

**RAFAEL CALHEIROS BERTÃO**

**Limites às convenções processuais**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Walter Piva Rodrigues

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2018**



**RAFAEL CALHEIROS BERTÃO**

**Limites às convenções processuais**

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 orientação do Prof. Dr. Walter Piva Rodrigues.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2018**



A Geraldo e Roseane, com amor e gratidão.



## **AGRADECIMENTOS**

Ao término de mais uma longa etapa da minha carreira acadêmica, é fundamental tecer alguns agradecimentos àqueles que, sem dúvida, participaram, positivamente, dessa fase. Agradeço a:

Geraldo e Roseane, pelo irrestrito e incondicional apoio, por tudo.

Amanda e Tatiana, pelo amor incondicional, pela lucidez e por simplificarem tudo.

Sofia, pelo diário e crucial suporte, pela paciência e pelo norte pessoal.

Prof. Dr. Walter Piva Rodrigues, pela orientação ímpar, por acreditar em mim e no meu projeto e pelo norte acadêmico.

Cláudio, pelo inesquecível e surpreendente apoio e pelo norte advocatício, assim como a todos os membros da Guimarães Pedreira de Freitas, pela facilitação do infacilitável.

Bruno, pela parceria e pelo norte profissional.

Ana e Artur, por transformar São Paulo em minha casa.

Lucas, Ravi e Murilo, pessoalmente e em nome dos “Jovens Processualistas PE”, meus amigos processualistas, pelos engradeceadores debates e discussões esclarecedoras.





## **SIGLAS**

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CC/02 – Código Civil de 2002

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

ZPO – Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil alemão)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

FPPC – Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis



## RESUMO

BERTÃO, Rafael Calheiros. Limites às convenções processuais. 2018. 283 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

O presente trabalho aborda os limites às convenções processuais, tema ainda pouco aprofundado em doutrina, seja nacional ou estrangeira, e fundamental à consolidação do instituto positivado no art. 190 do CPC/15. Para atingir seu escopo, o estudo divide-se em quatro capítulos: (1) Capítulo I – Tipologia das convenções processuais, no qual são estabelecidos o marco teórico adotado, algumas premissas conceituais à investigação e, por fim, é conceituado o objeto da pesquisa; (2) Capítulo II – Evolução doutrinária às convenções processuais, em que a tensão publicismo vs privatismo processual é estudada com profundidade, inclusive em direito comparado, com o objetivo de se estabelecerem os fundamentos doutrinários ao fortalecimento dos acordos processuais; (3) Capítulo III – Limites constitucionais às convenções processuais, no qual se estuda, inicialmente, a constitucionalização do direito processual, com o consequente avanço científico ao neoprocessualismo e ao modelo cooperativo de processo, a fim de se analisar, posteriormente, a convencionalidade processual à luz das normas fundamentais do processo; (4) Capítulo IV – Limites normativos às convenções processuais, em que, após o estabelecimento de algumas premissas à investigação e à análise do novo diploma processual, sistematizam-se os limites aos acordos processuais, de modo a apresentar elementos claros à definição precisa de uma convenção processual existente, válida e eficaz.

Palavras-chave: convenções processuais; existência, validade e eficácia; Constituição e processo; neoprocessualismo; modelo cooperativo de processo; Código de Processo Civil de 2015.



## **ABSTRACT**

BERTÃO, Rafael Calheiros. The limits of private procedural conventions. 2018. 283 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo. São Paulo, 2018.

This paper approaches the limits of private procedural conventions, theme insufficiently researched, which is essential for the consolidation of the instrument inserted in the art. 190 of Brazilian procedural code. To reach its scope, the study is divided into four chapters: (1) Chapter I – Typology of private procedural conventions, in which it's established the theoretical framework adopted, some conceptual premises for the investigation and, finally, the object of research is conceptualized; (2) Chapter II – Doctrinal evolution for private procedural conventions, where the tension between procedural public interest and private self-government is deeply studied, especially in comparative law, in order to define the doctrinal basis for strengthening of procedural agreements; (3) Chapter III – The constitutional limits of private procedural conventions, in which, firstly, the constitutionalisation of procedural law, leading to scientific development for a new procedural theory and for a cooperative procedural model, is studied, in order to analyze the procedural conventionality in the light of procedural fundamental norms; (4) Chapter IV – The normative limits of private procedural conventions, where, after the establishment of some premises to the investigation and analysis of the Brazilian new procedural code, the limits to procedural agreements are systematized, in order to present clear elements for the precise definition of a private procedural convention existent, valid and efficient.

Keywords: private procedural conventions; existence, validity and effectiveness; Constitution and procedure; the new procedural theory; cooperative procedural model. Brazilian new procedural code.



## RIASSUNTO

BERTÃO, Rafael Calheiros. Limiti alle convenzione processuale. 2018. 283 p. Master - Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo. São Paulo, 2018.

Il presente studio esamina i limiti delle convenzioni processuali, tema poco approfondito dalla dottrina nazionale e straniera, ma fondamentale nel consolidamento dello strumento introdotto dall'art. 190 del Codice di Procedura Civile brasiliano. Per raggiungere il suo scopo, lo studio si divide in quattro capitoli: (1) Capitolo I – Tipologia delle convenzioni processuali, in cui si stabiliranno il quadro teorico, alcune premesse attinenti all'investigazione e, infine, si concettualizzerà l'oggetto della ricerca; (2) Capitolo II – Evoluzione dottrinale alle convenzioni processuali, ove si studierà con profondità la tensione pubblicismo vs privatismo processuale, compresa nel diritto comparato, con l'obiettivo di stabilire i fondamenti dottrinali per rafforzare gli accordi processuali; (3) Capitolo III – Limiti costituzionali alle convenzioni processuali, ove si studierà la costituzionalizzazione del diritto processuale, con il conseguente neoprocessualismo e modello cooperativo processuale, al fine di analizzarne la convenzionalità alla luce delle norme fondamentali della procedura; (4) Capitolo IV – Limiti normativi alle convenzioni processuali, in cui, dopo aver stabilito alcune premesse sull'investigazione e analisi del nuovo diploma processuale, si sistematizzeranno i limiti degli accordi processuali, in modo da presentare elementi chiari per la definizione precisa di una convenzione processuale esistente, valida ed efficace.

Parole chiave: convenzione processuale; esistenza, validità e efficacia; Costituzione e procedura; neoprocessualismo; modello cooperativo di procedura; Codice di Procedura Civile brasiliano.





## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 29 |
| <b>CAPÍTULO I – TIPOLOGIA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS</b> .....                    | 37 |
| <b>1. APRESENTAÇÃO</b> .....  | 37 |
| <b>2. O FENÔMENO JURÍDICO PROCESSUAL</b> .....                                    | 37 |
| 2.1. A TEORIA GERAL DO DIREITO.....   | 37 |
| 2.2. CRITÉRIO DEFINIDOR DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL.....                          | 38 |
| <b>3. A TEORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL</b> .....                              | 40 |
| 3.1. MARCO TEÓRICO E CLASSIFICATÓRIO ADOTADO: OS ELEMENTOS DO SUPORTE FÁTICO..... | 41 |
| 3.2. A TEORIA PONTIANA APLICADA AO DIREITO PROCESSUAL.....                        | 43 |
| 3.2.1. Os fatos jurídicos processuais lícitos e ilícitos.....                     | 43 |
| 3.2.2. Fatos jurídicos stricto sensu processuais.....                             | 43 |
| 3.2.3. Atos-fatos jurídicos processuais.....                                      | 45 |
| 3.2.4. Atos jurídicos processuais <i>lato sensu</i> .....                         | 47 |
| 3.2.4.1. <i>Atos jurídicos processuais “stricto sensu”</i> .....                  | 48 |
| 3.2.4.2. <i>Negócios jurídicos processuais</i> .....                              | 49 |
| 3.2.5. Ilícitos processuais.....  | 50 |
| 3.3. OS PLANOS DE ANÁLISE DOS FATOS JURÍDICOS.....                                | 52 |
| 3.3.1. Plano da existência.....   | 53 |
| 3.3.2. Plano da validade.....   | 54 |
| 3.3.3. Plano da eficácia.....   | 55 |
| <b>4. AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS</b> .....   | 59 |
| 4.1. GENERALIDADES .....  | 59 |
| 4.2. DEFINIÇÃO.....   | 59 |
| 4.2.1. Dos negócios jurídicos processuais às convenções processuais.....          | 59 |
| 4.2.2. Precisão terminológica - ato negocial e sua relação com o instrumento..... | 60 |
| 4.3. CONCEITO .....   | 64 |



|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 4.3.1.   | Proposta conceitual adotada.....  | 64  |
| 4.3.2.   | Análise conceitual – consequências da adoção do conceito proposto.....                                  | 65  |
| 4.3.2.1. | <i>A “referibilidade” a uma relação jurídica processual.....</i>  | 65  |
| 4.3.2.2. | <i>As convenções processuais como atos determinantes.....</i>   | 67  |
| 4.3.2.3. | <i>Convenções processuais e atos conjuntos.....</i>   | 69  |
| 4.3.2.4. | <i>Autonomia entre a convenção processual e o instrumento.....</i>                                      | 71  |
| 4.4.     | <b>CLASSIFICAÇÕES .....</b>   | 72  |
| 4.4.1.   | CrITÉrio objetivo – convenções sobre situações jurídicas e sobre o procedimento..                       | 73  |
| 4.4.2.   | CrITÉrio subjetivo – bilateral e plurilateral.....  | 75  |
| 4.4.3.   | CrITÉrio temporal – convenções prévias e incidentais.....   | 76  |
| 4.4.4.   | CrITÉrio isonômico – convenções onerosas (comutativas e aleatórias) e gratuitas.....                    | 78  |
| 4.4.5.   | CrITÉrio normativo – convenções processuais típicas e atípicas.....                                     | 79  |
| 4.5.     | <b>NATUREZA JURÍDICA E REGIME JURÍDICO APLICÁVEL.....</b>   | 80  |
|          | <b>CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS.....</b>                                | 83  |
| 5.       | <b>APRESENTAÇÃO.....</b>  | 83  |
| 6.       | <b>O MOVIMENTO PENDULAR – PUBLICISMO E PRIVATISMO.....</b>  | 84  |
| 6.1.     | <b>O PROCESSUALISMO CIENTÍFICO E A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO PROCESSUAL – O HIPERPUBLICISMO.....</b> | 84  |
| 6.2.     | <b>DO HIPERPUBLICISMO AO PRIVATISMO.....</b>  | 90  |
| 6.2.1.   | Aspectos históricos e sociais – a saturação do sistema publicista.....                                  | 90  |
| 6.2.2.   | Evolução jurídico-doutrinária em direito comparado.....   | 94  |
| 6.2.2.1. | <i>Alemanha .....</i>   | 94  |
| 6.2.2.2. | <i>França.....</i>  | 97  |
| 6.2.2.3. | <i>Itália.....</i>  | 99  |
| 6.2.2.4. | <i>Portugal e Espanha.....</i>  | 101 |
| 6.2.2.5. | <i>Estados Unidos e Inglaterra.....</i>   | 104 |
| 6.2.3.   | Evolução jurídico-doutrinário em direito brasileiro.....  | 107 |



|   |     |
|---|-----|
| <b>7. O RISCO DO <i>HIPERPRIVATISMO</i> E A NECESSIDADE DE LIMITAÇÕES...</b>  | 111 |
| <b>CAPÍTULO III – LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS CONVENÇÕES<br/>PROCESSUAIS.....</b>  | 117 |
| <b>8. APRESENTAÇÃO .....</b>  | 117 |
| <b>9. CONSTITUIÇÃO E PROCESSO .....</b>   | 118 |
| 9.1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO<br>PROCESSO.....   | 118 |
| 9.2. O NEOPROCESSUALISMO OU FORMALISMO-VALORATIVO.....  | 122 |
| 9.2.1. As fases da ciência processual: sincretismo, processualismo, instrumentalismo e<br>neoprocessualismo.....                          | 123 |
| 9.2.2. O modelo cooperativo de processo.....  | 125 |
| 9.2.2.1. <i>A superação dos modelos inquisitorial e adversarial de processo.....</i>  | 125 |
| 9.2.2.2. <i>As dimensões do dever de cooperação.....</i>  | 128 |
| 9.2.3. O modelo cooperativo de processo e a convencionalidade processual.....   | 132 |
| <b>10. AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL.....</b>  | 134 |
| 10.1. DISTINÇÕES CONCEITUAIS E TERMINOLÓGICAS – NORMAS, TEXTOS,<br>PRINCÍPIOS, REGRAS, GARANTIAS E DIREITOS.....                          | 134 |
| 10.2. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS À CONVENCIONALIDADE.....   | 139 |
| 10.2.1. Princípios dispositivo.....   | 140 |
| 10.2.2. Princípio do autorregramento da vontade.....  | 141 |
| 10.2.3. Princípio do <i>in dubio pro libertate</i> .....  | 145 |
| 10.2.4. Princípio da adequação.....   | 147 |
| 10.3. (IR)RENUNCIALIDADE DAS NORMAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS.....   | 148 |
| 10.3.1. Distinções conceituais e terminológicas – perda, suspensão, limitação ou restrição,<br>não-exercício, desistência e renúncia..... | 148 |
| 10.3.2. Disponibilidade dos direitos fundamentais processuais.....  | 152 |
| 10.3.2.1. <i>Titularidade das garantias processuais.....</i>  | 153 |
| 10.3.2.2. <i>Inviolabilidade do núcleo da norma fundamental processual.....</i>   | 154 |
| 10.3.2.3. <i>Conflitos normativos – a máxima de ponderação.....</i>   | 157 |
| 10.4. AS ESPÉCIES NORMATIVAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E AS<br>CONVENÇÕES PROCESSUAIS.....   | 159 |



|  |            |
|--|------------|
| 10.4.1. Devido processo legal.....   | 159        |
| 10.4.2. Coisa Julgada.....   | 164        |
| 10.4.3. Contraditório pleno e ampla defesa.....                                      | 167        |
| 10.4.4. Inafastabilidade do controle jurisdicional: o direito de ação.....           | 169        |
| 10.4.5. Juiz Natural.....  | 171        |
| 10.4.6. Fundamentação das decisões judiciais.....                                    | 173        |
| 10.4.7. Publicidade.....   | 175        |
| 10.4.8. Duração razoável do processo.....  | 176        |
| 10.4.9. Vedação à prova ilícita.....   | 178        |
| 10.4.10. Isonomia – a paridade de armas no processo.....                             | 182        |
| 10.4.11. Eficiência e economia processual.....                                       | 185        |
| 10.4.12. Cooperação e boa-fé objetiva processuais.....                               | 186        |
| <b>11. À GUIA DE CONCLUSÕES PARCIAIS.....</b>  | <b>186</b> |
| <b>CAPÍTULO IV – LIMITES NORMATIVOS ÀS CONVENÇÕES</b>                                |            |
| <b>PROCESSUAIS.....</b>  | <b>189</b> |
| <b>12. APRESENTAÇÃO.....</b>   | <b>189</b> |
| <b>13. PREMISSAS TEÓRICAS À CONVENCIONALIDADE.....</b>                               | <b>190</b> |
| 13.1. AUTONOMIA DAS PARTES E SUPERACÃO DOS DOGMAS PROCESSUAIS..                      | 190        |
| 13.2. RELAÇÃO AUTÔNOMA ENTRE A CONVENÇÃO E O INSTRUMENTO.....                        | 193        |
| 13.3. O DUPLO PAPEL DO ÓRGÃO JURISDICIONAL NA NEGOCIAÇÃO                             |            |
| PROCESSUAL.....  | 195        |
| 13.3.1. O juiz como parte negocial.....  | 195        |
| 13.3.1.1. <i>A capacidade negocial do Estado-juiz.....</i>                           | <i>197</i> |
| 13.3.1.2. <i>O duplo-papel do órgão jurisdicional no processo.....</i>               | <i>201</i> |
| 13.3.1.3. <i>A fonte legitimadora da participação do magistrado na negociação</i>    |            |
| <i>processual atípica.....</i>   | <i>203</i> |
| 13.3.2. O juiz como aplicador, incentivador e controlador do negócio processual..... | 205        |
| 13.3.3. À guisa de conclusão parcial.....  | 206        |
| 13.4. REGIME JURÍDICO APLICADO ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS.....                        | 206        |
| <b>14. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>                                      | <b>209</b> |
| 14.1. A CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL.....                                 | 209        |





|             |   |            |
|-------------|---|------------|
| 14.1.1.     | As cláusulas gerais processuais.....  | 209        |
| 14.1.2.     | O art. 190 do CPC/15 – fontes legitimadora e limitativa da convencionalidade processual – a vinculação do juiz à convenção..... | 213        |
| 14.1.3.     | O microssistema de negociação processual.....   | 216        |
| 14.1.4.     | Vantagens e desvantagens de um sistema processual convencional.....   | 219        |
| <b>15.</b>  | <b>LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS.....</b>   | <b>225</b> |
| 15.1.       | PLANO DA EXISTÊNCIA – PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA.....   | 225        |
| 15.1.1.     | Fonte normativa juridificante das convenções processuais.....   | 225        |
| 15.1.2.     | Sujeitos das convenções processuais e partes do processo.....   | 226        |
| 15.1.3.     | Elementos do suporte fático – manifestação plurilateral de vontade.....   | 227        |
| 15.2.       | PLANO DA VALIDADE – REQUISITOS DE VALIDADE.....   | 229        |
| 15.2.1.     | Critérios objetivos.....  | 229        |
| 15.2.1.1.   | <i>Direitos componíveis - a convencionalidade objetiva.....</i>   | <i>229</i> |
| 15.2.1.2.   | <i>Licitude do objeto dos acordos processuais.....</i>  | <i>232</i> |
| 15.2.1.2.1. | <i>Calculabilidade – precisão e determinação.....</i>   | <i>233</i> |
| 15.2.1.2.2. | <i>As normas fundamentais do processo.....</i>  | <i>234</i> |
| 15.2.1.2.3. | <i>Reserva Legal.....</i>   | <i>235</i> |
| 15.2.2.     | Critérios subjetivos – a convencionalidade subjetiva.....   | 235        |
| 15.2.2.1.   | <i>Legitimidade “ad actum” e a esfera jurídica de terceiros.....</i>  | <i>235</i> |
| 15.2.2.2.   | <i>Capacidade plena das partes e desnecessidade de advogado.....</i>  | <i>237</i> |
| 15.2.2.3.   | <i>A vulnerabilidade.....</i>   | <i>242</i> |
| 15.2.2.4.   | <i>Vícios de vontade e sociais.....</i>   | <i>243</i> |
| 15.2.3.     | Critério formais.....   | 246        |
| 15.2.3.1.   | <i>Tempo e lugar dos pactos processuais.....</i>  | <i>246</i> |
| 15.2.3.2.   | <i>Forma prescrita ou não defesa em lei.....</i>  | <i>246</i> |
| 15.3.       | PLANO DA EFICÁCIA – CONDIÇÕES DE EFICÁCIA.....  | 248        |
| 15.3.1.     | Judicialização e comprovação como <i>conditio sine qua non</i> .....  | 248        |
| 15.3.2.     | Normas fundamentais e convenção processual.....   | 249        |
| 15.3.3.     | Homologação judicial.....   | 250        |
| 15.3.4.     | Termos e condições negociadas.....  | 251        |
| 15.3.5.     | Alcance subjetivo das convenções processuais.....   | 252        |



|  |            |
|--|------------|
| 15.3.6. Descumprimento: inadimplemento, revogação, distrato e recusa judicial injustificada..... | 254        |
| 15.3.7. Convenções processuais celebradas sob a égide do CPC/73.....                             | 256        |
| <b>CONCLUSÕES.....</b>   | <b>259</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>   | <b>261</b> |



## INTRODUÇÃO

Imagine um negócio jurídico processual,<sup>1</sup> celebrado por duas pessoas plenamente capazes e devidamente acompanhadas por excelentes advogados, no qual se nomeie um juiz estatal específico para solucionar litígios decorrentes de determinado contrato substancial. Suponha, em outro cenário, acordo que estabeleça a desnecessidade de comunicação às partes dos atos do processo ou a vedação à apresentação de defesa, para ambas, em eventual ação futura. Ou, ainda, uma convenção que estabeleça que eventual processo judicial seja processado através de vinte e cinco audiências, em dias consecutivos, cada qual com um objetivo específico.

