda que conhecido do juiz e das partes (como o inglês ou o espanhol).[968-969]

De toda forma, se a publicidade é imposta ao Estado, o mesmo não se diga da atividade extrajudicial das partes ou mesmo de atividades jurisdicionais com relação às quais é previsto, por exemplo, regime de confidencialidade (como a mediação e a conciliação).[970] Os litigantes podem até se valer de negócios probatórios para excluir a

---

963 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 48.

964 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 175.

965 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 207.

966 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 176.

967 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento cit., p. 389.

968 GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões cit.

969 Em posição isolada, Paulo Mendes de Oliveira parece admitir a renúncia à publicidade, por meio de convenção para segredo de justiça: *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização processual cit., p. 259.

970 No tema, Júlia Lipiani e Marília Siqueira da Costa observam o seguinte: "O princípio da confidencialidade, conforme descrito no art. 166, § 2.º, do CPC, 'estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes'. Há, neste dispositivo, expressa permissão para que as partes convencionem acerca das finalidades para as quais poderão ser utilizadas as informações

possibilidade de perícia a respeito de segredos e propriedade intelectual[971] ou para admitir testemunhas anônimas, em razão de situação de risco (nos moldes da Lei 9.807/1999, lei de proteção à testemunha), desde que sua oitiva seja realizada extrajudicialmente.[972] Nesse caso, o anonimato deverá ser mantido, sob pena de nulidade da prova produzida. De resto, não se admite o anonimato estabelecido entre as partes.[973]

4.4.9 Juízo natural, competente, independente e imparcial

O princípio (ou a regra) do juiz natural veda a criação de tribunais *ad hoc*, instituídos especialmente para julgamento de fatos já ocorridos (CRFB/1988, art. 5.º, XXXVII).[974] Proíbe-se, portanto, que o indivíduo seja julgado por órgão estatal criado após o fato, especialmente para o tratamento daquelas (e talvez de outras) causas/pessoas ou para cumprimento de alguma agenda ou para restrição de certas atividades.[975] A garantia constitucional, portanto, limita os poderes do próprio Estado.

Garante-se, ainda, um juiz equidistante das partes e, por conseguinte, imparcial, bem como independente, ou seja, indiferente ao resultado do processo em proveito de um ou outro litigante (CRFB/1988, art. 5.º, LIII).[976] Nas palavras de Rafael Calheiros Bertão, a garantia assegura, portanto, o julgamento por um "julgador preestabelecido por regras gerais e abstratas, sem designação específica, e posterior, a caso ou a pessoa, de modo a assegurar sua independência e imparcialidade".[977]

São, na verdade, várias as normas constitucionais,[978] todas dirigidas ao Estado, para assegurar o direito a um juiz natural, competente, independente e imparcial, tais como: regras sobre o ingresso na carreira; as promoções por antiguidade e merecimento; a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio; vedações de várias ordens aos juízes (como a proibição de exercer atividade político-partidária, entre outras do art. 95,

---

produzidas no procedimento em questão; negócio processual típico, portanto" (LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação cit.).

971 RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 110-112.

972 Idem, p. 134.

973 Idem, ibidem.

974 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 47.

975 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 205.

976 LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem cit., p. 46.

977 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 171.

978 MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral* cit., p. 177.

parágrafo único, da CRFB/1988); publicidade; motivação; vedação de tribunal de exceção. No plano infraconstitucional, importante ainda, além das leis orgânicas da magistratura, as regras atinentes à suspeição e ao impedimento.

Para Trícia Navarro Xavier Cabral, a escolha do juiz pelas partes, mesmo no âmbito da competência funcional, atenta contra o princípio do juiz natural, atingindo também a imparcialidade e a independência do magistrado, valores muito superiores aos interesses particulares das partes.[979] Luiz Antonio Ferrari Neto recorda, ademais, que a livre distribuição das demandas, nos moldes legais (CPC, art. 59), não está na disponibilidade das partes[980] e que também não se admite a escolha de instância por malferimento da competência absoluta.[981]

A doutrina apresenta, entretanto, ao menos, uma hipótese de negócio atípico que se relaciona com a competência do juiz: o negócio sobre competência relativa após a contestação, ou melhor, a qualquer tempo. Nesse sentido, Daniel Gomes de Miranda argumenta que a estabilização da competência se orienta a evitar que uma parte prejudique a outra por meio da alteração de domicílio, mas que, não verificado prejuízo (particularmente, em razão de negócio), isso seria possível, mesmo sem alteração de situação jurídica (como é o domicílio).[982] Aponta dois casos em que a estabilização da competência é afastada por vontade das partes, quais sejam: no interesse do exequente, no cumprimento de sentença (CPC, art. 516, parágrafo único); e, por alegação do réu, no caso de conexão (CPC, art. 337, VII).[983] Adverte, ainda, que a prevenção do juízo não invalidaria a avença, pois não se trata de competência funcional – que teria caráter endoprocessual.[984-985] Assim, forte na superação do princípio da identidade física do juiz (cuja previsão não foi repetida no CPC/2015), tem que a convenção sobre competência

---

979 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual* cit., p. 28-29 .