Tais acordos seriam admitidos em nosso sistema?

O novo Código de Processo Civil brasileiro, positivado em 2015 e vigente desde março de 2016, trouxe inúmeras modificações ao sistema processual pátrio.<sup>2</sup> Nesse contexto, dentre as principais inovações apresentadas pelo diploma, destaca-se a cláusula geral de negociação processual, verdadeiro permissivo legal expresso à celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.<sup>3</sup>

É importante esclarecer, contudo, que a verdadeira novidade encampada no novo CPC limita-se à previsão expressa da cláusula geral de negociação processual, de modo a evidenciar a possibilidade dos acordos atípicos.<sup>4</sup> É que, desde o CPC/73 já havia a possibilidade de

---

<sup>1</sup> Em todo o trabalho, utiliza-se as terminologias “negócios”, “convenções”, “acordos”, “pactos” e “avenças”, bem como utilizadas, ou não, com adjetivações como “jurídicos” e “processuais”, ou, ainda, de maneira a adjetivar o vocábulo “ato”, sempre adotadas como sinônimas. É certo que as adjetivações “jurídico” e “processual” nem sempre aparecem, ou podem aparecer isoladas, posto implícitas ao instituto. É importante ressaltar, no entanto, que não se ignora as suas distinções conceituais. Sempre que a utilização das terminologias tiver por objetivo a sua precisa definição, ou com o objetivo claro de distinguir as figuras, será feita a ressalva. A questão será melhor detalhada no item 4.2.2.

<sup>2</sup> Destaquem-se, para fins exemplificativos: a positivação de um capítulo específico sobre as normas fundamentais do processo civil (art. 1º ao 12), a adoção do modelo cooperativo de processo (art. 6º), a nova forma de contagem dos prazos processuais (art. 212), a adoção de um sistema de precedentes (art. 927 e ss.), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976 e ss.), a extinção dos embargos infringentes (art. 994), dentre tantas outras.

<sup>3</sup> A distinção conceitual pelo critério normativo será melhor abordada em item específico do trabalho (ver item 4.4.5), mas, por ora, entende-se por negócios jurídicos processuais atípicos aqueles que não estão expressamente previstos no ordenamento jurídico.

<sup>4</sup> Em sentido contrário, defendendo a inserção, pelo CPC/15, do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no sistema processual brasileiro: DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-25. Há, ainda, quem vá além, ao defender que “o CPC/2015, de modo inovador e sem equivalente exato em direito comparado, rompe a dogmática até então reinol, e, mediante uma cláusula geral de negócio jurídico processual, passa a admitir que a vontade das partes (...) tenha

negócios processuais típicos,<sup>5</sup> bem como a autorização implícita aos negócios jurídicos processuais atípicos,<sup>6</sup> de modo que a admissibilidade das convenções processuais não é criação do legislador de 2015.<sup>7</sup>

Outrossim, o art. 190 do CPC/15 dispõe que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Não pode mais restar dúvidas:<sup>8</sup> às partes são permitidas a modificação do procedimento e a convenção sobre suas situações processuais.

---

impacto no procedimento e na relação jurídica processual estabelecida em lei”, de modo a significar, para tal doutrina, uma nova fase da processualística, o neoliberalismo processual (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 190. *IN* \_\_\_\_\_; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral.** São Paulo: Forense, 2015, p. 613-632, p. 614). No mesmo sentido: REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. **Revista Dialética de Direito Processual.** n. 149. São Paulo: Dialética, ago. 2015, p. 09-16, p. 15. Não se concorda. É que o CPC/73, com os nortes da CF/88, já possuía dispositivos que sinalizavam ao respeito ao autorregramento da vontade, v.g., arts. 158 e 448 do CPC/73, bem como inúmeros negócios processuais típicos. Assim já entendia, bem antes do novo diploma processual: TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. **Enciclopédia Saraiva de Direito.** v. 54. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 190-192.

<sup>5</sup> A título de exemplo, sem a menor pretensão de esgotar as hipóteses típicas do diploma de 73: acordo de eleição de foro (art. 111 do CPC/73), suspensão condicional do processo (art. 265, II, do CPC/73) e convenção acerca da distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único, do CPC/73). Leonardo Carneiro da Cunha, em trabalho específico, apresenta rol exemplificativo mais extenso (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 42-43).

<sup>6</sup> Entende-se que o art. 158 do CPC/73, reproduzido literalmente no art. 200 do CPC/15, ao versar que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção dos direitos processuais”, já era fundamento suficiente para a admissibilidade das convenções processuais atípicas (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 44).

<sup>7</sup> Concorde-se com a percepção de YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais.** Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 63. No mesmo sentido, ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo.** ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 394-396, ao também desmistificar o peso da novidade do novo dispositivo, vai além, ao afirmar que “o que muda do CPC/73 para o CPC 2015 é apenas a área de abrangência das normas cogentes (proibitivas e impositivas) – que se afiguram como um limite geral de validade dos negócios jurídicos”. Não se concorda com tal exagerada redução: o texto explícito do art. 190, em comparação à imposição retórica de alcance a uma norma implícita no CPC/73, é louvável avanço, que merece destaque e impõe novas reflexões.

<sup>8</sup> Destaca-se, por oportuno, posições doutrinárias nacionais que negam a existência dos negócios jurídicos processuais e que não mais se sustentam ante à nova legislação: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 481 e ss., intitula o “ponto 637”, primeiro do “Capítulo XLVII – atos processuais civis”, como “conceito – não há negócios jurídicos processuais”. Para o Professor, por ser a relação jurídica processual regulada pelo direito público, os efeitos dos atos processuais

Mas, a despeito da admissibilidade da negociação processual em nosso sistema, quais os seus limites? Seria possível acordo processual que violasse direito fundamental processual?<sup>9</sup> É admissível acordo que ofenda matéria de reserva legal? Quais os limites oriundos da própria natureza jurídica do ato negocial processual?

Esse é o objeto cuja pesquisa se propõe, em resumo: quais os limites às convenções processuais?

O parágrafo único do próprio art. 190 prevê que “de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. É, por evidência, um texto normativo que apresenta, de forma expressa e direta, alguns limites às convenções atípicas.<sup>10</sup>

É preciso, contudo, além de uma análise exaustiva do dispositivo supramencionado, investigar o ordenamento jurídico brasileiro, em busca de outros limites, em função da natureza do ato negocial e em face do ordenamento jurídico, ou seja, pelas disposições legais e pelas regras constitucionais. De fato, diante da previsão de que a aplicação da convenção só deve ser recusada em casos de nulidade, é preciso uma interpretação sistemática da normativa, ou, caso contrário, irá se ignorar a ineficácia do ato e, pior, os casos de ausência de seus pressupostos nucleares.<sup>11</sup>

---

decorrem de lei, de sorte que as partes não poderiam convencionar sobre o processo. Em artigo publicado posteriormente à promulgação do novo CPC (DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 247. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2015, p. 63-103, p. 74), no qual faz uma interessante abordagem acerca das inovações introduzidas pelo novo diploma processual, Dinamarco aponta como uma novidade a possibilidade de flexibilização do procedimento, citando os arts. 190 e 191, sem, contudo, fazer referência direta aos negócios jurídicos processuais ou à sua posição anterior. O Professor, no entanto, em nova edição de seu curso, recém-publicada, aborda, de maneira específica, os negócios processuais, rendendo-se à nova sistemática processual (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 550 e ss). MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 2 (arts. 154 a 269). São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 15-16, também nega a existência de negócios jurídicos processuais, por motivos semelhantes. Assim, também, CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 274. O Professor, no entanto, em obra posterior à promulgação do novo CPC, passa a tratar dos negócios jurídicos processuais como uma espécie dos atos das partes, sem, contudo, fazer referência a sua posição anterior (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 124 e ss.). No item 6.2.3, haverá uma abordagem acerca da evolução processual, no Brasil, às convenções processuais.

<sup>9</sup> Citem-se, a título de exemplo, o juiz natural (art. 5º, XXXVII da CF/88) e imparcial (art. 95 da CF/88), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), a publicidade dos processos (art. 5º, LX, art. 93, IX, CF/88), a proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI), dentre tantos outros.

<sup>10</sup> A matéria será aprofundada no item 14.1.2.

<sup>11</sup> Ver item 14.1.2.

Ademais, é de se ressaltar que, para além dos requisitos do ato negocial, há previsões normativas, tanto legais, quanto constitucionais, que parecem incompatíveis com a flexibilização negociada do procedimento, ou com a modificação das situações jurídicas processuais. Destaque-se, por sua importância na construção da hipótese de pesquisa, a coisa julgada. É possível que as partes pactuem o reexame de questão já resolvida e protegida por coisa julgada material?<sup>12</sup>

É essa a investigação que se apresenta.

## RELEVÂNCIA DO TEMA

O estudo dos limites aos negócios jurídicos processuais é tema atual e de enorme relevância. Com a consolidação do autorregramento da vontade, e a autorização expressa da nova legislação às convenções processuais atípicas, encontra-se a processualística nacional em momento de sensível incerteza dogmática.<sup>13</sup>

É fundamental, assim, que se delimitem as balizas aos acordos processuais, de modo a evitar a aplicação eufórica e exagerada do novo instituto. É grande o desafio, talvez, na atualidade, o maior atinente ao estudo dos negócios processuais,<sup>14</sup> carente de estudos de fôlego<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Fredie Didier Jr. defende que sim. Acredita o autor que pode a parte vencedora renunciar ao direito reconhecido e protegido pela coisa julgada material (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 386). A posição causa estranheza e desconforto: não parece possível, em análise sumária, admitir tal convenção em nosso sistema. No entanto, é justamente as posições extremas, que causam uma certa incerteza quanto à real aplicação do instituto negocial, que estimulam a presente pesquisa, de modo que essas merecem enfrentamento (ver item 10.4.2). Discorda do posicionamento do Professor, de modo a afirmar ser fruto de uma euforia desarrazoada com as convenções processuais atípicas: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 398.

<sup>13</sup> Por isso a ressalva de Dinamarco, ao examinar o novo art. 190 do diploma processual: “surge com isso, na prática, a questão da determinação das escolhas convencionais permitidas às partes pelo art. 190 do Código de Processo Civil” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 554). É dificuldade sobre a qual a doutrina deve se debruçar.

<sup>14</sup> DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131-178, p. 170 e ss.

<sup>15</sup> É de se destacar a importante obra de CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016. Trata-se de versão comercial de sua tese de livre-docência: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. Tese (livre-docência em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015, na qual foi introduzido o “Capítulo 5 – limites para a celebração dos acordos processuais”, p. 249 e ss. Por mais que não seja precipuamente o objeto da pesquisa do Professor, foi dedicado capítulo específico ao estudo dos limites aos negócios jurídicos processuais.



específicos acerca de seus limites.<sup>16</sup> De fato, ao se analisar a doutrina processual brasileira, há apenas alguns artigos científicos, ou construções incidentais a pesquisas cujos objetos são distintos, que se debruçaram sobre o tema.<sup>17</sup>

Além disso, diante da crise do judiciário, vivida em todos os sistemas jurídicos de origem europeia, continental ou insular, cada vez mais o autorregramento da vontade, as soluções alternativas e os contratos privados de tutela jurídica ganham importância.<sup>18</sup> É tema, por essa razão, que vem sendo investigado em países estrangeiros, em especial na Alemanha, na França, nos Estados Unidos e na Itália.<sup>19</sup>

O tema dialoga, por fim, com a teoria geral do direito processual, haja vista a pertinência dos negócios jurídicos processuais enquanto fonte normativa.<sup>20</sup> É, pois, instituto que

---

<sup>16</sup> Note-se, contudo, que há importantes obras de fôlego sobre os negócios jurídicos processuais, trabalhos que, sem dúvida, são de enorme relevância ao estudo da matéria. O que se quis dizer foi que, em relação ao corte metodológico pretendido na pesquisa que se propõe, ou seja, em relação aos limites balizadores da negociação processual, ainda não se teve notícia de trabalho de fôlego específico. Destacam-se, além da obra de Cabral, já citada: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 221 e ss. (versão comercial da tese: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. 2016. Tese (doutorado em direito). Universidade Federal da Bahia, 2016); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016 (versão comercial da tese: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. 2011. Tese (doutorado em direito). Universidade Federal da Bahia, 2011); GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (versão comercial da tese: GODINHO, Robson Renault. **Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro**. 2013. Tese (doutorado em direito processual). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013); ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTR, 2015 (versão comercial da tese: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. Tese de doutorado (doutorado em direito processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014).

<sup>17</sup> Há poucos artigos que merecem destaque, por sua abordagem direta ao tema: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423; GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *IN* MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 290-304.

<sup>18</sup> CADIET, Lóic. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. **Civil Procedure Review**. v. 3. n. 3. Ago.-Dez., 2012, p. 3-35, p. 4-6.

<sup>19</sup> A ensejar o estudo de direito comparado que será feito no Capítulo II. Para amplas referências sobre os quatro países citados, além de digressões sobre a superação publicista em Portugal e Espanha, apesar de ainda não serem países em que há estudos específicos sobre as convenções processuais, ver item 6.2.2.

<sup>20</sup> “O negócio jurídico se apresenta como uma espécie de fato jurídico, legitimando-se, assim, o seu tratamento como um conceito jurídico fundamental (lógico-jurídico). Há, desse modo, elementos mínimos que permitem identificar o negócio jurídico como um conceito da Teoria Geral do Direito” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 121-122). A questão será melhor examinada no item 2.1.

impacta toda a compreensão do processo, no tocante à sua natureza e função,<sup>21</sup> o que evidencia ainda mais sua importância.

## HIPÓTESE DE PESQUISA, OBJETIVOS E DELIMITAÇÃO TEMÁTICA

A partir das observações levantadas, bem como da problematização apresentada, a hipótese de pesquisa a ser trabalhada é a de que, diante do ordenamento jurídico pátrio e da teoria geral do direito, as convenções processuais devem ser analisadas sob os planos da existência, validade e eficácia. Além disso, devem ser confrontadas com o ordenamento jurídico, em especial com as garantias constitucionais do processo e, ainda, às normas que dialogam com a natureza do fenômeno fático negocial.

O objetivo do presente trabalho, portanto, será averiguar os pressupostos gerais de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais.<sup>22</sup> Tal análise será pautada em todo o ordenamento jurídico, ou seja, levará em conta tanto as previsões legais, quanto as constitucionais, para, a partir daí, tentar construir uma “teoria geral” que identifique os negócios jurídicos processuais existentes, válidos e eficazes.

Não será escopo do trabalho analisar limites específicos aos negócios jurídicos processuais, típicos<sup>23</sup> ou atípicos. A investigação será pautada em critérios gerais, a ser aplicados a todo e qualquer negócio jurídico processual, sem a pretensão de analisar espécies convencionais, sendo estas utilizadas apenas como exemplos, para sedimentação dos conceitos desenvolvidos.

O trabalho não se propõe, ademais, a apresentar uma classificação, isto é, uma sistematização dos atos processuais, ou dos atos do processo. Não será enfrentada, assim, de maneira profunda, a polêmica que envolve a natureza de cada ato processual, com seu enquadramento como ato *stricto sensu* ou como negócio jurídico processual unilateral.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 37.

<sup>22</sup> Nos dizeres de Junqueira, “o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de *elementos*, para existir; no plano da validade, de *requisitos*, para ser válido; e, no plano da eficácia, de *fatores de eficácia*, para ser eficaz” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30).

<sup>23</sup> O tema já foi objeto de trabalho específico: BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo código de processo civil. IN DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376.

<sup>24</sup> Tema desenvolvido na Tese do Professor Pedro Nogueira, em obra fundamental ao presente trabalho: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, *passim*.

Não será escopo, ainda, a análise histórica da evolução dos negócios jurídicos processuais na experiência jurídica. É possível, no entanto, que se façam breves referências a previsões em ordenamentos históricos, apenas como forma de embasar premissas do trabalho.

Por fim, serão utilizados exemplos extraídos da experiência arbitral no Brasil. Isso porque, por se tratar de espécie de negócio jurídico processual que impacta diretamente o procedimento, bem como direitos fundamentais processuais, os estudos desenvolvidos pela doutrina arbitral, em especial sobre a cláusula compromissória, servem como parâmetro balizador para a flexibilização procedimental e para negociações acerca de situações jurídicas no processo judicial.<sup>25</sup> Não se pretende, contudo, aprofundar o estudo arbitral, de modo a não ser objeto da pesquisa.

## **METODOLOGIA. ESTRUTURA DO TRABALHO. FONTES ESTRANGEIRAS**

O trabalho está dividido em quatro capítulos. É possível se dividir o trabalho em dois grupos: o primeiro, formado pelos dois primeiros capítulos, mais introdutório, em que serão desenvolvidas as premissas ao trabalho; e o segundo, formado pelos dois últimos capítulos, em que será realizada a específica abordagem sobre os limites às convenções processuais.

Dessa forma, o primeiro capítulo busca estabelecer a tipologia dos negócios jurídicos processuais, de modo a evidenciá-los enquanto espécie dos fatos jurídicos processuais e a apresentar as classificações e os conceitos úteis à análise que se propõe. O segundo capítulo, por sua vez, aborda a evolução doutrinária da matéria, tanto no direito brasileiro como no direito comparado, bem como a contextualização histórico-dogmática à valorização da negociação processual.

Emprega-se, nos dois primeiros capítulos, como metodologia fundamental, o método crítico-descritivo, com o intuito de estabelecer o estágio doutrinário do estudo dos negócios jurídicos processuais. A ideia é, assim, desenvolver as premissas à análise dos limites negociais, de modo a identificar, claramente, os elementos de existência das convenções processuais.

---

<sup>25</sup> Assim também entende DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 554. Ver, também, interessante artigo de Rodrigo Mazzei e Bárbara Chagas, em que defendem as semelhanças entre a arbitragem e os negócios jurídicos processuais, para, assim, apontar a necessidade de se utilizar a experiência arbitral para a compreensão das convenções processuais (MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. **Revista de Processo**. ano. 39. n. 237. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2014, p. 223-235, p. 225).

No capítulo três, as convenções processuais são analisadas à luz das garantias processuais, ou seja, à luz das normas fundamentais do processo, extraíveis, explícita ou implicitamente, da CF/88. Dessa forma, estuda-se o fenômeno do neoprocessualismo, e o consequente modelo cooperativo de processo, os princípios norteadores do sistema processual negociável e, a partir das noções consolidadas, confronta-se a sistemática dos acordos processuais com as garantias processuais.

Já no quarto e último capítulo, o estudo volta-se para o ordenamento jurídico, como um todo, de maneira a abordar algumas características elementares às convenções, a nova normativa introduzida pelo CPC/15 e, por fim, a análise dos atos negociais a partir do critério metodológico dos três planos do mundo jurídico.<sup>26</sup>

Nos dois últimos capítulos, o método a ser utilizado é o crítico-prescritivo, de modo a enfrentar algumas noções cristalizadas na doutrina, frutos de questionáveis construções dogmáticas, a fim de se desenvolver o estudo proposto.

De se destacar, por fim, que, diante dos estudos realizados em direito estrangeiro, serão utilizadas fontes de doutrina estrangeira, em especial das doutrinas alemã, italiana, norte-americana, espanhola e portuguesa,<sup>27</sup> de modo a clarificar o estudo proposto. As obras estrangeiras, obtidas, principalmente, a partir de pesquisa feita, sem vínculo institucional, na *Universität Münster*, bem como pelos acervos *online*, são fundamentais para uma melhor compreensão do tema.

Assim está estruturado o trabalho, pensado para, da forma mais didática possível, contribuir com a academia e prática jurídica, para fornecer elementos norteadores para identificação da convenção processual existente, válida e eficaz.

---

<sup>26</sup> A partir dos estudos de Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 190 e ss.). Ver item 3.3.

<sup>27</sup> Apesar da importância francesa à matéria (ver item 6.2.2.2), não se utiliza, por uma limitação linguística, obras originárias do país. A experiência francesa é estudada a partir da leitura feita por obras que comentam a experiência francesa, nacionais e estrangeiras, que possibilitam uma visão apurada do desenvolvimento do assunto naquele país.

# CAPÍTULO I – TIPOLOGIA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

## 1. APRESENTAÇÃO

Neste primeiro capítulo, pretende-se estruturar a tipologia das convenções processuais, de modo a estabelecer, de maneira clara, as premissas que serão adotadas neste trabalho. É objeto deste, pois, a análise da teoria dos fatos jurídicos processuais, com a finalidade de se definir a posição das convenções processuais, bem como a sua conceituação, classificação, precisão terminológica e natureza jurídica.

Estabelecer tais premissas é ponto de partida fundamental à pesquisa que se propõe. De fato, as construções teóricas formuladas neste primeiro capítulo nortearão os estudos a serem realizados no decorrer de todo o trabalho.

## 2. O FENÔMENO JURÍDICO PROCESSUAL

### 2.1. A TEORIA GERAL DO DIREITO

É premissa fundamental ao presente trabalho, que as estruturas jurídicas construídas em sede de teoria geral do direito são não apenas transponíveis ao estudo do direito processual,<sup>28</sup> mas a este fundamentais.<sup>29</sup>

Natural, contudo, que as peculiaridades do estudo processual devam ser consideradas e evidenciadas, de modo a se diferenciar, precisamente, o tratamento aplicado em teoria geral daquele que deve ser estruturado para a análise processual.<sup>30</sup> Há, de fato, certas especificidades

---

<sup>28</sup> Em sentido contrário, pela impossibilidade da transposição dos conceitos de direito material ao processo: ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 6

<sup>29</sup> Didier Jr., de maneira mais precisa, define a Teoria Geral do Processo como um excerto da Teoria Geral do Direito, ou seja, como uma teoria parcial que apenas destaca um dos fatos sociais regulados pelo direito (DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 74-75).

<sup>30</sup> LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 70; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 141 e ss.; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32.

normativas do direito processual, enquanto ramo do direito público, que devem ser consideradas,<sup>31</sup> de sorte que as regras de direito privado, onde há maior autonomia individual, precisam ser adaptadas à relação processual.<sup>32</sup>

Dessa feita, o regramento do fato jurídico, em teoria geral, precisa ser o ponto de partida para o estudo que ora se propõe. O grande desafio é, à luz da sistemática processual, adaptar os conceitos de teoria geral,<sup>33</sup> bem como suas estruturas classificatórias e consequências, ao fenômeno jurídico processual.<sup>34</sup> É o que se pretende.

## 2.2. CRITÉRIO DEFINIDOR DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL

Não há mais, em nível doutrinário, grande celeuma acerca da característica jurídica do fato processual.<sup>35</sup> A questão que ainda gera divergências, em verdade, é quanto à adjetivação “processual”.

De fato, há grande divisão doutrinária acerca do critério distintivo entre o fato jurídico, a ser regulado pelo direito material, e o fato jurídico processual, com normatização pelas regras processuais. E, por natural, a distinção é fundamental para se definir qual o regime jurídico que regulará o fato produzido.

É possível se categorizar, ao se analisar as divergentes correntes doutrinárias adotadas no Brasil acerca de tal delimitação, a existência de quatro critérios definidores do fenômeno

<sup>31</sup> Esse será, a todo tempo, o objetivo do presente trabalho. É trazer os conceitos do direito privado sobre negócios jurídicos e importá-los ao estudo do direito processual. Para tanto, questões como autonomia da vontade, publicismo e privatismo processual, e seus impactos no moderno estudo processual serão analisadas (ver item 6).

<sup>32</sup> TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 29. São Paulo: Dialética, ago. 2005, p. 38-56, p. 41-42; THEODORO JUNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano 8. n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1983, p. 38-60, p. 38-39.

<sup>33</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 44-45.

<sup>34</sup> Sica, em interessante artigo sobre as nulidades processuais, defende, ao encarar o fato processual como espécie de fato jurídico, a aplicação total e irrestrita da sistemática de teoria geral aos institutos processuais: 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, Cássio Scarpinella (coord.). Impactos processuais do direito civil*. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 183-201, p. 190-191. Não se concorda. De fato, as peculiaridades do direito processual civil, no qual a liberdade dos sujeitos é bem mais restrita do que na relação material, impõe diferenças à estruturação dos institutos jurídicos

<sup>35</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19 e ss; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 31.

jurídico como processual: (1) a sede do ato; (2) o subjetivo; (3) o critério misto – sede e subjetivo; (4) os efeitos do ato.<sup>36-37</sup>

Nesse sentido, há parcela da doutrina que só considera como processual o ato jurídico praticado no processo, durante a litispendência e na relação processual, dando maior relevo à sede do ato.<sup>38</sup> De outro lado, muitos doutrinadores consideram como fundamental o aspecto subjetivo do ato, ou seja, ser praticado por sujeitos processuais.<sup>39</sup> Há, ainda, os que apontam ambos os critérios como essenciais, equiparando-os, ou seja, para ser ato processual, deve ser praticado no processo pelos sujeitos processuais.<sup>40</sup>

Por fim, há aqueles que, a despeito da sede do ato<sup>41</sup> ou de quem o produz,<sup>42</sup> consideram como processual o fato capaz de gerar efeitos processuais, ou seja, como aquele que é considerado como suporte fático, *fattispecie*, de uma norma jurídica processual.<sup>43</sup> Pouco

<sup>36</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 31-32.

<sup>37</sup> De forma mais profunda, apresentando longa digressão acerca das divergentes correntes doutrinárias: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 39-63.

<sup>38</sup> SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. 9. ed. Padova: CEDAM, 1981, p. 204. No Brasil, THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. v. 1. Rio de Janeiro: forense, 2016, p. 473-474.

<sup>39</sup> MORTARA, Lodovico. **Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile**. 4. ed. v. 2. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1923, p. 720; 753-754. No Brasil, CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 123. Destacando a necessidade de ser praticado por sujeito processual, apesar de acrescentar como requisito o efeito processual: “atos processuais são aqueles praticados pelos sujeitos do processo e que têm a finalidade de constituir, modificar ou extinguir direitos referentes ao processo” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 115-116).

<sup>40</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 176; CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. v. 2. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1936, p. 357-359. No mesmo sentido: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 2 (arts. 154 a 269). São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 14.

<sup>41</sup> “Frise-se, o fato pode ser intraprocessual – ocorrendo no curso do procedimento- ou extraprocessual – ocorrendo fora do procedimento, tanto faz. O que importa é que recaia sobre ele hipótese normativa processual” (BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320, p. 309).

<sup>42</sup> “Afirmar que o ato praticado pelos terceiros não teria caráter processual implicaria afastar a aplicação do regime jurídico dos atos processuais sobre eles, o que também não nos parece aceitável” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52).

<sup>43</sup> Assim aponta Fredie Didier JR., propondo, ainda, interessante distinção entre os atos do processo e os atos processuais. Para o Professor, os atos do processo são aqueles que compõe a cadeia do procedimento, enquanto que os atos processuais são todos aqueles em que há incidência de uma norma processual (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 377).

importa, assim, se o fato ocorreu na litispendência,<sup>44</sup> ou se foi praticado por sujeito processual, mas sim sua aptidão para produzir efeitos jurídicos processuais.<sup>45</sup>

É importante se destacar que, por efeitos jurídicos processuais, não se adota apenas a concepção de *referibilidade* a um processo, potencial ou existente, mas, também, considera-se processual o fato jurídico que alterar, *in abstracto*, as regras processuais para determinada situação jurídica.<sup>46</sup> É esse o critério definidor do fato processual que se acolhe na presente investigação, sendo processual o fato que altera, de qualquer maneira, o regime jurídico processual aplicado, ou a incidir, à uma relação jurídica processual.

Essa é a posição que parece mais adequada à identificação precisa dos fatos jurídicos processuais, bem como ao estudo que se propõe. De fato, ao se adotar o critério dos efeitos processuais para tal definição, estar-se abrangendo todos os fatos que, independentemente de lugar, tempo e titularidade, possuem potencial de modificação de situações processuais, direitos e deveres, bem como o potencial procedimento.<sup>47</sup>

### 3. A TEORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Pedro Nogueira, apesar de admitir negócios processuais ocorridos fora da sede processual, exige contemporaneidade do ato negocial com um procedimento existente. Nesse sentido: “todo fato processual há de pressupor um procedimento a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior, isto é, fora da ‘sede’ processual. Essa contemporaneidade entre o fato e o procedimento não significa simultaneidade, por ser possível a não coincidência, cronologicamente falando, dos dois elementos” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 62).

<sup>45</sup> Nesse sentido, Cabral, apontando como essencial a *referibilidade* a um processo (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 47-48). Destaca-se, ainda, Carmona, ao tratar de compromisso arbitral (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 189). Além desses: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 33.

<sup>46</sup> Abordar-se-á, quando esmiuçar o conceito de convenções processuais, a superação ao pressuposto *referibilidade* a um processo. Ver item 4.3.2

<sup>47</sup> Tal corrente, ademais, foi recepcionada pelo Código de Processo Civil, que, no seu art. 190, dispõe que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Esse texto normativo, essencial para o presente trabalho, será melhor explanada em item próprio (ver item 14.1.2).

<sup>48</sup> Optou-se por, com o necessário aprofundamento à temática, já apresentar a Teoria do Fato Jurídico, cunhada originalmente para estudos de direito material, com a sua aplicabilidade ao direito processual. O corte metodológico, sem prejuízo às importantes digressões necessárias para a melhor compreensão do instituto, justifica-se pelo objeto do presente trabalho e pela premissa de aplicabilidade da teoria geral adotada. Dessa forma, considere-se sempre os comentários como destinados aos fenômenos processuais, ou seja, conforme critério definidor adotado, aos fatos que têm aptidão a gerar efeitos em um processo.



### 3.1. MARCO TEÓRICO E CLASSIFICATÓRIO ADOTADO: OS ELEMENTOS DO SUPORTE FÁTICO

Em ciência, e em especial no estudo jurídico, é fundamental classificar, i. e., agrupar os elementos comuns de forma a evidenciar suas distinções, a partir de suas características diferenciadoras. Tal operação deve ser precedida de um critério, cuja formulação significará uma maior ou menor utilidade à classificação.<sup>49</sup>

Existem inúmeras propostas classificatórias dos fatos jurídicos processuais, todas com enorme importância para o estudo processual.<sup>50</sup> Apesar de serem classificações interessantes, úteis, a depender de sua destinação, e muito utilizadas nos diferentes estudos

---

<sup>49</sup> Destaca-se a clássica advertência feita por Calamandrei, ao enaltecer a importância da operação de classificação, de que as classificações não são verdadeiras ou falsas, mas, a depender do critério estabelecido, serão úteis ou inúteis ao estudo a que se propôs: “Indubbiamente gran parte della dogmatica giuridica consiste in distinzioni e in classificazioni, ed è naturale che il giurista cerchi, se non altro per una ragione di chiarezza espositiva, di dare a queste classificazioni una certa prospettiva simmetrica; ma queste classificazioni, a mio avviso, non sono nè vere nè false: possono essere semplicemente più o meno utili, nella misura in cui servono più o meno bene a mettere ordine e chiarezza nella congerie delle leggi e ad agevolare la applicazione del diritto ai casi pratici” (CALAMANDREI, Piero. *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*. IN \_\_\_\_\_. **Studi sul processo civile**. v. 5. Padova: CEDAM, 1947, p. 67-90, p.86). Em tradução livre: “Indubitavelmente, grande parte da dogmática jurídica consiste em distinções e classificações, sendo natural que o jurista busque, mesmo que meramente por uma clareza expositiva, dar a essas classificações uma certa perspectiva coerente; mas essas classificações, a meu ver, não são nem verdadeiras nem falsas: podem ser simplesmente mais ou menos úteis, na medida em que servem mais ou menos bem a ordenar e clarear o amontado legislativo e facilitar a aplicação do direito ao caso prático”.

<sup>50</sup> Chiovenda propunha a divisão pelo critério subjetivo: (i) atos das partes; (ii) atos do juiz, e (iii) atos dos demais órgãos jurisdicionais, ou seja, oficiais de justiça e escrivães (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. v. 2. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1936, p. 360 e 381). Liebman também adota o critério subjetivo, mas amplia o conceito de sujeitos processuais, de modo a, nos atos processuais jurisdicionais, incluir, também, os peritos e depositários (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 175). São clássicas, ainda, as classificações de Goldschmidt (GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del proceso**. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 101 e ss.; 148 e ss.; 175 e ss.) e de Carnelutti (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Diritto Processuale Civile**. v. II. Padova: CEDAM, 1938, p. 90 e ss.). Goldschmidt propõe dividir os atos em (I) atos das partes: (I.I) atos de obtenção, ou postulatórios e (I.II) atos de causação, ou constitutivos, e (II) atos judiciais. Já Carnelutti propõe duas classificações: uma que denominou técnica (atos de governo processual, atos de aquisição processual, atos de elaboração processual e atos de composição) e outra jurídica (conforme o efeito, a finalidade e a estrutura). No Brasil, a tendência é a adoção de uma classificação que conjugue dois critérios, um subjetivo (atos das partes e atos do juiz) e, a partir dessa, um objetivo (atos das partes: (i) atos postulatórios; (ii) atos dispositivos; (iii) atos instrutórios, e (iv) atos reais. Atos do juiz: (a) provimentos e (b) atos reais). Nesse sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-379; BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 389 e ss.; SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio da Silva. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 210 e ss; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 287-292; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Altas, 2016, p. 123 e ss. Em sentido mais clássico, apresentando duas classificações, com os critérios subjetivo e objetivo separados: THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 57. ed. v. 1. Rio de Janeiro: forense, 2016, p. 478-479.

processuais,<sup>51</sup> é necessária, metodologicamente, a eleição de um critério, de uma das classificações dos atos processuais, para fundamentar o estudo proposto.<sup>52</sup>

Das variadas classificações propostas em doutrina, contudo, é aquela apresentada por Pontes de Miranda,<sup>53</sup> com notório aprofundamento por Marcos Bernardes de Mello,<sup>54</sup> que é eleita como a mais adequada para o estudo que ora se inicia.<sup>55</sup> Concorde-se, assim, com Antônio Junqueira de Azevedo, que, em trabalho clássico sobre o Negócio Jurídico,<sup>56</sup> adotou a teoria.