980 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 153.

981 Idem, p. 154.

982 MIRANDA, Daniel Gomes de. Sobre o afastamento negocial da *perpetuatio jurisdictionis,* ou sobre a convenção de eleição de foro incidental. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1, p. 467-468.

983 Idem, p. 468-470.

984 Idem, p. 474.

985 Em sentido contrário, entendendo que a competência funcional pode ser extraprocessual (como nas ações rescisórias e no mandado de segurança contra ato judicial): DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil I* cit., p. 445-446.

relativa pode se dar até o momento da decisão (em que se estabeleceria a competência funcional do magistrado) e desde que não se verificasse a conexão.[986]

Entendemos, entretanto, que os arts. 25 e 63, § 4.º, ambos do CPC, vedam expressamente semelhante ajuste, pois determinam a alegação da cláusula de eleição de foro até a contestação. Ademais, quanto à conexão, observa-se que o tema é passível de conhecimento de ofício pelo juiz (CPC, art. 337, § 5.º). Interessante notar que a cláusula de eleição de foro, de fato, guarda relação com a cláusula arbitral, que poderia ser apresentada mesmo após a contestação, mas a primeira é objeto de disciplina legal específica, como apontamos.

4.4.10 Vedação à prova ilícita

A prova ilícita é aquela que, por qualquer modo, ofende o ordenamento jurídico. Nesse sentido, a ilicitude pode ser de conteúdo (nos casos em que há presunção legal absoluta em sentido oposto), de fonte (como o documento inquinado de falsidade ideológica), bem como em razão do procedimento (que, por exemplo, não observe o contraditório) ou por meio do qual foi obtida (mediante tortura etc.).[987] Há, ainda, os que incluem até mesmo meios de prova que não possam ser validados racionalmente, como seria o caso da prova psicografada.[988]

Para parte da doutrina, a vedação à prova ilícita é garantia que limita os poderes instrutórios e decisórios do órgão judicial, uma vez que o magistrado não poderá fundamentar sua decisão a partir de provas ilícitas nem pode admitir sua produção.[989] Trata-se, assim, de norma processual, pois disciplina a atividade cognitiva do juiz.[990] As exceções ficariam, ademais, por conta do art. 157 do CPP e de construção jurisprudencial[991] (como ilustra a decisão proferida pelo STJ no HC 203.405/MS), o que

---

986 MIRANDA, Daniel Gomes de. Sobre o afastamento negocial da *perpetuatio jurisdictionis,* ou sobre a convenção de eleição de foro incidental cit., p. 474-475.

987 RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 160.

988 Idem, p. 161.

989 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 49.

990 Idem, ibidem.

991 Pela aplicação do princípio da proporcionalidade para resolução do conflito entre direito à prova e vedação da prova ilícita: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996.

apenas reforça a impossibilidade de subtração do tema à apreciação judicial, sendo irrelevante o consenso das partes no sentido de vulnerar a garantia.

A vedação à prova obtida por forma ilícita, de toda forma, também resguarda o próprio ser humano (ou melhor, a coletividade), por não incentivar a espionagem (e a contraespionagem), bem como a prática de ilícitos civis e criminais.[992]

No tema, Rafael Calheiros Bertão aponta a nulidade da convenção que contemple prova ilícita,[993] mas admite, por outro lado, convenção que impeça certo tipo de prova, bem como que defina quais meios de prova serão utilizados e o momento de seu emprego.[994-995] Fundamenta seu entendimento no tratamento isonômico entre os sujeitos processuais (entre as partes, de um lado, e o juiz, de outro), bem como nas disposições a respeito do saneamento processual compartilhado e convencional.[996]

Para Giovani dos Santos Ravagnani, é de incluir também, entre as ilícitas, a prova advinda de escuta ou interceptação telefônica criminal, prevalecendo a garantia constitucional de sigilo das comunicações.[997] Desde que a prova tenha sido produzida, em âmbito criminal, com autorização judicial e atendidas as demais exigências legais e constitucionais, não se vislumbra óbice à sua utilização no processo civil, quando diga respeito à comunicação dos próprios litigantes.