Entende-se, pois, assim como Paula Sarno Braga,<sup>57</sup> Pedro Nogueira e Fredie Didier,<sup>58</sup> Antonio do Passo Cabral<sup>59</sup>, Robson Godinho,<sup>60</sup> e Lorena Barreiros,<sup>61</sup> que o melhor critério classificatório, para fins de análise sobre os negócios jurídicos processuais, é o que investiga os elementos do suporte fático do fato jurídico, de modo a sistematizá-los. Em outras palavras, analisa-se as características essenciais e distintivas do fato jurídico ocorrido, i. e., a conformidade ou não do fato jurídico com o direito e a presença ou não de vontade humana,<sup>62</sup> bem como sua relevância, para a ocorrência do fato.<sup>63</sup>

---

<sup>51</sup> Não é escopo deste trabalho a apresentação exaustiva das classificações doutrinárias acerca do fato processual. Para uma abordagem mais profunda, ver NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 87 e ss.

<sup>52</sup> Isso porque, como bem adverte Paula Sarno Braga: “Adotar-se mais de uma, simultaneamente, seria grave equívoco metodológico que só poderia conduzir a conclusões incoerentes e descompassadas” (BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320, p. 294).

<sup>53</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 1-3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

<sup>54</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>55</sup> Em trabalho passado, sobre a ampliação dos negócios jurídicos processuais típicos pelo novo diploma processual brasileiro, já fizemos a mesma opção. Ver BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código de Processo Civil. *IN* DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: parte geral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376.

<sup>56</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>57</sup> BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320.

<sup>58</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 40.

<sup>59</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 43-44.

<sup>60</sup> GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 108. O Professor destaca, ainda, que as construções propostas por Pontes de Miranda são fundamentais à compreensão da figura das convenções processuais, apesar de não ter enfrentado a problemática do fato jurídico processual (GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 108-109).

<sup>61</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 115 e ss.

<sup>62</sup> BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320, p. 296.

<sup>63</sup> O critério da relevância é fundamental, razão pela qual Fredie Didier afirma que irá classificar os fatos jurídicos processuais “de acordo com o seu suporte fático: fatos humanos e não humanos, voluntários ou não voluntários,

### 3.2. A TEORIA PONTIANA APLICADA AO DIREITO PROCESSUAL

#### 3.2.1. Os fatos jurídicos processuais lícitos e ilícitos

Os fatos preexistem e independem do direito. Em verdade, é o fenômeno jurídico que depende de um fato natural situado, preexistente, que, com a incidência da norma, passa a ser um fato jurídico, ou melhor, começa a ter relevância ao direito.<sup>64</sup>

A categorização proposta por Pontes de Miranda, e aqui admitida e ampliada aos fatos processuais, apresenta como gênero o fato jurídico processual *lato sensu*. Deste se extraem, utilizando-se o primeiro critério da conformidade com o direito, os fatos processuais lícitos (fato processual *stricto sensu*, ato-fato processual e ato processual *lato sensu*) e os ilícitos processuais.<sup>65</sup>

Passa-se à análise das espécies, com as devidas considerações, para que se possa delimitar a figura das convenções processuais.

#### 3.2.2. Fatos jurídicos *stricto sensu* processuais<sup>66</sup>

Os fatos jurídicos em sentido estrito são aqueles que entram no mundo jurídico, pela conformidade com uma norma, sem que haja, em seu suporte fático, a existência ou não de uma

---

lícitos ou ilícitos” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 375).

<sup>64</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 76 e ss.; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 204; CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 23 e ss.

<sup>65</sup> “Uma classificação dos fatos jurídicos *lato sensu* que pretenda atender aos rigores da ciência não pode deixar de ter no elemento conformidade ou não-conformidade com o direito a base para a primeira grande divisão” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106).

<sup>66</sup> Deve-se esclarecer, de início, que há autores que negam qualquer sentido jurídico a um fato da natureza. Isso porque, para tais autores, sendo o direito, por definição, uma regra de conduta, a regular comportamentos humanos, não há sentido em se admitir regulação de fatos naturais (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 230).

ação humana.<sup>67</sup> Dessa forma, no núcleo duro de seu suporte fático, estão eventos da natureza,<sup>68</sup> ou biológicos,<sup>69</sup> desde que independam de qualquer ação humana.

É possível transpor o conceito ao estudo processual.<sup>70</sup> Há no Código de Processo Civil inúmeros exemplos de fato jurídico *stricto sensu* processual, dentre eles o parentesco, como causa de impedimento (art. 144, III, IV e VIII), ou de suspeição (art. 145, III) do Magistrado, e a força maior, com efeito de suspender o processo, como previsto no art. 313, VI, do diploma processual.

Há autores, contudo, que negam ao processo a categoria dos fatos processuais *stricto sensu*.<sup>71</sup> Defendem, assim, que apenas os atos podem ser processuais, uma vez que apenas atos humanos podem ser produzidos no processo.

Não se concorda. Conforme o critério adotado, para que um fato seja processual, basta a incidência de uma norma processual.<sup>72</sup> Dessa feita, fatos naturais, nos quais o caráter volitivo não compõe o seu suporte fático, ou seja, prescinde de análise no plano das validades,<sup>73</sup> caso possuam eficácia processual, apresentam-se como instituto processual.

<sup>67</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 187.

<sup>68</sup> Tem-se, por exemplo, a aluvião e a avulsão, que gerará efeitos jurídicos aos donos das glebas envolvidas, inclusive os de devolução e reparações mútuas (GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 137-138).

<sup>69</sup> Exemplo clássico é a morte das partes, que impõe a sucessão pelo seu espólio e/ou sucessores (art. 110 do CPC), e, assim como a morte do representante legal ou de seu advogado, suspende o processo (art. 313, I, do CPC). Inegável, pois, tratar-se de fato natural, cuja voluntariedade, mesmo que exista, não compõe o elemento nuclear para sua prática, que tem seus efeitos incidentes a um processo judicial (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 41).

<sup>70</sup> “De fatos processuais pode falar-se no mesmo sentido em que se fala de fatos jurídicos (...). Como tal se entende qualquer acontecimento suscetível de produzir efeitos jurídicos processuais. Uma inundação produz o efeito jurídico de suspender o prazo probatório; a privação de meios de transporte produz o efeito jurídico de fazer com que não corra o prazo contra os que devem comparecer para defender-se; o parentesco do juiz com a parte produz o efeito jurídico de impedi-lo de conhecer a causa” (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Rubens Gomes de Sousa (Trad.). São Paulo: Saraiva & Cia livraria acadêmica, 1946, p. 110).

<sup>71</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 2. São Paulo: Memoria Jurídica, 2005, p. 13.

<sup>72</sup> Nesse mesmo sentido: BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320, p. 310; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 46; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 41-44.

<sup>73</sup> “Inicialmente é preciso destacar o que antes já foi referido de passagem – os fatos jurídicos lícitos em que a vontade não aparece como dado do suporte fático (fatos jurídicos *stricto sensu* e ato-fato jurídico), como os fatos ilícitos *lato sensu* (inclusive o ato ilícito), não estão sujeitos a transitar pelo plano da validade, uma vez que não podem ser nulos ou anuláveis. A nulidade ou a anulabilidade – que são graus da invalidez – prendem-se à deficiência de elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato

### 3.2.3. Atos-fatos jurídicos processuais

A categoria dos atos-fatos processuais abrange aqueles que, apesar de produzidos por ação humana, desprezam a existência ou não de vontade para praticá-los.<sup>74</sup> Em outras palavras, apesar de ser ato praticado com vontade humana, que pode, inclusive, possuir em seu suporte fático a vontade, esta é irrelevante para a sua ocorrência.<sup>75</sup>

Apesar de se tratar de conceito largamente adotado na doutrina nacional,<sup>76</sup> há quem negue utilidade à existência da categoria.<sup>77-78</sup>

Não obstante, mesmo com a pertinente e respeitosa crítica doutrinária, parece haver, sim, utilidade na adoção da espécie, que auxilia na compreensão, principalmente, do fenômeno das omissões processuais.<sup>79</sup> Ao denotar irrelevância à vontade, pois, estar-se-á afastando a

---

jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 194).

<sup>74</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232-233.

<sup>75</sup> MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 2. São Paulo: Memoria Jurídica, 2005, p. 14.

<sup>76</sup> Por influência marcadamente ponteana (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 82-83), destacam-se: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232 e ss.; COSTA JR., Olímpio. **A relação jurídica obrigacional**: situação, relação e obrigação em direito. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 12. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 330-331; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 323.

<sup>77</sup> De fato, assim se posicionam, mesmo que por omissão, importantes civilistas: GOMES, Orlando. **Introdução ao estudo do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 226-227; RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: parte geral. 34. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156-159; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 290-293, DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 29. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414-415.

<sup>78</sup> Na seara processual, Cabral, em interessante crítica ao instituto, apresenta-o como confuso e desnecessário, embasado em confusão teórica entre intenção e vontade e desconectado à principiologia legislativa e constitucional. Dessa forma, aponta que adotar uma estrutura que reconheça a existência da vontade, mas a ignora, é “pregar contra a vontade nos atos processuais, ou imaginar aqui e ali, arbitrariamente, a vontade possa e deva ser ‘desconsiderada’ porque ‘irrelevante’, parece-nos um fragmento teórico não consentâneo com o Direito do séc. XXI e que contraria o sistema do CPC/2015” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016 p. 45-46).

<sup>79</sup> Entenda-se, aqui, a título exemplificativo, os fenômenos processuais da revelia e da ausência de interposição de recurso. Parece claro, de fato, que a contumácia das partes são atos voluntários, mas cujo conteúdo da vontade pouco ou nada importa ao direito, de modo a enquadrar-se perfeitamente na categoria ponteana dos atos-fatos processuais (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A contumácia das partes como ato-fato processual. *IN* DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 635-648, p. 642).

aplicabilidade do regime de nulidades ao ato, cuja análise ficará restrita aos planos da existência e eficácia.<sup>80</sup>

Em outras palavras, adotada a categoria, considera-se o ato humano como se fato jurídico fosse, ou seja, apesar de apresentar voluntariedade, a sua irrelevância equipara a espécie aos fatos jurídicos.<sup>81</sup> Assim como os fatos jurídicos, ademais, os efeitos do ato-fato impactam o mundo jurídico, sem perpassar o plano da validade, ou melhor, sem exigir o campo da nulidade.

Há que se destacar, por fim, importante classificação adotada pela teoria ponteana, com relevante importância ao direito processual. Nesse sentido, há uma subdivisão dos atos-fatos jurídicos em três categorias: reais, ou materiais, indenizativos e caducificantes.

Pela importância processual, importa tecer, mesmo que com pouca relevância ao objeto do estudo que se propõe, breves comentários.

Por atos-fatos reais, a doutrina entende aqueles dos quais resultam circunstâncias fáticas, tendo como característica fundamental a materialização de direitos.<sup>82</sup> Dessa forma, interessa, para sua especificação, apenas o resultado obtido, pouco importando a existência, ou não, de vontade para sua ocorrência.<sup>83</sup>

Já os atos-fatos indenizativos são os atos lícitos, que, independentemente da vontade em praticá-lo, geram deveres indenizatórios a terceiros eventualmente lesados. A “indenização sem culpa”, como define Pontes de Miranda,<sup>84</sup> significa que, a despeito das excludentes prevista no art. 188 do Código Civil, haverá pelo praticante do ato danoso, independentemente da análise dos elementos volitivos, o dever de indenizar o prejuízo causado a terceiro, decorrente da possibilidade de imputação a responsável.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84-85.

<sup>81</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 82-83.

<sup>82</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 372-373.

<sup>83</sup> De fato, é essa característica que o define como ato-fato. Os exemplos apresentados por Marcos Bernardes de Mello são bastante ilustrativos: “O louco que pinta um quadro, adquire a sua propriedade e não importa ao menos se ele sabia, ou não, o que estava realizando. O absolutamente incapaz que descobre o tesouro enterrado no fundo do quintal de imóvel de seu domínio, adquire-lhe a propriedade, independentemente de ter querido, ou não, descobri-lo” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 234).

<sup>84</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 385.

<sup>85</sup> “Nesses atos não há contrariedade a direito, nem, conseqüentemente, ilicitude — que está pré-excluída pelo art. 188, caput, do Código Civil —, mas há o dever de indenizar, fundamentado no critério de que os danos são indenizáveis, simplesmente, pela circunstância de serem imputáveis a alguém, independentemente de decorrerem

Por fim, e essa categoria sim com impactos processuais claros,<sup>86</sup> os atos-fatos caducificantes, ou “caducidades sem culpa”,<sup>87</sup> que são atos lícitos cuja consequência é a extinção de um determinado direito. Em outras palavras, ocorre, por um ato cujo aspecto voluntariedade importância nenhuma possui, a prescrição, a decadência e a preclusão.<sup>88</sup>

#### 3.2.4. Atos jurídicos processuais *lato sensu*

Os atos jurídicos processuais em sentido amplo são aqueles que possuem, como elemento nuclear do seu suporte fático, a vontade humana.<sup>89</sup> Dessa forma, tratam-se de fatos jurídicos lícitos, cujo suporte fático para sua concretização prevê, como base fundamental, a exteriorização consciente de vontade.<sup>90</sup>

Tais atos, no entanto, podem ser recepcionados pela norma jurídica processual em sentido predefinido, ou seja, sem qualquer possibilidade de disposição, pelas partes, de sua eficácia, ou, diferentemente, o direito pode outorgar às partes liberdade de escolher, dentro de uma margem de limites, a categoria eficaz do ato praticado.<sup>91</sup>

---

de atos ilícitos. Embora não contrário a direito, o ato é considerado, numa visão mais rente à realidade, em seus efeitos fáticos, representados pelos danos causados à esfera jurídica alheia. Na relação “ato, fato danoso” prevalece o elemento fático, com abstração de qualquer conteúdo volitivo que, porventura, haja determinado o ato (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 235-236). E continua o Professor, ilustrando o conceito com os casos: de desforço imediato, nos limites autorizados pela legislação para manutenção ou reintegração de posse; da indústria perigosa, quando permitida; de caça e pesca permitidas, e da produção de bens de consumo e de prestação de serviço ao consumidor.

<sup>86</sup> Refere-se, aqui, aos exemplos de atos-fatos processuais já trazidos na nota de rodapé n. 79.

<sup>87</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 392; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 239-241

<sup>88</sup> Para uma melhor compreensão dos institutos, cujo aprofundamento foge ao objeto do presente trabalho, recomenda-se: SIMÃO, José Fernando. **Tempo e direito civil**: prescrição e decadência. 2011. Tese (livre-docência em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 216 e ss.; AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para indenizar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**. v. 836. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2005, p. 733-764; SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006; CAIS, Fernando Fontoura da Silva. **Preclusão e a instrumentalidade do processo**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

<sup>89</sup> BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320, p. 294.

<sup>90</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 245.

<sup>91</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 256.

Aqui reside, certamente, a principal celeuma doutrinária acerca da classificação dos atos processuais.<sup>92</sup>

Adotadas tais premissas, os atos processuais podem ser divididos em: atos jurídicos processuais *stricto sensu* e negócios jurídicos processuais.<sup>93</sup> Passa-se à análise específica das espécies, com as devidas considerações e ressalvas acerca da aplicabilidade dos conceitos ao fenômeno processual.

#### 3.2.4.1. *Atos jurídicos processuais “stricto sensu”*

Os atos jurídicos processuais em sentido estrito, ou atos não negociais, são aqueles em que a vontade manifestada pelas partes integra o suporte fático para existência do ato, mas, a despeito da voluntariedade e consciência da realização do ato, os efeitos estão previamente estabelecidos pela norma jurídica.<sup>94</sup> Dessa forma, a manifestação de vontade é fundamental para a prática do ato, mas para a ocorrência de seus efeitos, necessários e preestabelecidos, pouco importa a vontade do sujeito que o pratica.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Assim advertem CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 46; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 125. Há quem, categoricamente, afirme só existir o ato jurídico processual em sentido estrito: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 481 e ss.; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 421; MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 339-361, p. 345; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Capítulos de sentença e efeitos dos recursos**. São Paulo: RCS, 2006, p. 19-20. O cerne da polêmica pode ser, basicamente, dividido em duas partes: (1) o critério para adjetivar de processual o ato jurídico, já enfrentado no item 2.2 do presente capítulo, e que será retomado no momento de análise da convenção processual; (2) a existência de negócios jurídicos processuais, ou seja, se há margem de liberdade aos sujeitos processuais para a escolha da categoria eficaz de um ato processual. Antecipa-se que a resposta deve ser positiva, principalmente após o advento do CPC de 2015. O assunto, naturalmente, por ser fundamental ao presente trabalho, será melhor analisado quando da apresentação do objeto do presente estudo.

<sup>93</sup> “No processo civil, por exemplo, o ato processual pode ter a natureza de ato jurídico *stricto sensu*, negocial, misto, apenas de prestação de dever, ou de ato integrativo de negócios jurídicos de direito privado” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 261).

<sup>94</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 256.

<sup>95</sup> BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320, p. 312.



A importância dessa categoria, para fins processuais, é evidente, eis que, aqui, residem o maior número de atos do processo, ou seja, de atos integrantes do procedimento.<sup>96</sup> Fundamental, assim, que se compreenda bem o instituto.

### 3.2.4.2. *Negócios jurídicos processuais*

Já os negócios jurídicos processuais, ou atos negociais, são aqueles em que a vontade manifestada representa não apenas um elemento nuclear do suporte fático do ato praticado, mas, ainda, critério de escolha da sua categoria eficaz.<sup>97-98</sup> Há, pois, verdadeira voluntariedade e discricionariedade das partes, capazes de ingerir nos efeitos do ato processual.<sup>99</sup>

É, assim, ato que produz ou pode produzir efeitos no processo, em função da vontade de quem o pratica, podendo ser unilateral ou plurilateral, capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento.<sup>100</sup>

Por evidência, ao se tratar da espécie cujo objeto do presente trabalho é extraído, as convenções processuais, dedicar-se-á um item específico para o aprofundamento do instituto, com aprofundamento do conceito e apresentação de sua classificação, requisitos, natureza e

---

<sup>96</sup> Como já advertido em sede introdutória, não é objeto do presente trabalho tecer maiores considerações acerca da natureza de espécies de atos processuais e dos atos do processo, ou seja, dos atos procedimentais. Importa, contudo, ressaltar a dificuldade teórica e a divergência doutrinária acerca de tal questão. A temática se torna ainda mais difícil quando se admite a existência de negócios jurídicos processuais unilaterais: a título exemplificativo da problemática, em interessante tese, Pedro Henrique Nogueira defende ser a decisão judicial, instrumento que pode comportar mais de um fenômeno fático, um negócio jurídico processual (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 208 e ss.). Já em obra conjunta com Fredie Didier Jr., em contexto voltado à eficácia dos precedentes, aponta a sentença como ato-fato jurídico processual (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 51-54). Por outro lado, como já afirmado, Cabral defende a inutilidade da categoria ato-fato processual (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016 p. 45-46).

<sup>97</sup> Nas palavras de Junqueira: “negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16). No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 257.

<sup>98</sup> Paula Costa e Silva ressalva que, em se tratando de direito processual, o efeito jurídico do ato negocial não é criado pelas partes, *ex voluntate*, já que todos os efeitos do ato processual são previstos no ordenamento, mas apenas são escolhidos e delimitados, dentre uma amplitude de efeitos predeterminados, pelas partes do negócio jurídico processual (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 236).

<sup>99</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 81-92, p. 84.

<sup>100</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016 p. 48-49.

regramento. Por essa razão, posterga-se a sua análise, limitando-se, aqui, por fins meramente didáticos, à apresentação de seu conceito.<sup>101</sup>

### 3.2.5. Ilícitos processuais

Por fim, esgotando-se as espécies de fatos processuais no marco teórico adotado, tem-se os ilícitos processuais. São todos os fatos, humanos ou decorrentes de eventos naturais, mas imputável a alguém, em que, havendo ou não dano patrimonial a terceiros, há uma violação ao direito posto, ou seja, infringe-se deveres absolutos ou relativos, com violação da ordem jurídica processual.<sup>102</sup>

Dessa forma, as condutas contrárias ao direito, mas que, pela incidência da norma processual, produzem efeitos processuais, integram a presente categoria.<sup>103</sup> Interessa, em verdade, para fins de identificação dos limites às convenções processuais, apresentar os efeitos do fato ilícito, aqui incluído o ato negocial processual, que contraria a norma jurídica.

Em doutrina, tem-se classificado os atos ilícitos em quatro categorias: (i) ilícitos indenizativos; (ii) ilícitos autorizantes; (iii) ilícitos caducificantes, e (iv) ilícitos invalidantes.<sup>104</sup>

Ilícito indenizativos é o ato contrário ao direito que, por efeito, gera o dever de indenizar.<sup>105</sup> Tem-se, na seara processual, as previsões no diploma processual da litigância de má-fé, nos arts. 79 a 81, e do ato atentatório à dignidade da justiça, art. 774, cujos efeitos são a aplicação de multa ao infrator.

<sup>101</sup> Fundamental, contudo, a correta compreensão da classificação ponteana, em especial da distinção entre ato *stricto sensu* e negócios jurídicos, para evitar equívocos conceituais. Em interessante artigo científico, apesar de adotar o mesmo marco teórico, Marcela de Faria confunde as categorias, considerando negócio jurídico unilateral processual o parcelamento do débito pelo executado, verdadeiro ato *stricto sensu* processual (FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento de débito pelo executado. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 281-295). De fato, apesar da presença de voluntariedade, não há qualquer possibilidade de controle, pelo autor do ato, da categoria eficaz deste.

<sup>102</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 355-357.

<sup>103</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 128.

<sup>104</sup> Essa classificação foi apresentada por Braga Netto, que, ao aprofundar a teoria ponteana, criou o conceito ilícitos autorizativos (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014). Pela utilidade da categorização proposta, em especial à seara processual, optou-se pela sua utilização. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 66-67.

<sup>105</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 66.

Já os ilícitos autorizantes tem como efeito permitir, ao ofendido, a prática de determinado ato, que não poderia executar em situações normais.<sup>106</sup> Exemplo clássico civilista é o desforço imediato, verdadeira autotutela da posse autorizada pelo art. 1.210, §1º, do CC. Em sede processual, tem-se a autorização para que o oficial de justiça proceda com arrombamento de portas, móveis e gavetas diante da resistência do devedor (art. 846 do CPC).

Para os negócios jurídicos processuais, contudo, é a eficácia caducificante e a eficácia invalidante do ato ilícito que possui relevância.

Os ilícitos caducificantes, ademais, são aqueles em que, por decorrência de ato contrário às normas reguladoras da relação processual, perde-se o direito a uma situação jurídica ativa, ou seja, do exercício de um direito ou faculdade processual.<sup>107</sup> É o caso, por exemplo, da remoção do inventariante, prevista no art. 622 do CPC.<sup>108</sup>

Por fim, há os ilícitos invalidantes,<sup>109</sup> ou seja, cujo efeito jurídico é a invalidação, ou desfazimento, do ato processual.<sup>110</sup> Seria, em verdade, verdadeiro efeito sancionatório do ato ilícito praticado, que gerará a perda, ao titular infrator, dos benefícios jurídicos e práticos do ato desconforme.<sup>111</sup> Tem-se, como exemplo clássico na seara processual, a invalidade do processo em que, ao transcorrer com revelia do demandado, houve nulidade a citação (art. 239 do CPC).<sup>112</sup>

---

<sup>106</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 67.

<sup>107</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 67.

<sup>108</sup> A eficácia caducificante do ato ilícito terá enorme relevância quando da análise da eficácia da convenção processual, em especial de suas hipóteses de perda de eficácia, com consequências importantes para o estudo que se propõe.

<sup>109</sup> Ou ilícito nulificante, pela terminologia empregada por Pontes de Miranda (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 144-145).

<sup>110</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 67

<sup>111</sup> “A invalidade, evidentemente, constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir certos atos jurídicos que conflitam com normas jurídicas ou por elas são declarados inválidos, privando aquele que os pratica de obter os benefícios jurídicos e práticos a eles relacionados, se fossem conforme a direito” (MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. *IN* MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de (org.). **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 79-97, p. 87). Para o Professor, a nulidade seria decorrência da ilicitude do ato praticado, ou seja, o ato é nulo por decorrência da violação ao direito posto. Para maiores digressões acerca da divergência doutrinária sobre tal caracterização, que fogem ao escopo do presente trabalho, recomenda-se: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 402 e ss.

<sup>112</sup> Destaque-se que a eficácia invalidante do ato ilícito terá importância crucial quando da análise dos requisitos de validade da convenção processual.

### 3.3. OS PLANOS DE ANÁLISE DOS FATOS JURÍDICOS

Os fatos jurídicos, considerados em toda sua complexidade, devem ser analisados, metodologicamente, a partir de seus diferentes aspectos e momentos. Adotado o marco teórico ponteano para a compreensão dos fenômenos jurídicos, pois, faz-se necessária uma explanação acerca do que Marcos Bernardes de Mello denomina de planos do mundo jurídico,<sup>113</sup> fundamentais ao estudo que ora se propõe.<sup>114</sup>

Dessa forma, conforme sistematizado da obra de Pontes de Miranda,<sup>115</sup> o fenômeno jurídico precisa ser analisado a partir de três diferentes ângulos, interdependentes, mas todos, individualmente, capazes de eivar o fato jurídico: os planos da existência, da validade e da eficácia.<sup>116</sup> O fato pode ser, assim: (1) inexistente;<sup>117</sup> (2) existente, válido e eficaz; (3) existente, válido e ineficaz; (4) existente, inválido e eficaz; (5) existente, inválido e ineficaz; (6) existente e eficaz; (7) existente e ineficaz, de modo a exigir coerência no momento da investigação e, de maneira sistemática, em verdadeiro passo a passo, uma análise gradual e escalonada do fato de acordo com os planos da investigação.<sup>118</sup>

<sup>113</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 190 e ss.

<sup>114</sup> Denotando a mesma importância aos três planos de análise, ao estudar o negócio jurídico sob uma ótica de direito material, em obra de profundidade singular no direito brasileiro, destaca-se o Professor Junqueira (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23 e ss.).

<sup>115</sup> A distinção conceitual entre existência, validade e eficácia, perpassa toda a obra do jurista alagoano, que identificou e estruturou, de maneira precisa e eloquente, os diferentes momentos da análise de higidez do fenômeno jurídico. Não há, contudo, o que só foi posteriormente apresentado por Marcos Bernardes de Mello, uma sistematização didática dos planos jurídicos, mas sua utilização é constante em toda obra. A título exemplificativo: “Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t.1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 76-77).

<sup>116</sup> Como bem adverte Marcos Bernardes de Mello: “É comum, nos livros de direito, mesmo de autores de maior expressão, o emprego dos vocábulos existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos, como se tivessem igual denotação, até mesmo como sinônimos” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 190). É um equívoco conceitual que deve ser evitado.

<sup>117</sup> Cabe uma ressalva: a inexistência, por questão lógica, significa um “não-ser” do fato. Essa premissa lógica não se ignora. Apenas, para fins didáticos e coerência da abordagem teórica, destaca-se a possibilidade de a investigação do fenômeno jurídico processual interromper-se, pela falta de elementos básicos de seu suporte fático, na análise sob o viés do plano da existência.

<sup>118</sup> Acerta Braga, assim, ao observar que o estudo do fato jurídico deve, primeiramente, analisar a sua existência, para, depois, investigar, quando cabível, sua validade e, por fim, eficácia (BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320, p. 294).

É essa metodologia que será, implícita e conscientemente, empregada no presente trabalho. Em termos mais simples, a proposta é analisar as convenções processuais, à luz do ordenamento jurídico pátrio, para identificar o ato negocial existente, válido e eficaz, ou melhor, inversamente, os limites à sua higidez.

### 3.3.1. Plano da existência

O primeiro plano de investigação do fato jurídico, necessariamente prévio aos demais e a estes necessário,<sup>119</sup> é o da existência. Assim, deve-se, inicialmente, identificar se há, ou se existe, determinado fenômeno jurídico, antes de se aprofundar em questões envolventes da validade e da eficácia.<sup>120</sup>

Nesse contexto, o fato, para existir, depende de uma norma jurídica, que, incidindo sobre ele e transportando a parte nuclear de seu suporte fático para o mundo jurídico, torna-o relevante ao direito.<sup>121</sup> Em outras palavras, para existência do fato jurídico, são necessários a descrição abstrata da hipótese fática por uma norma jurídica, a concretização do fenômeno previsto e, pela incidência da norma neste, o ingresso do fato ou do complexo de fatos no mundo jurídico.<sup>122</sup>

Por fato jurídico processual existente, ademais, conforme já explanado em linhas anteriores,<sup>123</sup> entende-se aquele que, ao sofrer incidência de uma norma processual abstrata, com previsão dos elementos de seu suporte fático, tem sua relevância constatada no mundo jurídico, com aptidão para gerar efeitos em um processo.<sup>124</sup>

É a partir dessa premissa, assim, que será analisada, em itens infra, a possibilidade de existência de convenções processuais no sistema processual brasileiro. Nesse sentido, dedicam-

---

<sup>119</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191.

<sup>120</sup> Deve-se analisar, inicialmente, a existência das convenções processuais face ao direito brasileiro, i. e., afastar-se a tese, bem resumida na assertiva afirmação histórica de Dinamarco, no próprio título do ponto “637” da penúltima edição de seu curso, de que “não há negócios jurídicos processuais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 481 e ss.).

<sup>121</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191.

<sup>122</sup> BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320, p. 294.

<sup>123</sup> Ver item 3.2 e subitens.

<sup>124</sup> Conforme critério definidor “efeito sobre um processo”, adotado por todos os fundamentos apresentados no item 2.2.

se os primeiros capítulos deste trabalho a apresentar os elementos nucleares do suporte fático das convenções processuais, sua evolução doutrinária no campo processual e, por fim, as normas jurídicas que fundamentam sua existência.

### 3.3.2. Plano da validade

Os fatos jurídicos em que o elemento voluntariedade possui relevância para a sua concretização no mundo jurídico, sendo, pois, elemento nuclear de seu suporte fático, ou simplesmente atos jurídicos *lato sensu* (atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos), precisam ser investigados sob a óptica do plano das validades.<sup>125</sup> Importa frisar, nesse sentido, o que já foi dito de passagem: os fatos em que a vontade humana não congrega o núcleo de seu suporte fático (fatos jurídicos *stricto sensu* e atos-fatos jurídicos) não transitam pelo sistema de invalidades,<sup>126</sup> já que estas se prendem às características complementares de seu suporte fático: sujeito, objeto e forma.<sup>127</sup>

Da mesma sorte, os fatos jurídicos ilícitos, *per si*, não perpassam o plano da validade, sendo certo que eventual vício do suporte fático complementar voluntariedade não representará a sua exclusão do mundo jurídico.<sup>128</sup> Evidente, contudo, que a prática de um ato ilícito pode ser elemento jurídico capaz de gerar a invalidação de outros atos, ou, ainda, a perda de eficácia, como já explanado.<sup>129</sup>

A validade de um ato, nesse contexto, refere-se a higidez com que o seu elemento nuclear vontade consciente foi produzido. Nesse sentido, caso haja o preenchimento deficiente

<sup>125</sup> BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320, p. 294.

<sup>126</sup> O fato natural “morte”, por exemplo, já utilizado para exemplificação do fato jurídico processual *stricto sensu*, para o qual o elemento volitivo é inexistente ou irrelevante, jamais poderá ser considerado inválido: é um fato da vida, que não possui elementos humanos capazes de viciarem sua higidez. A morte, pois, jamais poderá ser nula, mas sim inexistente ou ineficaz.

<sup>127</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192-194.

<sup>128</sup> Inclusive os atos ilícitos. É a ressalva feita por Marcos Bernardes de Mello, que considera um contrassenso afastar-se um ato ilícito por critérios de nulidade, quase uma benesse ao infrator (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 193-194). Em sentido similar: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.72.

<sup>129</sup> Ver a apresentação classificatória dos atos ilícitos, no item 3.2.5.

de sua hipótese normativa, poderá ocorrer, como efeito, a nulificação do ato, ou seja, sua verdadeira destruição do mundo jurídico.<sup>130</sup>

O ato lícito negocial, assim, tendo o elemento volitivo como cerne de seu suporte fático, transita pelo plano da validade, sendo fundamental o estudo do sistema de nulidades para a investigação de seus limites.<sup>131</sup>

As convenções processuais, portanto, serão analisadas, em um segundo momento, após exauridas as necessárias discussões acerca do plano de existência e das premissas conceituais para a investigação, sob o prisma do plano da validade, por três aspectos fundamentais: sujeito, objeto e forma.

### 3.3.3. Plano da eficácia

O plano da eficácia, por fim, refere-se à aptidão dos fatos jurídicos a produzir efeitos, de forma a criar situações jurídicas.<sup>132</sup> Existindo o fato jurídico, independente do plano da validade, ou porque não há pertinência de análise, no caso dos fatos jurídicos *stricto sensu* e dos atos-fatos jurídicos, ou pelo fato ser inválido, há que se analisar o plano da eficácia.

De fato, mesmo os atos nulos, que em regra não produzem sua plena eficácia, podem produzir efeitos, seja porque dependem de uma declaração de nulidade, como nos casos dos atos do processo,<sup>133</sup> seja pelo fato de que, em raros casos, uma norma jurídica determina que o ato, apesar de nulo, produz plenamente seus efeitos.<sup>134</sup>

<sup>130</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 3).

<sup>131</sup> Junqueira restringe a análise do plano da validade apenas aos negócios jurídicos: “Eis, aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico – o plano da validade, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24).

<sup>132</sup> Utiliza-se, aqui, a concepção em sentido lato da situação jurídica, como toda a consequência que um fato jurídico produz no mundo jurídico. Importa a ressalva, já que o conceito pode ter variadas acepções: “Em nosso entendimento, situação jurídica é expressão que tem duas acepções, a saber: (a) em sentido lato, designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito de direito se encontra no mundo jurídico; (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza ainda uma relação jurídica, e os eventuais direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica (casos de situações jurídicas unissubjetivas – vide, adiante)” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia** – 1ª Parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173).

<sup>133</sup> Ver item 4.5

<sup>134</sup> É o caso, conforme exemplo citado pelo Professor Marcos Bernardes de Mello, do casamento putativo, que, mesmo nulo, produz plenamente seus efeitos. Nos termos do art. 1.561 do Código Civil de 2002, “embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como

Importa destacar que, pela própria complexidade e universalidade do conceito, que perpassa todas as áreas do Direito,<sup>135</sup> os efeitos que englobam o plano de análise eficaz não ocorrem de maneira uniforme, de modo que as situações jurídicas podem ser classificadas conforme sua categoria eficaz.<sup>136</sup>

Nesse contexto, para os escopos do presente estudo, faz-se fundamental a correta categorização das situações jurídicas processuais, que podem ser divididas em duas espécies: (i) não relacionais e (ii) relações jurídicas processuais.<sup>137</sup> Importa tecer breves comentários.

Há inúmeras situações jurídicas processuais, assim, que prescindem, para sua plena eficácia, de qualquer análise relacional processual.<sup>138</sup> São verdadeiras qualidades processuais, unissubjetivas, ou poderes,<sup>139</sup> que emanam da norma processual e geram uma situação jurídica ativa, independentemente de um processo existente, ou de uma relação jurídica formada.

---

aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 182).

<sup>135</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 119.

<sup>136</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª Parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72 e ss.