4.4.11 Dever de motivação das decisões judiciais

A doutrina teve a oportunidade de apontar que o dever de motivação (CRFB/1988, art. 93, IX), longe de ser uma exigência meramente formal, cumpre o papel de limitação do poder judicial e de garantia do controle por outros órgãos do Judiciário e pela população, em geral.[998-999] Nessa linha de entendimento, é imperioso observar a

---

992 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 170-171.

993 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 179.

994 Idem, p. 179-181.

995 RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 161.

996 BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 182.

997 RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil* cit., p. 134.

998 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 48.

999 Quanto à motivação, Rafael Calheiros Bertão assenta o seguinte: "Não se trata de regra fundamental de interesse meramente das partes, mas, ainda, principalmente diante de um sistema que admite o

impossibilidade de convenções no tema, por ser situação jurídica não titularizada exclusiva ou primordialmente pelas partes.

4.4.12 Coisa julgada

Intenso debate cerca a questão da convenção sobre coisa julgada. Passamos a analisar o tema a partir da compreensão de que tal garantia expressa, em linhas gerais, a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença, em razão do trânsito em julgado. Trata-se de qualidade da decisão, não de sua eficácia.[1000- 1001]

A inadmissibilidade de negócio sobre coisa julgada, para Rafael Calheiros Bertão, busca "preservar a estabilidade sistêmica, assegurar a segurança jurídica e evitar custos sociais processuais inócuos".[1002] Nesse sentido, Maria Carolina Silveira Beraldo assinala que a coisa julgada é objeto de norma processual, já que, na lição de Enrico Allorio, "a essência do ato jurisdicional está exatamente na sua aptidão para produzir coisa julgada".[1003]

Também para Trícia Navarro Xavier Cabral as partes não podem dispor sobre a coisa julgada, afastando-a e impondo novo julgamento da demanda.[1004] Da mesma forma,

---

precedente judicial, de norma com relevante interesse público, sendo possível se afirmar que a decisão do juiz possui dupla dimensão: interna, de convencimento das partes, e externa, pela formação de precedente aplicável em demais casos. Ademais, é certo que o interesse pela fundamentação das decisões judiciais transcende a esfera das partes, sendo que a aceitação da decisão judicial, a partir de uma motivação sólida, representa o interesse de toda a comunidade, de sorte que a sua ausência deslegitima a atividade jurisdicional e impõe a nulidade do ato. Dessa forma, uma convenção processual que excluísse o dever de motivação das decisões judiciais, pelo magistrado, ofenderia a garantia de fundamentação, de maneira a violar seu núcleo duro e, ainda, o interesse público relativo à legitimação das decisões judiciais" (*Limites às convenções processuais* cit., p. 174-175).

[1000] MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Código de Processo Civil comentado* cit., p. 638.

[1001] Nesse sentido, já não se acolhe o entendimento de Enrico Tullio Liebman no sentido de que a autoridade da coisa julgada torna imutáveis também os efeitos da sentença. De fato, o autor consigna o seguinte: "Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato." (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54).

[1002] BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais* cit., p. 166.

[1003] BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis cit., p. 49.

[1004] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual* cit., p. 142.

Luiz Antonio Ferrari Neto não admite que as partes abdiquem do trânsito em julgado ou mesmo ampliem ou diminuam as hipóteses de cabimento da ação rescisória, as quais devem ser previstas em lei.[1005] Em verdade, temos que a "diminuição" de tais hipóteses pode ser admitida, se se tratar de um *pacto de non petendo*, pois as partes podem legitimamente renunciar à possibilidade de litigar em juízo, particularmente para rediscutir demandas.

Em sentido contrário, de todo modo, Rodrigo Ramina de Lucca aduz que a "coisa julgada é instrumento de proteção da parte vencedora no processo", impedindo a eternização do litígio.[1006] É, então, garantia e não imposição, pois atende ao objetivo de concretizar a segurança jurídica.[1007] Não há, inclusive, imutabilização dos efeitos da decisão, tanto que se admite o acordo posterior ao trânsito em julgado.[1008-1009] Pelo mesmo motivo (o cabimento de transação), não se poderia dizer que a coisa julgada tutela a expectativa de terceiros ou da sociedade.

Nessa linha, o processualista defende que a parte beneficiada pode renunciar, em concreto, à coisa julgada e, por isso, as partes também podem, de comum acordo, fazê-lo.[1010] Não haveria também que falar em interesse estatal em impedir o rejulgamento.[1011]

Para Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:[1012] (i) não cabe negócio para desfazer ato estatal, revendo, rescindindo ou invalidando a decisão judicial; (ii) as partes podem convencionar a respeito dos efeitos da decisão, inclusive para renunciar ao título ou transigir; (iii) as partes podem renunciar à objeção de coisa julgada em processos futuros; (iv) as partes podem renunciar ao direito de

---

1005 FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 172.

1006 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Thomsons Reuters Brasil, 2019. p. 358.

1007 Idem, ibidem.

1008 Idem.

1009 Também pela possibilidade de negócios sobre coisa julgada: REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia cit., p. 1153-1154.

1010 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*: a liberdade das partes no processo cit., p. 359.

1011 Idem, ibidem.

1012 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 521.

rescindir a coisa julgada (espécie de pacto de *non petendo*); (v) as partes podem afastar a coisa julgada, de modo a permitir o rejulgamento.

Os autores mencionam, ainda, opinião segundo a qual a disposição da coisa julgada em si é ilícita por violar o poder judicial de reconhecer sua existência de ofício.[1013] Sugerem que o poder de controle da coisa julgada, entretanto, não é dado ao juiz para atender a seu próprio interesse (em não rejulgar a demanda), mas para garantir o respeito às decisões e à celeridade processual.[1014] Acrescentam que seria possível, após o trânsito em julgado, transigir, submeter o caso à jurisdição arbitral e até o beneficiado pode renunciar unilateralmente ao direito, pelo que com mais razão poderiam as partes tornar litigiosa (novamente) a questão de direito material.[1015] O acordo, de todo modo, tem que ser expresso, não se admitindo o mero silêncio do (que volta a ser) demandado, pois, do contrário, o juiz deverá atuar de ofício.[1016]

Pois bem. Não é possível confundir a possibilidade de repropositura da demanda (que temos por inadmissível) com a renúncia à pretensão executiva ou mesmo com a celebração de acordo após a formação da coisa julgada material.[1017] As partes podem convencionar quanto aos efeitos que emprestam à decisão judicial, formando um novo título executivo, a ser homologado judicialmente, inclusive, pelo qual renunciam ao título judicial formado anteriormente e constituem nova obrigação. O beneficiado pode também renunciar ao direito assegurado judicialmente, bem como podem os convenentes abdicar da ação rescisória.

Portanto, como o direito de ação é um direito potestativo exercido pela parte autora, seu exercício dá origem à *obrigação* estatal de prestar a tutela jurisdicional, ou seja, surge um direito a uma *prestação* devida pelo Estado[1018]. Assim, se a coisa julgada é uma situação jurídica que protege ambas as partes, é também situação que

---

[1013] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela cit., p. 521.

[1014] Idem, p. 522.

[1015] Idem, ibidem.

[1016] Idem.

[1017] FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 213.

[1018] No ponto, importa rememorar a lição de Oskar von Bülow: "Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido em juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensabile y a someterse a los resultados de esta actividad común." (BÜLOW, Oskar von. *Las excepciones y los presupuestos procesales* cit., p. 2).

tem eficácia liberatória para o Estado (ainda que parcial, dependente de fase executiva). Daí não ser admissível que as partes unilateralmente restabeleçam a obrigação estatal, mas admite-se que elas renunciem ao título formado para criar uma nova obrigação entre elas mesmas.

Convenção para possibilitar a renovação do julgamento em primeira instância, a nosso ver, viola o art. 62 do CPC, que impede negócio sobre competência funcional. De fato, a competência para desconstituir a coisa julgada é funcional, absoluta, tendo sido retirada do âmbito de liberdade das partes. Não é de estranhar: há de existir limite ao retrabalho, pois, ao fim e ao cabo, trata-se de serviço público (e não privado, como na arbitragem).

Nessa esteira, não é possível ignorar o fato de que o legislador não apenas vedou convenções sobre competência funcional, como também estipulou as precisas hipóteses em que admite a rescindibilidade da decisão transitada em julgado perante os Tribunais. É pela ação rescisória que se poderá rescindir a coisa julgada e *sujeitar* o Estado ao rejulgamento da demanda.[1019] Se não bastasse isso, tem-se entendido que não se aplicam os efeitos materiais da revelia no âmbito da rescisória[1020] e isso se dá justamente porque já não se está diante de meras alegações da parte autora em seu próprio interesse, mas de um ato estatal (que materializa uma prestação), que se presume constituído regularmente. É dizer: a justiça foi administrada. Em um sistema que se pretende racional, inclusive, seria estranho até mesmo defender a busca por uma "decisão judicial melhor". É de perquirir qual seria o limite a tal pretensão.

Em reforço de argumentação, perceba-se que não parece que a manifestação de vontade concertada das partes (para afastar a coisa julgada) transfigure a hipótese em algo muito distinto da relativização da coisa julgada. Observe-se que essa última vulneração do instituto, ao menos, observaria a competência funcional dos Tribunais própria à desconstituição da coisa julgada. No negócio proposto, ao que parece, a questão será deduzida em primeira instância e estranhamente a circunstância de se tratar de ato de vontade afastaria todos os perigos que são aventados para objetar a relativização atípica (requerida unilateralmente).[1021]

[1019] MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1085.