<sup>137</sup> Foi Marcos Bernardes de Mello que, de maneira profunda, apresentou as espécies de categoria eficaz, sendo fundamento para a sistematização que se apresentará. Para o Professor, “constituem categorias da eficácia jurídica: i) as situações jurídicas: i.a) básicas; i.b) simples, ou unissubjetivas; i.c) complexas, ou intersubjetivas: i.c.a) unilaterais; i.c.b) multilaterais, que consubstanciam as relações jurídicas e seu conteúdo de direitos →← deveres, pretensões →← obrigações, ações →← situações de acionado e exceções →← situações de excetuado; ii) as sanções, civis e penais; iii) as premiações; iv) os ônus” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª Parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72). Torquato Castro, clássico civilista pernambucano, que estudou, de maneira profunda, as situações jurídicas, classificava-as em duas espécies: (i) situações jurídicas uniposicionais, ou seja, que correspondem à qualificação da pessoa, a fim de individualizá-la perante ordem jurídica; (ii) situações jurídicas relacionais, que ocorrem quando uma pluralidade de sujeitos se colocam em posições opostas, mas coordenadas, com pretensões opostas, convergentes ou diferentes a um mesmo objeto (CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 75-77). Adota-se, por ser classificação não apenas útil, mas necessária ao presente estudo, a proposta, a partir dos clássicos e com o viés processualista, por DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 124.

<sup>138</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 124-130.

<sup>139</sup> Poderes, aqui, tratados como as situações autônomas e não relacionais, para designar, justamente, a situação jurídica ativa, vantajosa, sem necessária relação intersubjetiva (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 125-126). A ressalva é importante, pois, na definição ponteano, poderes possuem conotação mais ampla, i.e., relações intersubjetivas e situações jurídicas não relacionais (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 241). Em sentido contrário, Carnelutti, considerando que o poder, necessariamente, exige uma sujeição, defende que possui natureza relacional (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Diritto Processuale Civile**. v. I. Padova: CEDAM, 1938, p. 116).



É possível distinguir, adotando-se a normativa do CPC/15, quatro categorias de situações jurídicas ativas processuais: (i) ônus, (ii) poderes, (iii) faculdades e (iv) deveres.<sup>140</sup> Já as relações jurídicas processuais, referem-se ao fato jurídico processual em que, em seu campo eficaz, há relação intersubjetiva, de verdadeira correspectividade, criando-se direitos e deveres.<sup>141</sup> Vinculam-se, assim, ao menos dois sujeitos aos efeitos de um fato jurídico, criando-se uma relação de pretensão e sujeição, ou melhor, de direitos e deveres processuais com natureza intersubjetiva.

Dessa forma, é possível classificar os fatos jurídicos processuais, a partir do critério classificatório categoria eficaz dos seus efeitos. Divide-se o fenômeno processual, assim, sistematizando o já apresentado, em duas categorias: (a) situação jurídica processual – (a.1.) ônus – (a.2.) poderes – (a.3.) faculdades – (a.4.) deveres; (b) relação jurídica processual.<sup>142</sup>

A adoção desta classificação, encampada pelo CPC/15, gera efeitos fundamentais aos limites às convenções processuais. Por ora, um exemplo pode ser ilustrativo.

Tem-se, e.g., uma convenção processual que verse sobre a *cláusula de non petendo*.<sup>143</sup> Ínsita em um contrato, prévio a qualquer procedimento judicial, normatiza que as partes não

---

<sup>140</sup> Apresenta-se a classificação adotada no CPC/15, que, por sua utilidade clara ao estudo atual, será, também, norte à análise que se propõe. Há doutrinadores, contudo, que apresentam classificações diferentes: Paula Costa e Silva, por exemplo, divide as situações jurídicas processuais em três espécies: direitos, ônus e deveres (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 129). Micheli, por outro lado, defende que inexistem obrigações ou deveres processuais das partes, sendo que toda a relação jurídica se desenvolve a partir de ônus processuais (MICHELI, Gian Antonio. **Corso de Diritto Processuale Civile: parte generale**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 232 e ss). Uma análise doutrinária acerca das divergentes classificações, contudo, foge ao escopo deste trabalho e é irrelevante para a investigação que se pretende.

<sup>141</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 124.

<sup>142</sup> Helena Abdo, em análise processual mais aprofundada da matéria, apresenta classificação segundo o critério “posição do sujeito”, subdividindo as espécies em dois grupos: (i) situações jurídicas ativas: faculdade e poder; (ii) situações jurídicas passivas: dever, ônus e sujeição (ABDO, Helena. Situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *IN* DIDIER JR., FREDIE (org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 339-352, p. 344 e ss.).

<sup>143</sup> Seria uma convenção de “não-litigância”, em que as partes renunciariam ao seu direito de ação (SILVA, Paula Costa e. Pactum de *non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 297-334). A admissibilidade dessa espécie convencional processual no direito brasileiro será debatida no item 10.4.4, adiantando-se, contudo, que, sem a devida modulação e com pretensão de adoção irrestrita, trata-se de uma convenção processual incompatível com as garantias constitucionais processuais brasileiras. Para fins exemplificativos, contudo, admite-se como um negócio processual existente, válido e eficaz.

poderão provocar um ente jurisdicional, processual ou arbitral,<sup>144</sup> para solução de eventual litígio oriundo daquele instrumento.

Pelo critério classificatório adotado, estar-se-ia diante de uma convenção processual que altera a situação jurídica ativa das partes, aqui analisadas individualmente, criando o dever de não ajuizar qualquer ação judicial contra a outra. Nesse momento, em que não há descumprimento do negócio, não importa qualquer característica ou conduta da parte contrária, sendo que, simplesmente, a parte negocial não poderá dispor de seu direito de ação. Dessa forma, tem-se uma alteração abstrata dos direitos e deveres processuais, de modo a extinguir direitos processuais e substituí-los por deveres.

Não há que se falar, assim, em indicação a um processo judicial, ou *referibilidade* a um procedimento,<sup>145</sup> como requisito para sua higidez, já que o ato negocial apenas altera as normas processuais que regulam aquela relação jurídica, de maneira a retirar direitos processuais e criar novos deveres, a ambas as partes. Clara, pois, a relevância de se compreender a categoria eficaz dos atos negociais, de modo que se possibilite, através do critério classificatório, uma melhor compreensão dos elementos limitativos dos negócios jurídicos processuais.

---

<sup>144</sup> Entende-se a arbitragem como verdadeira atividade jurisdicional. Isso porque, sintetizando os argumentos dos defensores da natureza jurisdicional da arbitragem no Brasil, a sentença arbitral está arrolada dentre os títulos executivos judiciais, nos termos do art. 515, VII, do CPC, e a convenção de arbitragem válida impõe a extinção do processo judicial sobre o mesmo tema, nos termos do art. 485, VII, do caderno processual. Além disso, a arbitragem, valendo-se do escopo de pacificação social, inicia-se por provocação das partes, mas desenvolve-se em equidistância aos interesses em jogo e em substituição aos envolvidos no conflito, possuindo, pois, características próprias da jurisdição: instrumentalidade, inércia, imparcialidade e substitutividade (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. **Revista de Processo**. n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33-40, p. 38; FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Arbitragem**: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 119; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: procedimentos especiais. 50. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 593-594; ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**: Lei nº 9.307, de 23/9/1996. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31; MORTARA, Lodovico. **Istituzioni di Procedura Civile**. Florença: G. Barbèra, 1922, p. 430). Em sentido contrário, defendendo a natureza contratual da arbitragem: MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di Diritto Processuale Civile**: L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, i processi del lavoro e locatizi. v. 3. Turim: G. Giappichelli, 2000, p. 295; SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. 9. ed. Padova: CEDAM, 1981, p. 849-851; ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei nº 9.307/96. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 14-15. Destaca-se, ainda, Dinamarco, que apresenta a arbitragem como meio *parajurisdicional*, demonstrando sua importância como atividade solucionadora de conflitos, mas negando-lhe natureza jurisdicional pura, por ser a jurisdição um monopólio estatal (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 121-128).

<sup>145</sup> Optou-se, aqui, por exemplificar uma situação hipotética, apenas para comprovar a pertinência da consolidação da teoria apresentada para o estudo que se propõe. O requisito doutrinário *referibilidade* a um processo, para existência das convenções processuais, será melhor analisado no item 4.3.2.1.

## 4. AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

### 4.1. GENERALIDADES

Perpassada a necessária apresentação das premissas classificatórias que norteiam o presente trabalho, em especial pelo marco teórico ponteano adotado, passa-se a analisar, especificamente, o objeto da presente pesquisa: as convenções processuais. Fundamental, portanto, para precisa delimitação do objeto a se estudar, a sua correta definição, o aprofundamento do conceito, a apresentação de suas classificações, úteis ao escopo do presente, e, ainda, a delimitação precisa do regime jurídico aplicável.

### 4.2. DEFINIÇÃO

#### 4.2.1. Dos negócios jurídicos processuais às convenções processuais

O negócio jurídico processual, aquele em que a vontade das partes é não apenas elemento nuclear de seu suporte fático, mas, ainda, delimitador dos efeitos do ato, como já conceituado na apresentação da teoria do fato jurídico processual,<sup>146</sup> é a espécie dos atos processuais que gera maior polêmica doutrinária.

Importa, de início, apresentar a classificação do negócio processual, de acordo com o número de partícipes para sua formação,<sup>147</sup> em unilateral ou plurilateral.<sup>148</sup> Nesse sentido, os

---

<sup>146</sup> Ver item 3.2.4.2.

<sup>147</sup> Cabral utiliza-se de um segundo viés para a categorização dos negócios em unilaterais e plurilaterais: os efeitos do ato. Seriam “unilaterais aqueles que estabelecem obrigações e regras que oneram apenas uma das partes (*ex uno latere*); e bi- ou plurilaterais os acordos que atingem todos aqueles que os celebram” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 51). Entende-se como útil tal critério, mas não para a investigação ora intentada. Utiliza-se mais a frente, quando do aprofundamento do critério subjetivo do conceito de convenções processuais (ver item 4.4.2).

<sup>148</sup> Denominando-o de critério subjetivo, Lorena Barreiros, em função da quantidade de partes no ato negocial processual, subdivide-o em três categorias: unilateral, bilateral e plurilateral (BARREIRO, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 141). Adota-se, por ser a mais útil para o escopo deste trabalho, a mesma classificação. Entende-se, contudo, que a classificação tripartida não possui utilidade para a delimitação das convenções processuais, razão pela qual, neste momento, será ignorada. Considera-se, no entanto, classificação útil para a análise que será desenvolvida sobre os critérios limitativos à convenção processual, de modo que, em momento oportuno, será utilizada. Como bem aponta Kazuo Watanabe: “Os conceitos e as categorias doutrinárias existem, no plano lógico, como instrumentos destinados à melhor compreensão dos fenômenos. Bem por isso, não podem ser submetidos a um culto irrefletido, como se tivesse existência *per se*. A significação e o alcance de cada um deles variam segundo o ângulo visual e o plano de

atos negociais processuais podem ser unilaterais, se oriundos da declaração de vontade de apenas um sujeito negocial e praticado apenas por ele,<sup>149</sup> ou plurilaterais, quando derivado por duas ou mais declarações de vontade e, para sua ocorrência, ser necessária a prática por mais de um sujeito.<sup>150</sup>

As convenções processuais são, assim, espécies de negócios jurídicos processuais plurilaterais, praticados por duas ou mais partes da relação negocial, de modo a representar uma verdadeira convergência de interesses.<sup>151</sup> Antes, porém, de apresentar-se um conceito mais completo de convenção processual, fundamental enfrentar a questão do instrumento-padrão da negociação processual, de profunda divergência doutrinária.<sup>152</sup>

#### 4.2.2. Precisão terminológica - ato negocial e sua relação com o instrumento

É importante enfrentar, neste momento, mais uma questão em que inexistente unanimidade doutrinária, mas que é fundamental à compreensão do objeto do presente trabalho. Nesse contexto, seja por imprecisão metodológica, seja pela adoção consciente de premissas

---

observação do processualista. Como tudo na vida, mais rica é a visão do observador na medida em que analisa um fenômeno por perspectivas diferentes e nada há de errado em tal metodologia, pois o que importa, acima de tudo, além de coerência dentro de cada linha metodológica, é a apreensão mais completa quanto possível dos dados que permitam a perfeita compreensão do objeto que se está a conhecer” (WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97-98).

<sup>149</sup> Como já delimitado em sede introdutória, não é escopo do presente trabalho fazer digressões acerca da natureza dos atos processuais em espécie, especialmente os atos do processo, bem como abordar a divergência doutrinária acerca da existência, ou não, dos negócios jurídicos processuais unilaterais. Destaca-se aqui, a tese do Prof. Pedro Henrique Nogueira, para quem um instrumento pode abarcar mais de um fato jurídico, simultaneamente, de maneira que uma sentença pode conter ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu* e, também, negócios jurídicos processuais (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 185 e ss.).

<sup>150</sup> BETTI, Emilio. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1947, p. 119-120; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 137, 209 e ss. Como bem adverte Cabral, não é o número de pessoas integrantes do ato que importam, já que podem integrar o mesmo polo na relação negocial, mas, sim, a quantidade de posições convencionais ocupadas (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 49).

<sup>151</sup> Tucci, em sentido contrário, defende que “o gênero negócio jurídico processual pode ser classificado nas seguintes espécies: a) negócio jurídico processual (*stricto sensu*), aquele que tem por objeto o direito substancial; e b) convenção processual, que concerne a acordos entre as partes sobre matéria estritamente processual” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 23-29, p. 26). Trata-se de distinto critério classificatório, por premissas distintas, e sem utilidade para o presente trabalho.

<sup>152</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 51.

distintas, fato é que há grande divergência e confusão terminológica, envolvendo o as convenções processuais e a referência genérica a seu instrumento.<sup>153</sup>

Não se confunde, e isso deve ficar claro desde o início deste item, o fenômeno fático “convenção processual” com o instrumento em que ele está inserido. Afirma-se, desde já, o que será melhor explorado em item próprio: a convenção processual é autônoma ao instrumento em que se insere e não exige uma forma específica para sua validade.<sup>154</sup>

Ocorre que, a despeito disso, é corrente o uso de terminologias vinculadas ao instrumento do ato negocial, para, de maneira genérica, a ele se referir. Não há qualquer atecnia em tal emprego.

Na verdade, e essa é a preocupação a que ora se detém, o que foge ao rigor técnico é a utilização de instrumentos incompatíveis com o objeto que se estuda para tentar representá-lo. É essa a delimitação conceitual que se busca.

Dessa forma, a doutrina utiliza-se, indiscriminadamente,<sup>155</sup> dos termos “negócio”, “contrato”, “acordo”, “pacto”, “convenção”, “cláusula” e “protocolo”, para se referir ao fenômeno processual plurilateral em que há escolha da categoria eficaz.<sup>156</sup> Tal imprecisão, é importante reconhecer, possui cada vez menos importância, haja vista a menor utilidade moderna da correta diferenciação.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> Em digressão bem mais profunda do que a ora apresentada, Cabral faz abordagem detida sobre os conceitos, de maneira a precisar os diferentes significados instrumentais (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 51-58).

<sup>154</sup> Tal aspecto será melhor explorado quando da análise dos requisitos formais da convenção processual, ou seja, dos limites normativos, de forma, à sua validade. Por ora, importa, apenas, fazer a ressalva da distinção entre fenômeno e instrumento que o contém, de modo a evitar quaisquer confusões conceituais. Para uma compreensão aprofundada da afirmativa, ver item 4.3.2.4 e 13.2.

<sup>155</sup> Importa uma advertência: conforme já esclarecido em sede introdutória, vide nota 1, utiliza-se neste trabalho, a exceção do vocábulo “contrato”, das terminologias como sinônimas, para referir-se à convenção processual. No entanto, quando da delimitação do objeto, toma-se o cuidado da precisão terminológica, evidenciando-se o conhecimento das diferenças e, quando necessário, sendo preciso com a terminologia empregada. Não se utiliza como sinônimas para se referir ao instrumento utilizado, mas sempre ao fato jurídico processual – convenção processual. Toma-se o cuidado de, até a presente nota, utilizar-se apenas os vocábulos convenção, negócio e ato negocial para se referir ao fenômeno. Perpassado, contudo, os esclarecimentos ínsitos neste item, passar-se-á a adotar, indiscriminadamente, os diferentes vocábulos, mesmo aqueles extraíveis do instrumento, com significados convencionais.

<sup>156</sup> Nesse sentido, incluindo o vocábulo “contratualização” como título de sua obra: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 115-117; ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. **Revista de Processo**. ano. 36. n. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2011, p. 167-200, p. 187 e ss.

<sup>157</sup> Há muito foi superada a total diferença, consolidada em direito romano, entre pacto e contrato. Savigny, desde o século XIX, já identificou a ausência de pertinência da diferenciação. Em trecho ilustrativo de sua obra, fazendo a ressalva, contudo, de que se mantém alguma relevância à diferenciação: “Die römische Unterscheidung der

No entanto, mesmo com a parcial superação conceitual e a diminuição da utilidade, ainda há efeitos relevantes na distinção conceitual.<sup>158</sup> Dessa feita, entende-se por bem, por rigor técnico, precaução científica e pela necessidade da precisão na pesquisa acadêmica, tecer breves comentários sobre os termos empregados.

O contrato possui, ideologicamente, uma conotação patrimonialista e puramente obrigacional,<sup>159</sup> sendo termo que não se coaduna com o ambiente publicista processual.<sup>160</sup> De fato, utilizar-se da terminologia contratos processuais, referindo-se à espécie convencional ora objeto do presente estudo, possuiria enorme potencial de criar confusões conceituais, principalmente pelo enraizamento da concepção privatista do conceito. Não será, pois, utilizada tal terminologia neste trabalho.