[1020] Idem, p. 1096.

[1021] Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam o seguinte: "Permitir a revisão da coisa julgada por um critério atípico é perigosíssimo. Esquecem os adeptos desta corrente

Não é pelo fato de as partes não terem alcançado consenso (ou seja, não é para defender a parte que se conformou com a decisão) que a desconstituição da coisa julgada se submete à competência funcional dos Tribunais. A desconstituição da coisa julgada pelo próprio Poder Judiciário é atribuída a eles (em alguns casos, pela própria Constituição Federal de 1988), pois a decisão impugnada é título que cria presunção no sentido de que o serviço jurisdicional já foi efetiva e devidamente *prestado*. A legislação infraconstitucional elege, portanto, a ocorrência de alguns poucos vícios ou injustiças reputados mais graves da decisão judicial que possam justificar o retrabalho, que permitam constatar que não se considera adimplida a obrigação estatal decorrente do exercício do direito de ação.

Observe-se, ainda, que o negócio hipotético em comento seria fundado na noção vaga de "injustiça" ou apenas na confiança de um julgamento "mais adequado", não estando sujeito a outro prazo que o prescricional (que também pode ser renunciado, eventualmente, na própria convenção, se já decorrido).[1022]

4.4.13 Assistência jurídica integral e gratuita

A questão da constitucionalidade das convenções que dizem respeito à assistência jurídica integral e gratuita, por expressa previsão constitucional, concerne à

---

que, exatamente por essa especial característica do direito litigioso, àquele que pretende rediscutir a coisa julgada bastará alegar que ela é injusta/desproporcional/inconstitucional. E, uma vez instaurado o processo, o resultado é incerto: pode o demandante ganhar ou perder. Ignora-se esse fato. O resultado do processo não se sabe antes do processo; a solução é como disse, construída. É por isso que a ação rescisória (instituto que é a síntese de vários meios de impugnação das sentenças desenvolvidos em anos de história da civilização contemporânea) é típica e tem um prazo para ser ajuizada. A coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la" (*Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela cit., p. 559).

1022 Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira asseveram que apenas a inexistência de citação ou defeito que a acometa justificam o ajuizamento de *querela nullitatis*, a qualquer tempo: "No direito processual civil brasileiro, há duas hipóteses em que uma decisão judicial existente pode ser invalidade mesmo após o prazo da ação rescisória. É o caso da decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 525, § 1.º, I, e art. 535, I, CPC). O meio de impugnação previsto para tais decisões é a ação de nulidade denominada *querela nullitatis*, que se distingue da ação rescisória não só pela hipótese de cabimento, mais restrita, mas também por não estar sujeita a prazo e dever ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é caso da ação rescisória). Ambas, porém, são ações constitutivas" (*Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela cit., p. 559).

análise da vulnerabilidade (CRFB/1988, art. 5.º, LXXIV), abarcado pelo aspecto subjetivo da avença, ou seja, alheio ao nosso recorte temático.

De qualquer forma, temos que seria inadmissível convenção que afastasse o direito à gratuidade de justiça (CPC, art. 98)[1023] e, de modo geral, aos mecanismos de assistência jurídica integral e gratuita, como o próprio acesso à Defensoria Pública, a advocacia dativa ou *pro bono*. A licitude de negócios, nesse tema, demanda, como em todo caso de (comprovada) vulnerabilidade, que o objeto da avença diminua as desigualdades substanciais ou, ao menos, não as acentue. Daí ser válida, por exemplo, convenção para diminuir o prazo do art. 98, § 3.º, do CPC, tempo pelo qual o patrimônio do beneficiário vencido permanece sujeito a custos da demanda, após o trânsito em julgado.[1024]

Pontue-se também que a concessão ou não de justiça gratuita não poderia ser convencionada por não interessar às partes apenas, mas também ao Estado-Juiz, pois as custas são tributos, questão, inclusive, de direito material e não processual.[1025] Vislumbramos, na matéria, a possibilidade, entretanto, de uma convenção probatória para afastar a presunção relativa da alegação de insuficiência de recursos formulada por pessoa física (art. 99, § 3.º, do CPC).

[1023] Conforme Antonio do Passo Cabral: "Em geral, as convenções não podem avançar sobre as regras e os pressupostos normativos da gratuidade de justiça para impedir sua incidência ou para impor uma distribuição de custos que pudesse, em vez de minorar, criar ou agravar a situação de vulnerabilidade a ponto de impedir ou dificultar excessivamente o exercício de seus direitos processuais. Não obstante, as cláusulas convencionais sobre os custos podem dispor das regras da gratuidade de justiça para beneficiar o hipossuficiente econômico" (CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites cit., p. 87).

[1024] Idem, ibidem.

[1025] FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização cit., p. 216-217.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A positivação da cláusula geral de negócios jurídicos processuais (CPC, art. 190) inaugura um novo momento na relação jurídica processual, redistribuindo os poderes entre as partes e o Estado-Juiz. O instituto prestigia a pacificação social, fim maior do processo civil, e reforça a liberdade dos cidadãos em face do Estado, pois é o ente estatal que deve servir aos jurisdicionados, e não o contrário.[1026] A liberdade dos sujeitos, portanto, não se encerra na gestão de seus direitos materiais, mas também abarca a possibilidade de convenção em matéria de processo e procedimento.[1027]

Quando se afirma que a positivação de uma cláusula geral de negócios processuais representa uma quebra de paradigma, de fato, não é em vão, pois o êxito da flexibilização procedimental pelas partes não depende simplesmente da produção legislativa, mas também da mudança cultural na mentalidade dos operadores do Direito. Como constatou Paula Costa e Silva, o jurista, já habituado a atuar conforme a norma legal, reagirá à flexibilização procedimental, apontando o risco da surpresa ou até de erros da decisão.[1028] Tamanha costuma a ser a reação ao novo que, enfim, tenderá até "a interpretar as novas soluções de modo a nelas encontrar aquilo que sempre conheceu".[1029]

Atento a essa resistência, o presente trabalho teve por objetivo contribuir para a construção de balizas mais claras na definição do objeto que pode ser convencionado, procurando prestigiar o instrumento posto à disposição das partes. Fundado na corregulação das convenções por normas materiais e processuais, o estudo apresenta o que se deve entender por licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto do negócio jurídico processual.

De fato, o conteúdo do pacto será lícito, se abarcar as posições jurídicas titularizadas pelas partes ou as normas de procedimento, sem prejuízo do atendimento de disposições legais que, em casos específicos, ampliem ou restrinjam o espaço conferido pelo art. 190 do CPC (como exemplifica o art. 329, II, do CPC). Aduziu-se que a melhor

---

1026 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização processual cit., p. 156.

1027 Idem, p. 254.

1028 COSTA E SILVA, Paula. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus cit.

1029 Idem, ibidem.

compreensão do objeto das convenções demanda assentar a distinção entre normas processuais (em sentido estrito), que disciplinam a relação jurídica processual, e normas procedimentais, que dão funcionalidade às normas processuais ou dispõem sobre a combinação dos atos processuais entre si.

A licitude do objeto impõe também o atendimento das garantias constitucionais de publicidade, do juiz natural (competente, independente e imparcial), da assistência jurídica integral e gratuita, da vedação à prova ilícita e do dever de motivação, pois são comandos dirigidos ao Estado e/ou titularizados por toda a coletividade, não apenas pelos convenentes de uma dada relação jurídica processual. O respeito à coisa julgada, como se viu, deve-se ao fato de que sua formação também gera situação jurídica titularizada pelo Estado-Juiz. Quanto às demais garantias (contraditório, ampla defesa, celeridade processual, igualdade e duplo grau de jurisdição), defendeu-se que, ao menos no que tange ao aspecto objetivo da avença, deve-se maior deferência à autonomia privada manifestada pelos convenentes, pois, assim, é que se concretiza o devido processo legal.

A possibilidade do objeto também foi analisada, para demonstrar que as partes não estão autorizadas a transferir ao Estado-Juiz os custos de implementação da avença, quando implicar utilização de recursos financeiros ou materiais extraordinários ou de recursos humanos de que não disponha o órgão ou cuja eleição não seja franqueada, por lei, às partes. A convenção também não pode alterar o funcionamento da máquina estatal em prejuízo aos demais jurisdicionados ou ter objeto de difícil replicabilidade. A impossibilidade fática também se verifica nos casos em que a convenção demanda das próprias partes recursos não disponíveis na localidade e que se revele inviável/impraticável. A inadimissibilidade das convenções, nesses moldes, deve ser objeto de decisão que apresente motivação específica, que aponte as razões concretas que evidenciam a impossibilidade fática que inquina o conteúdo de determinada avença.