“Protocolo”, apesar de espécie do gênero convenções processuais, possuem uma conotação muito particular aos acordos processuais firmados entre tribunais, associações de advogados e auxiliares da justiça.<sup>161</sup> Já cláusula, por fim, refere-se a uma parte, porção ou

---

Verträge, welche contractus oder bloße pacta find, kann nicht hier, fondern erft bei den Wirkungen der Verträge, erklärt werden” (SAVIGNY, Friedrich Carl. **Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts.** v. II. Berlin: Veit & Comp., 1853, p. 16). Em tradução livre: “A diferenciação romana, entre contrato e mero pacto, não pode ser aqui identificada, mas apenas nos efeitos do contrato”. No Brasil, há civilistas que já apontam a ausência de importância da distinção: por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 10. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 3; VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. 12. ed. v. 1. São Paulo: Altas, 2012, p. 360-365. Em sede legislativa, o próprio Código Civil, em seu art. 221: “o instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as *obrigações convencionais* de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público”, grifos não originais, fala em obrigações convencionais referindo-se a contratos.

<sup>158</sup> Cabral, por exemplo, cita a importância da diferenciação para a interpretação do ato processual e nos deveres de boa-fé (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52).

<sup>159</sup> No direito romano, convenção era gênero do qual se extraíam o pacto e o contrato. Tratavam-se de institutos completamente diferentes, vez que “contrato” se referia, necessariamente, a interesses materiais contrapostos ou divergentes, sendo que a materialização desses interesses gerava uma norma cogente entre as partes, com possibilidade de ação, enquanto “pacto” significava interesses comuns ou convergentes, a que só cabiam exceções (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 10. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2-4). Há, no Brasil, quem utilize o termo contrato apenas para questões patrimonialistas (DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8-12), por fortes influências da obra de Enzo Roppo, que considera o contrato uma operação puramente econômica e destinada à troca e circulação de bens (ROPPO, Enzo. **O contrato.** Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes (trad.). Coimbra: Almedina, 1988, p. 7 e ss.). Em processo, Carnelutti utiliza a expressão convenção como gênero, distinguindo-a em duas espécies: acordos e contratos (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Diritto Processuale Civile.** v. II. Padova: CEDAM, 1938, p. 115).

<sup>160</sup> Concorde-se com Cabral, que, no entanto, ressalva a possibilidade de verdadeiros contratos processuais, de cunho meramente patrimonial e com interesses opostos. Exemplifica com a espécie negocial em que o objeto é a “distribuição dos custos do processo de maneira diversa daquela estipulada em lei” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016, p. 54-55).

<sup>161</sup> Em rica exposição, cuja análise detida foge ao escopo do presente trabalho, mas que será utilizada como exemplo positivo da negociação processual, Cabral aponta a trintenária experiência francesa, que há anos trabalha com

fragmento de um instrumento negocial, sendo termo bastante utilizado, no Brasil, para se referir as convenções arbitrais.<sup>162</sup>

Tanto o protocolo, como a cláusula, assim, são instrumentos de certos acordos processuais e, assim, podem gerar uma confusão conceitual se aplicadas para fazer referência genérica às convenções processuais. De modo que, pela melhor técnica, não se usará tais vocábulos, com esse sentido, no decorrer deste trabalho.<sup>163</sup>

O vocábulo “negócio”, como já exposto,<sup>164</sup> é o gênero do qual se extraem várias espécies, dentre elas as convenções processuais. Dessa forma, devidamente contextualizado, pode ser utilizado, sem maiores ressalvas, como sinônimo da espécie objeto deste trabalho.

Já o termo “convenção”, desde a clássica obra nacional de Barbosa Moreira sobre o assunto,<sup>165</sup> vem sendo o mais utilizado na seara processual nacional.<sup>166</sup> Isso porque o vocábulo, assim como seu sinônimo perfeito “acordo”,<sup>167</sup> significa ato negocial em que é possível que as

---

acordos processuais, através dos chamados protocolos coletivos. Cita, assim, os protocolos coletivos para regular a fase instrutória, as convenções para disciplinar a informatização do processo judicial e o *contrat de procédure* individual e a positivação no CPC francês (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 116-122). Ver, também, com profunda exposição da experiência francesa: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 41-51.

<sup>162</sup> Talvez pela valiosa experiência francesa, com destacada relevância no cenário arbitral mundial (BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália: Perspectiva de Direito Comparado com o sistema brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 43. Porto Alegre: Síntese, jul.-set. 2014, p. 59- 92, p. 59), que adota a expressão *clauses de différend* para se referir ao acordo sobre o procedimento, como destacam Diogo Almeida (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 47) e Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 57). Fala-se, assim, em cláusula compromissória, definida pelo art. 4º da Lei 9.307/96, para se referir à convenção arbitral que, ínsita em contrato, submete o eventual litígio à arbitragem.

<sup>163</sup> Com o mesmo cuidado: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 57.

<sup>164</sup> Vide item 3.2.4.2

<sup>165</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 89.

<sup>166</sup> Por todos, CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017; CABRAL, Trícia Narravo Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 215-244; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 245-268.

<sup>167</sup> Assim vem sendo utilizado na seara processual. Por todos, CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civile: la funzione del processo di cognizione**. v. 4. Padova: Editrice Universitaria, 1923, p. 439-443; CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile: le azioni; il processo di cognizione**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 739; NOGUEIRA, Pedro Henrique da Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 81-92.

vontades sejam direcionadas, por um interesse comum ou convergente, a um escopo singular a ambas as partes.<sup>168</sup> Trata-se, assim, de termos mais afins às particularidades do sistema processual.

O vocábulo “pacto”, por fim, enquanto termo mais utilizado em sede de direito internacional,<sup>169</sup> e a *avença*, termo bem mais coloquial do que técnico, não parecem ter grandes distinções de significado aos acordos. Dessa feita, podem ser utilizados, perfeitamente, como sinônimos de *convenção processual*.<sup>170</sup>

Dessa forma, apresentadas as distinções conceituais, de maneira a não se propagar atecnias, utilizar-se-á, ao longo do trabalho, de maneira irrestrita, os vocábulos “convenção”, “acordo”, “negócio”, “pacto” e “avença”, para referências ao fenômeno convencional ora estudado.

### 4.3. CONCEITO

#### 4.3.1. Proposta conceitual adotada

Perpassadas todas as premissas teóricas necessárias, de modo a estabelecer, claramente, o marco teórico e a posição doutrinária adotadas, está-se apto a apresentar o conceito de *convenção processual* que se adota. Não se ouvida da enorme celeuma doutrinária acerca de tal classificação, mas, uma vez construídas as bases e devidamente posicionada a compreensão dos fenômenos jurídicos, falta apenas apresentar expressamente o já construído conceito.

Pressuposto inicial é que o ato jurídico, comissivo ou omissivo, seja processual, ou seja, que gere efeitos normativos processuais, pouco importando a concretização de tais efeitos.

---

<sup>168</sup> Como bem afirma Cabral: “As palavras ‘acordo’ ou ‘convenção’ expressam uma união de vontades quanto ao escopo do ato praticado, mas se opõe à noção de contrato porque não há necessidade de que os objetivos, a causa ou os interesses subjacentes sejam diversos ou contrapostos. No acordo ou convenção, é possível que as vontades se encontrem para escopos *comuns* ou *convergentes*”. Continua o Professo, apontando que esses são os termos consolidados no diploma processual: arts. 62; 168; 190; 191; 260, §3º; 313, II; 337, X e §5º; 362, I; 364, §1º; 373, §3º; 471; 485, VII; 509, I; 649; 730; 869; 1.015, III (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 56). O legislador processual, contudo, não foi tão preciso no que tange ao rigor técnico, sendo que utiliza o vocábulo “contrato” para se referir à *convenção processual* de eleição de foro: art. 63, §2º, CPC.

<sup>169</sup> Cite-se, e.g., notórios tratados internacionais com essa denominação: Pacto Tripartite; Pacto de Varsóvia; Pacto de São José da Costa Rica, dentre outros.

<sup>170</sup> Essa é a opinião e escolha de CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 56-57, com a qual se concorda.



Outrossim, deve ser negócio jurídico processual plurilateral, estipulado para criação de um efeito comum ou convergente, de modo a gerar direitos, deveres ou direitos e deveres às partes negociais.

Além disso, interessa, para a precisão conceitual, a conformação do instituto à legislação brasileira, de modo que, independentemente das divergências e construções doutrinárias, possa-se apresentar conceito adequado à realidade normativa nacional. De fato, não se ouvida da normativa contida no art. 190 do CPC/15,<sup>171</sup> como também outras regras esparsas do diploma processual.<sup>172</sup>

Convenção processual é o negócio jurídico processual, plurilateral, em que as partes negociais, partícipes de uma relação jurídica processual, prescindindo de qualquer convalidação, alteram, de alguma forma, o sistema normativo processual que a regula, através da criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais, ou, ainda, alteração de um procedimento.<sup>173\_174</sup>

#### 4.3.2. Análise conceitual – consequências da adoção do conceito proposto

##### 4.3.2.1. A “referibilidade” a uma relação jurídica processual

A primeira grande consequência da adoção do conceito, nos termos propostos, é a clara superação do requisito *referibilidade* a um procedimento, seja atual ou potencial, como

<sup>171</sup> “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular **mudanças no procedimento** para ajustá-lo às especificidades da causa e **convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo**” (grifos acrescentados). A norma, pela evidente relevância ao trabalho, será, por questões metodológicas, melhor explorada no item 14.1.2.

<sup>172</sup> Cite-se, por exemplo, o art. 200 do CPC/15: “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”, cujos efeitos são claramente relevantes para o conceito ora construído.

<sup>173</sup> Essa é, com inclusão apenas do trecho “alteram o sistema normativo” pela preocupação precípua de se esclarecer dúvidas doutrinárias, que geram imprecisões e dúvidas, a mesma conceituação adotada por Cabral, com a qual se concorda (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 68). No mesmo sentido: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 143.

<sup>174</sup> Ressalte-se que o a palavra convenção, e seus sinônimos, possui uma dupla acepção, sendo que: “pode, assim, designar tanto o ato ou procedimento criador de normas jurídicas, quanto o produto jurídico desse ato ou procedimento, isto é, a norma ou as normas jurídicas individuais e concretas por ele criadas” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24). Sempre, ao longo do trabalho, refere-se ao ato, ao fenômeno fático criador de normas jurídicas convencionais.

elemento de existência da convenção processual. Essa é posição que, por abordar questão tratada de maneira confusa na doutrina, merece ser aprofundada.<sup>175</sup>

Não se exclui, diga-se, a necessidade de o ato convencional referir-se a uma relação processual. De fato, como é possível se extrair do próprio conceito apresentado, não há sentido em se falar de uma avença processual, comunhão de vontades para modificação das regras processuais, sem vinculação do ato negocial a uma relação concreta.<sup>176</sup>

O que se pretende esclarecer é que, ao analisar o fenômeno sob a óptica da definição *lato sensu* de situação jurídica,<sup>177</sup> o acordo processual, para existir com tal natureza, deverá consistir em negócio processual plurilateral que tenha como objeto a alteração, seja para criar, para meramente modificar ou até mesmo excluir, das regras do sistema processual que regula determinada relação jurídica processual, inclusive, mas não apenas, as regras procedimentais. Ou seja, não deve se referir ao procedimento, mas à relação jurídica processual.

Assim, há que se compreender, como requisito para a existência do acordo processual, a *referibilidade* a uma relação jurídica processual concreta, já concretizada em um processo judicializado ou arbitralizado, ou ainda não, com o escopo de alterar o sistema normativo que a regula. Presente tais requisitos, mesmo que jamais haja um litígio formalizado, fato é que a

---

<sup>175</sup> Dinamarco, afirma, primeiramente, que pode haver atos negociais praticados fora do processo e anterior a ele, mas admite uma dificuldade de se firmar tal conceito, já que poderá jamais existir o processo referido (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 553). Nessa senda, há os que defendem a necessidade de referência a processo existente, contemporaneamente ao ato convencional (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 62) e os que sustentam como pressuposto a referência a processo, atual ou potencial (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 33-37; GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 127; GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 557-590, p. 579; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. Negócio Processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2015, p. 463-487, p. 469). No mesmo sentido, Yarshell, com interessante tese de que a opção legislativa por negócios processuais prévios ao procedimento judicial deve significar sua aceitação para regular os processos extrajudiciais (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 63).

<sup>176</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 66-67.

<sup>177</sup> Ver item 3.3.3.

norma processual já foi alterada e o negócio já produziu seus efeitos, caso o negócio seja válido e eficaz.<sup>178</sup>

#### 4.3.2.2. *As convenções processuais como atos determinantes*

Importa, ainda, ressaltar aquilo foi dito *in passim*: pela normativa processual brasileira, como expressamente normatizado no art. 200 do CPC/15,<sup>179</sup> a convenção processual produz os efeitos pretendidos pelas partes negociais desde sua celebração. Em outras palavras, independem de qualquer convalidação por terceiro para surtir seus efeitos.<sup>180</sup>

Foi Goldschmidt,<sup>181</sup> em classificação largamente aceita pela doutrina, e aplicada até hoje,<sup>182</sup> que dividiu os atos processuais em dois grupos: (a) *Erwirkungshandlungen*, ou atos estimulantes, ou postulativos, e (b) *Bewirkungshandlungen*, ou atos determinantes.

Por atos estimulantes, entende-se aqueles que não produzem, de maneira direta, os efeitos pretendidos pelas partes, mas apenas buscam a obtenção de um efeito através de um ato de terceiro.<sup>183</sup> Apesar de produzirem efeitos, assim, não operam, diretamente, o efeito central da pretensão das partes, de maneira a necessitar de uma aceitação por terceiro.

De fato, tratam-se dos requerimentos, petições, dentre outras formas de pedido, que, por evidência, produzem efeitos, como o de vincular o julgador ao pedido e o dever de examiná-

<sup>178</sup> Por isso é impossível se concordar com a visão de que “embora as situações jurídicas possam surgir no mundo jurídico fora de um procedimento, todas elas são dirigidas ao exercício em num procedimento” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 64).

<sup>179</sup> Tal normativa, reprodução literal do art. 158 do CPC/73, versa que: “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Excetua em seu parágrafo único, por opção legislativa, o negócio jurídico processual unilateral da desistência da ação.

<sup>180</sup> Com pensamento contrário, mesmo diante da normativa do art. 158 do CPC/73: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51-52.

<sup>181</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozeß als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen denkens**. Berlin: Julius Springer, 1925, p. 364 e ss.

<sup>182</sup> SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 195-210; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 64.

<sup>183</sup> “As *Erwirkungshandlungen* são aquelas em que, através de influência psicológica sobre o juiz, a parte visa obter uma dada decisão. Os actos postulativos são os actos das partes que se dirigem imediatamente a uma *Evidenzmachung* (provocar evidencia ou tornar evidente)” (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 195-196).

lo.<sup>184</sup> No entanto, não correspondem aos efeitos verdadeiramente pretendidos, sendo que apenas funcionam como meio para a obtenção de um ato que produza os efeitos que se busca.<sup>185</sup>

Por outro lado, os atos determinantes, referem-se aos atos que produzem, *per si*, os efeitos intencionados pela sua prática, de maneira a não depender de intermediação de outros sujeitos para o desencadeamento da pretensão de seu autor.<sup>186</sup> Dessa maneira, não há necessidade de homologação, aceitação, validação, ou qualquer outro ato do órgão jurisdicional, para que o ato praticado surta o efeito pretendido pela parte.<sup>187</sup>

Não restam dúvidas, assim, diante da normativa expressa dos efeitos imediatos do ato negocial praticado pelas partes, nos termos do art. 200 do diploma processual brasileiro, que as convenções processuais se inserem na categoria atos determinantes,<sup>188</sup> de maneira a prescindir de homologação para que surta seus efeitos, ou seja, possuindo validade e eficácia desde o momento de sua celebração.<sup>189</sup> São múltiplas as consequências da adoção de tal premissa, especialmente com relação à natureza do juízo que um órgão jurisdicional poderá fazer sobre o acordo celebrado.

O juiz, de fato, analisado o ato convencional pelo critério momento da produção de sua eficácia, não poderá exercer qualquer juízo de admissibilidade processual *a priori*, mas apenas *a posteriori*.<sup>190</sup> Além disso, não poderá o magistrado exercer qualquer juízo de conveniência do

<sup>184</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 64.

<sup>185</sup> Essa relação entre os atos postulativos e os atos determinantes é que fundamenta toda a tese de Goldschmidt, que defende que o processo deva ser concebido por uma perspectiva dinâmica, como verdadeiro complexo de atos, ou uma sucessão de situações ou de estados jurídicos (GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozeß als Rechtslage**: eine Kritik des prozessualen denkens. Berlin: Julius Springer, 1925, p. 227 e ss.). Em outra obra, adotando a tese construída para apresentação dos princípios gerais do processo (GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Generales del Proceso**. 2. ed. v.1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 25). Empresta-se, aqui, a classificação introduzida pelo Professor, com o objetivo de se destacar atos processuais cujo efeito principal independe de um terceiro, como no caso dos acordos processuais.

<sup>186</sup> Dinamarco, utilizando-se da tradução italiana da terminologia, distinguindo os atos processuais em indutivos e causativos, assim explanou os atos determinantes: “existem atos processuais de parte que por si sós dão causa a uma situação jurídica nova, sem a dependência de futuros julgamentos. Assim são os atos dispositivos em geral (...). Esses atos dizem-se causativos porque, rigorosamente, dão causa ao efeito programado pelo agente” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 570-571). No mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 64.

<sup>187</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozeß als Rechtslage**: eine Kritik des prozessualen denkens. Berlin: Julius Springer, 1925, p. 456-457.

<sup>188</sup> Adota a mesma conclusão CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 64-65.

<sup>189</sup> Desde que sejam atos negociais válidos e eficazes, por evidência.