A determinabilidade do objeto revela, a seu turno, preocupação com a previsibilidade que o negócio deve proporcionar aos convenentes. Assim, exige-se a indicação de relação jurídica subjacente específica e concreta, da disciplina da relação jurídica processual e do procedimento, bem como exige-se que a avença proporcione condições de efetiva mensuração de seus efeitos. Além disso, observa-se que o momento de celebração do acordo, antes ou depois do surgimento do conflito, tem significativa influência no atendimento da determinabilidade, pois impacta a exposição da relação jurídica, a previsibilidade e a adequação das normas de processo e procedimento

estipuladas. Em todo caso, os interesses em conflito e o grau de confiança entre os convenentes terão papel decisivo na formulação do objeto do pacto.

Traçadas tais ideias, espera-se que os interessados possam se valer do espaço de liberdade contratual conferido pelo art. 190 do CPC, para a solução de seus conflitos e gestão de seus interesses. Tal linha de ideias não ignora a necessidade de uma atuação firme do Poder Judiciário no sentido de frear a conduta ímproba de eventuais convenentes. Deve fazê-lo e está munido de ferramentas para tanto. Até mesmo a inadmissibilidade do objeto convencional sempre pode ser reconhecida por decisão judicial. O que não podemos admitir, em verdade, é que o tolhimento da liberdade processual das partes se dê com fundamento em conceitos indeterminados, princípios simplesmente enumerados e outros subterfúgios vagos, imprecisos e igualmente etéreos, em franca violação à cláusula geral de negociação processual atípica.

O CPC/2015, com o amplo fortalecimento do contraditório, conferiu aos sujeitos processuais ambiente propício a que, dispondo-se, construam juntos uma experiência processual francamente adequada a suas necessidades. Nesse sentido, inclusive, é a constatação de que o diploma optou por prestigiar a flexibilidade procedimental voluntária àquela promovida unilateralmente pelo magistrado.

Assim, o presente trabalho junta-se a outros tantos já elaborados e por produzir, para atender ao escopo de proporcionar maior segurança aos operadores do Direito na formulação do conteúdo negocial a que alude o art. 190 do CPC. Partimos da compreensão de que se fazia necessário apresentar o que significa, no âmbito processual, a licitude, a possibilidade e a determinabilidade do objeto do negócio. Procuramos também demonstrar que as garantias processuais previstas na Carta Magna merecem tratamento diferente daquele mais difundido na doutrina, para que não seja aniquilada a liberdade. Esperamos, assim, contribuir para novas reflexões sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

ADAMY, Pedro. Renúncia a direitos fundamentais. Disponível em: https://www.academia.edu/6597086/Ren%C3%BAncia_a_Direito_Fundamental. Acesso em: dez. 2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ANDRADE, Manuel de A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*: facto jurídico, em especial negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 2003. v. II.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado*: teoria e prática brasileira. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"?. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, v. 163, p. 50-59, set. 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação os princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2019.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista de Processo, São Paulo, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988*: normas processuais e procedimentais civis. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. *Convenções processuais em matéria de prova*: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do processo civil democrático. 2019. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre a uma teoria do fato jurídico processual – Plano de existência. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_maio2008/docente/doc2.doc. Acesso em: jun. 2019.

BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

BÜLOW, Oskar von. Las excepciones y los presupuestos procesales. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, v. 276, p. 61-90, fev. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2510131. Acesso em: dez. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 255, p. 117-140, maio 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Foco, 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da Justiça Civil Francesa*: Seis lições brasileiras. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017.

CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. Théorie générale du procès. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

CÂMARA, Helder Moroni. *Negócios jurídicos processuais*: condições, elementos e limites. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 16, v. 64, p. 219-259, out./dez. 2015.

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1963885/mod_resource/content/1/Artigo%20CAC%20-%20O%20Processo%20Arbitral.pdf. Acesso em: dez. 2019.

CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CERQUEIRA, Társis Silva de. A nova face do procedimento comum do novo Código de Processo Civil diante dos procedimentos especiais: uma proposta de interpretação do art. 327, § 2.º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 273, p. 95-145, nov. 2017.

CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. LXX, II Serie, p. 45-60, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

COSTA, Adriano Soares da. Distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico unilateral. Disponível em: https://www.academia.edu/21568985/Distin%C3%A7%C3%A3o_entre_ato_jur%C3%ADdico_stricto_sensu_e_neg%C3%B3cio_jur%C3%ADdico_unilateral. Acesso em: jun. 2019.

COSTA, Adriano Soares da. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 270, p. 19-56, ago. 2017.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo*: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

COSTA E SILVA, Paula. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242924/000929312.pdf?sequence=3. Acesso em: nov. 2019.

COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015, v. 1.

COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das convenções processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao#_ftn1. Acesso em: dez. 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

DALL'OLIO, Gustavo. *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, v. 232, p. 69-76, jun. 2014.

DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 210, 2012. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/09/odireitodeacaocomocomplexo desituacoesjuridicas%C2%B9.pdf. Acesso em: dez. 2019.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-225, 2011.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-%20formatado.pdf. Acesso em: 18 set. 2019.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. Disponível em: https://www.academia.edu/35787589/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_AT%C3%8DPICOS_E_EXECU%C3%87%C3%83O. Acesso em: dez. 2019.

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. Disponível em: https://www.academia.edu/36445976/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_EM_CONTRATOS_EMPRESARIAIS. Acesso em: dez. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil I*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias – o exemplo da propriedade fiduciária. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 67, p. 129-186, 2016.

EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. *Negócio jurídico processual*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf. Acesso em: 18 set. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. Salvador: JusPodium, 2018. volume único.

FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*: tentativa de sistematização. 2016. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

GABARDO, Rodrigo Araújo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial*: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual). 2007. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo:* comentários ao CPC de 2015 – parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

GIUSSANI, Andrea. Autonomia privada e presupposti processuali: note per un inventario. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 211, p. 103-111, set. 2012.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

GOÉS, Gisele. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *RFDUSP*, São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657. Acesso em: dez. 2019.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, v. 164, p. 29-56, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 4, n. 20, p. 243-276, nov. 2016.

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. Disponível em: https://www.academia.edu/23817357/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_sobre_media%C3%A7%C3%A3o_e_concilia%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: dez. 2019.

LIPIANI, Júlia; COSTA, Marília Siqueira da. Negócios processuais sobre a fase recursal. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Thomsons Reuters Brasil, 2019.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Flexibilidade procedimental no quadro da tutela jurisdicional diferenciada. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (org.). *Tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2016. v. 1.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis*: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia – 1.ª parte. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES DE CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português I*. Coimbra: Almedina, 2005. t. I.

MIRANDA, Daniel Gomes de. Sobre o afastamento negocial da *perpetuatio jurisdictionis,* ou sobre a convenção de eleição de foro incidental. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MOFFITT, Michael L. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. *George Washington Law Review*, v. 75, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=888221. Acesso em: dez. 2019.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. São Paulo: RT, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários a enunciados – Capítulo I. *In*: PEIXOTO, Ravi (org.). *Enunciados FPPC comentados*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Dos atos processuais (arts. 188 a 192). *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (org.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial – 2.ª série. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1.

NOVA, Giorgio de. Accordi delle parti e decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano. v. 62, n. 3, p. 59-68, sett. 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a.%20a.%20de%20oliveira%20-%20formatado.pdf. Acesso em: mar. 2020.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética*, São Paulo, v. 152, p. 48-59, nov. 2015.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Procedimento I. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: JusPodivm, 2020.

PICARDI, Nicola. "*Audiatur et altera pars*": Le matrici storico-culturali del contraddittorio. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano. v. 62, n. 3, p. 7-22, sett. 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012. t. IV.

PRÖGLHÖF, Pedro Fernandes. *A vontade e o ato postulatório civil*: uma investigação sobre a interpretação dos atos postulatórios civis. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erick Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil*. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no direito processual civil brasileiro*: existência, validade e eficácia. 2019. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019, São Paulo.

REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. *Cláusulas arbitrais patológicas e cuidados na redação de cláusulas compromissórias*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas (Escola de Direito de São Paulo), São Paulo, 2017.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Sobre a cláusula compromissória cheia. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 41, n. 47, p. 267-295, jan./jun. 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: RT, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários aos arts. 188 a 202 do CPC/2015. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. v. 1.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 674 a 718. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. X.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*: da comunicação dos atos processuais até do valor da causa – arts. 236 a 293. Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luís Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2019. v. V.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Impactos processuais do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 61-89, jun. 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, p.173-180, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE – Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006.

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018..

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 139-155, set. 2011.

TARUFFO, Michele. Evidence, Truth and The Rule of Law. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, p. 87-98, dez. 2014.

TARUFFO, Michele. Verità negoziata?. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano. v. 62, n. 3, p. 69-98, sett. 2008.

TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. Disponível em: http://oaji.net/articles/2017/3904-1523789067.pdf. Acesso em: mar. 2020.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não postular*: o *pactum de non petendo* reinterpretado. Salvador: JusPodivm, 2020.

TUCCI, Rogério Lauria. *Negócio jurídico processual*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

VIDAL, Gustavo Pane. *Convenção de arbitragem*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental, p. 248. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31696/22430. Acesso em: set. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades processuais – no direito em vigor, no direito projetado e na obra de Galeno Lacerda. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 226, p. 183-191, dez. 2013.

WOLKART, Erik Navarro. Novo Código de Processo Civil x sistema processual civil de nulidades. Xeque-mate?. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 40, v. 250, p. 35-60, maio 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 1.