<sup>190</sup> Adota a mesma conclusão CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 65. Ressalta, inclusive, ser essa uma diferença fundamental aos atos postulativos, em que o juiz exerceria um juízo de admissibilidade *a priori*.

ato praticado,<sup>191</sup> de maneira a limitar-se ao exame de validade e eficácia do ato convencional<sup>192</sup> e, assim, às suas disposições se vinculando.<sup>193</sup>

É possível, contudo, que, por disposição expressa de norma que tipifique uma convenção processual, haja, como requisito para eficácia plena do ato, a homologação pelo juiz.<sup>194</sup> Não há, pela excepcionalidade legal, qualquer mácula ao conceito,<sup>195</sup> bem como inexistente afastamento, em função da condicionante normativa ao plano da eficácia das convenções processuais, da natureza negocial do ato.<sup>196</sup>

#### 4.3.2.3. *Convenções processuais e atos conjuntos*

Há de se destacar, ainda, a diferença entre o ato convencional e o ato conjunto. De fato, adotado o conceito exposto, não pode restar confusão entre a convenção processual e o ato estimulante fundado numa declaração consensual conjunta de vontade das partes.<sup>197</sup>

Nesse contexto, os atos processuais em que as partes, consensualmente e unidas, fazem um requerimento para que o juiz decida acerca de alguma questão, diferem-se, essencialmente,

---

<sup>191</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 571.

<sup>192</sup> Refere-se à análise *a posteriori* de um acordo processual já praticado, independentemente da natureza de seus partícipes. Por evidência, quando o juiz for parte do negócio processual, deverá aquiescer ao ato por liberalidade, fundado em critérios de conveniência e oportunidade. Sobre o duplo papel do juiz, enquanto parte do negócio e controlador do ato, ver item 13.3.

<sup>193</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Diritto Processuale Civile**. v. II. Padova: CEDAM, 1938, p. 77-80

<sup>194</sup> É o caso, por exemplo, da organização consensual do processo, art. 357, §2º, CPC, que, para produzir seus efeitos, dependem, por opção legislativa, de homologação do juiz. Isso não retira, contudo, sua natureza de negócio jurídico processual, como já se defendeu em trabalho passado: BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo código de processo civil. *IN DIDIER JR., Fredie et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376, p. 1.367-1.368

<sup>195</sup> Como já elucidado em sede introdutória, as hipóteses típicas não serão aprofundadas no trabalho, servindo apenas de exemplo. É de ressaltar, assim, que apenas por previsão expressa pode haver o condicionamento de um ato determinante à homologação judicial, de maneira que, para as hipóteses atípicas (ver item 4.4.5), não há que se falar em tal requisito.

<sup>196</sup> Não se pode, como bem ressalva Leonardo da Cunha, confundir os planos da existência e da eficácia (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa* (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 44).

<sup>197</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 68.

dos acordos processuais, já que não produzem seus efeitos de maneira direta,<sup>198</sup> dependendo de uma decisão judicial.<sup>199</sup>

Há, tipificado no CPC/15, o adiamento da audiência por sugestão comum das partes, art. 362, I.<sup>200</sup> Trata-se, pois, de ato consensual, produzido por ambas as partes, mas que depende de homologação, por terceiro, para produzir efeitos.

Por fim, é fundamental a compreensão, para além da diferença entre os dois fenômenos processuais, dos seus efeitos. Enquanto o ato conjunto consensual só produz os efeitos principais, desejados pelas partes, quando da homologação pelo juiz, as convenções processuais já produzem seus efeitos no momento da celebração, de forma que a revogação dos atos não se submete às mesmas regras.

Nesse sentido, em regra, não é possível se revogar unilateralmente um acordo processual, mesmo que ainda pendente de qualquer análise pelo julgador da causa, exceto nas hipóteses de previsão normativa expressa, legal ou contratual.<sup>201</sup> Em outras palavras, enquanto nos atos conjuntos, estimulantes, a revogação unilateral é possível até a manifestação do sujeito a que o ato se destina,<sup>202</sup> nos negócios processuais, determinantes, só é possível se falar em revogação unilateral, se houver previsão expressa nos termos pactuados.

---

<sup>198</sup> Não obstante, apesar de não produzir o efeito principal pretendido, vinculará o juiz à declaração concordante das partes, de maneira a subordinar a decisão judicial – “*esso è soltanto il presupposto di un provvedimento del giudice, il concorso di due volontà coincidenti rispetto all’ attività del magistrato. Perciò questo concorso di consensi ha importanza solo nel momento in cui deve emanarsi il provvedimento*” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**: le azioni; il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 739-740). Em tradução livre: “isso é apenas o pressuposto de um provimento judicial, o concurso de vontades coincidentes a respeito da atividade do magistrado. Portanto, esse concurso de consensos tem importância apenas no momento em que o juiz deve emanar o provimento”.

<sup>199</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 69.

<sup>200</sup> Cabral ainda inclui o saneamento compartilhado (art. 375, §3º) e o calendário processual (art. 191), como exemplos de atos conjuntos. Não se concorda. Tratam-se de convenções processuais, em que, no entanto, o juiz, parte negocial necessária por previsão normativa, exercerá juízo de conveniência, para além de eventual controle (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro*. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 51-53; 55). Ver item 13.3.1.

<sup>201</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. IN \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual – 3ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 90.

<sup>202</sup> Desde que a revogação não ofenda às expectativas legítimas e os ditames da boa-fé negocial e processual (SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 129 e ss.; 141-152). No mesmo sentido: “qualquer ato do processo em influência reflexiva não é apenas vinculação a si mesmo, mas responsabilidade em relação aos demais. Por isso, a revogação unilateral só é possível quando não ferir direitos de terceiros, ou seja, quando os efeitos do ato forem restritos à esfera jurídica do próprio autor ou quando praticados no seu exclusivo interesse (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 293).

#### 4.3.2.4. *Autonomia entre a convenção processual e o instrumento*

Outra premissa importante, extraída do conceito adotado, é a distinção clara entre o fenômeno negocial, a convenção processual, e o instrumento no qual ele está inserto. Há verdadeira autonomia, assim, entre o instrumento, independentemente de sua natureza, e o negócio processual firmado.<sup>203\_204</sup>

Duas são as conclusões que merecem, por ora, destaque.

De início, e o enunciado conceitual é preciso, o acordo processual é uma espécie de fato jurídico *lato sensu*, ou seja, não possui qualquer identidade formal previamente estabelecida. Não há, pois, qualquer forma pré-estabelecida para sua validade, de maneira que a avença processual pode estar inserta em instrumento contratual que contenha, exclusivamente, o negócio jurídico processual, ser inserida em um contrato, através de uma cláusula, apresentar-se diretamente através de um ato judicial conjunto, escrito ou oral, extrair-se tacitamente, dentre outras formas prescritas ou não vedadas em direito.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> Há muito a doutrina arbitral se debruça sobre a autonomia da cláusula compromissória, espécie de convenção processual, em relação ao contrato, tendo pacificado a matéria. Carmona, em trecho que merece transcrição: “as partes, ao encartarem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem nele relação jurídica diferente, manifestando vontade apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; esta vontade, portanto, não tem ligação (senão instrumental) com o objeto principal do negócio jurídico (uma compra e venda, uma associação, um contrato de prestação de serviços), de tal sorte que eventual falha que importe nulidade da avença principal não afetara a eficácia da vontade das partes (que permanecerá válida para todos os efeitos) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e seus efeitos) pela via arbitral” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 173-175). No direito francês, e.g., considerado modelo em matéria societária, a autonomia da convenção arbitral está positivada no art. 1.447 do *Code de Procédure Civile*. No mesmo sentido, a previsão normativa na Lei de Arbitragem brasileira: “art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”, certamente por influência da influência da Convenção de Nova Iorque, no seu art. 16º, 1, e da Lei Modelo da Uncitral, arts. 8.2 e 16, que preveem o mesmo regramento. Ver APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**, ano. XXXII, n. 116. São Paulo: AASP, jul. 2012, p. 174-192; ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**: interno. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 234; STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr. 1998, p. 36.

<sup>204</sup> Assim restou pacificado, inclusive, no Enunciado 409 do FPPC, “a convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual”.

<sup>205</sup> Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 394. TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, ano. 41, n. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2016, p. 91-109, p. 105. Não haverá, portanto, qualquer requisito de forma para sua existência, validade e eficácia. Desnecessário, por exemplo, ser produzido por pessoa dotada de capacidade postulatória (“CPC/15 – Art. 103. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na

Ademais, eventual nulidade identificada nos demais termos contratuais, seja formal ou da própria natureza da relação, não eivará, necessariamente, a convenção processual.<sup>206</sup> Em contrário, a própria análise, pelo órgão jurisdicional, dos argumentos de invalidade do contrato deverá seguir as regras processuais eventualmente previstas pela avença.<sup>207</sup>

É claro, contudo, que há possibilidade de o vício alegado, para nulificação dos termos contratados sob a óptica substancial, também impor a invalidade da convenção processual, como, e.g., no caso de incapacidade do celebrante do negócio. Não há, nessas hipóteses, exceção à autonomia da convenção processual, mas sim uma situação em que o vício, analisado em dois momentos distintos, importa a nulidade de acordos de diferentes naturezas.

Da mesma forma é possível que a invalidade se limite ao acordo processual, sem atingir as demais cláusulas contratuais. É o caso, por exemplo, de convenção processual que extrapolem os limites da negociação sobre o procedimento, que, por evidência, apenas impactará a validade da avença processual.<sup>208</sup>

#### 4.4. CLASSIFICAÇÕES

É possível classificar as convenções processuais a partir de vários critérios, de maneira a facilitar a compreensão do fenômeno negocial e fornecer diferentes ângulos para a análise do instituto. Neste trabalho, adota-se, de maneira expressa, cinco critérios classificatórios: (1) critério objetivo; (2) critério subjetivo; (3) critério temporal; (4) critério isonômico, e (5) critério normativo.<sup>209</sup>

Fundamental apresentá-los neste momento, posto premissa teórica do presente estudo, evidenciando-se, desde já, a utilidade de sua adoção.

---

Ordem dos Advogados do Brasil”). O tema será mais explorado quando da análise específica dos requisitos formais do ato convencional processual. Ver item 15.2.2.2.

<sup>206</sup> Isso porque tratam-se de atos perfeitamente isoláveis, aos quais, ademais, aplicam-se regimes jurídicos distintos. A matéria é, de maneira mais aprofundada, abordada nos itens 13.2 e 13.4.

<sup>207</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 118.

<sup>208</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 119.

<sup>209</sup> Essas são as classificações úteis à análise dos limites das convenções processuais. Em mesmo sentido, apesar de com outras palavras: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 72 e ss. Ver, também, BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 140-149.



#### 4.4.1. Critério objetivo – convenções sobre situações jurídicas e sobre o procedimento

De início, o critério classificatório objetivo considera, para categorização do fenômeno negocial, o objeto do pacto processual. É possível, assim, categorizar os acordos processuais em dois grupos: (i) convenções obrigacionais, que dispõe sobre situações jurídicas processuais e (ii) convenções dispositivas, que alteram atos do procedimento.

Nas convenções sobre situações jurídicas processuais, ou acordos obrigacionais,<sup>210</sup> as partes negociais modificam, seja para criar, alterar ou extinguir direitos e obrigações processuais. Nesse sentido, o negócio processual que versa sobre prerrogativas processuais, direitos, deveres, ônus e faculdades, de maneira a alterar as normas abstratas que regulam a relação jurídica processual,<sup>211</sup> insere-se nesta categoria.<sup>212</sup>

É o caso, e.g., do *pactum de non petendo*, da convenção de promessa de desistência da ação, da renúncia convencional ao recurso e do *pactum de non exequendo*.<sup>213</sup> Há, assim, verdadeira disposição sobre a exercibilidade de poderes processuais, que tem seu conteúdo normativo alterado através de uma fonte normativa negocial.<sup>214</sup>

Já as convenções dispositivas, por outro lado, dispõem sobre o procedimento, modificando as regras abstratas previstas na legislação processual que versam, em algum nível,

<sup>210</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. IN \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 97.

<sup>211</sup> Destaca-se a advertência de Remo Caponi, de que os acordos não interferem no âmbito de validade ou de vigência das normas processuais previamente estabelecidas, mas apenas, por outra fonte normativa, modificam-nas. Em suas palavras: “La prima concerne gli accordi com cui le parti si impegnano a esercitare o, più frequentemente, a non esercitare i poteri processuali a loro spettanti (...). Essi non toccano l’ambito di validità e vigenza delle norme processuali”. (CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile. Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2008, p. 99-120, p. 102-103). Em tradução livre: “a primeira trata-se dos acordos através dos quais as partes se vinculam a exercitar, ou, mais frequentemente, a não exercitar os poderes processuais que lhe pertencem (...). Esses não alcançam o âmbito de validade e de vigência das normas processuais”.

<sup>212</sup> Nas palavras de Cabral: “note-se que esses negócios jurídicos são, de fato, prestacionais, pois as partes abdicam de situações processuais e se comprometem a certos comportamentos” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 73).

<sup>213</sup> Assim exemplifica CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 73, com espécies de convenções processuais atípicas, cuja admissibilidade em nosso sistema será analisada no item 10.4.4.

<sup>214</sup> Ver item 4.5.

sobre o rito processual. Alteram, assim, as normas procedimentais<sup>215</sup> e, por conseguinte, estabelecem um novo devido processo legal para aquela relação jurídica processual.<sup>216</sup>

É possível, ao se analisar as normas processuais que versam sobre o procedimento, distinguir quatro tipos de objeto das previsões normativas: (a) atos a realizar; (b) forma dos atos; (c) ordem sequencial dos atos; (d) diversificação estrutural.<sup>217</sup> Dessa forma, será uma convenção processual dispositiva aquela através da qual as partes negociais: (I) suprimem ou adicionam atos ao procedimento previsto na legislação; (II) alteram o conteúdo formal de algum ato processual; (III) modificam a ritualística processual, ou (IV) criam, suprimem ou alterem procedimento especial, inclusive para alterar suas hipóteses de cabimento.<sup>218</sup>

É claro que, na prática, poderá haver, no mesmo ato convencional, disposições que alterem o procedimento e, ao mesmo tempo, modifiquem as prerrogativas processuais das partes negociais, pela própria consequência lógica da disposição negocial.<sup>219</sup> Tem-se, por exemplo, a cláusula compromissória, que, para além de instituir o juízo arbitral como competente para julgar eventual litígio de uma relação jurídica específica e alterar o rito procedimental da causa, modifica, substancialmente, o direito constitucional de ação.<sup>220</sup>

Há de se destacar, por fim, diante da nova normativa processual brasileira contida no art. 190 do CPC/15, que a classificação possui enorme utilidade para a análise das convenções processuais, de maneira que a nova legislação prevê, expressamente, as duas categorias.<sup>221</sup> Dessa forma, enquanto a convenção dispositiva terá, como requisito, a referência expressa a determinado procedimento, existente ou potencial, o acordo obrigacional indicará, apenas, a relação jurídica a que se refere.<sup>222</sup>

<sup>215</sup> Ressalva Lorena Barreiros a menor margem de liberdade das partes para as convenções dispositivas, em comparação com os acordos obrigacionais, visto que estes se tratam de negócios prestacionais, enquanto aquelas derrogam, concretamente, a regulação procedimental (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 144).

<sup>216</sup> Sobre a validade das convenções dispositivas, ou procedimentais, em face do devido processo legal, ver item 10.4.1.

<sup>217</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 516.

<sup>218</sup> Tem-se o exemplo da prorrogação da competência e os acordos sobre o ônus da prova (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 73).

<sup>219</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 75.

<sup>220</sup> Ver item 10.4.4.

<sup>221</sup> A diferenciação legislativa foi identificada pela doutrina, de maneira pacífica, de modo a gerar o enunciado 257 do FPPC: “o art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convenionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

<sup>222</sup> Conforme já esclarecido, resta superada o requisito *referibilidade* a um procedimento, como necessário a todo pacto processual. Ver item 4.3.2.1.

#### 4.4.2. Critério subjetivo – bilateral e plurilateral

Quanto à pluralidade de sujeitos da relação negocial, é possível categorizar as convenções processuais em bilaterais e plurilaterais.<sup>223-224</sup> Dessa forma, pelo critério sujeitos partícipes da relação negocial, com diferentes funções no processo,<sup>225</sup> pode-se categorizar as convenções processuais, cujas espécies possuem, em especial na análise de sua higidez, relevantes diferenças práticas.

Nesse sentido, deve-se analisar a natureza do sujeito na relação negocial, ou seja, qual o seu papel na relação processual.<sup>226</sup> Não se trata de analisar o número de pessoas integrantes da relação negocial, já que pode haver agrupamento de sujeitos em mesmo polo, mas de se identificar, a partir da identificação dos sujeitos, a polarização do negócio.<sup>227</sup>

Dessa feita, será bilateral o ato negocial processual celebrado entre as partes, caracterizados como autor e réu da relação, em polos opostos e dialéticos, mesmo que em litisconsórcio, de maneira a significar uma clara relação negocial bipolarizada. Por outro lado,

---

<sup>223</sup> Utilizou-se, anteriormente, deste critério classificatório para se distinguir as convenções processuais dos negócios jurídicos processuais (ver item 4.2.1), razão pela qual apenas apontou-se as espécies unilateral e plurilateral (englobando as bilaterais e plurilaterais). Neste momento, faz-se necessário aprofundar melhor a classificação.

<sup>224</sup> Nesse sentido: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 141; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 49-51; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 44. Já adotou-se esse critério em obra publicada: BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo código de processo civil. *IN* DIDIER JR., Fredie; MACÉDO, Lucas Buril de; PEIXOTO Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376, p. 1363.

<sup>225</sup> Não se ouvida da interessante posição de Cabral, ao desmistificar a polarização da demanda, em dura crítica ao formato dialético, e excessivamente estático, em seu sentir, da relação processual. No entanto, como bem reconhece o próprio autor, a tradicional dialética processual, autor vs. réu, polo passivo e polo ativo, é largamente adotada na cultura processual brasileira, de maneira a facilitar a compreensão de outros fenômenos. Nesse sentido, nas palavras do autor: “Deixando a dogmática um pouco de lado, é forçoso reconhecer que a polarização tem algumas vantagens do ponto de vista prático. Em primeiro lugar, ressalta o formato dialético do processo, cujo caráter argumentativo pressiona à contraposição de teses e alegações. Ademais, facilita a aplicação e o controle do correto e isonômico exercício do contraditório, permitindo verificar mais facilmente a contagem de prazos, dar vistas a todos sucessivamente, etc” (CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo e zonas de interesse*: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**. ano. 105. v. 404. Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago. 2009, p. 3-42, p. 12). Essa visão, para fins de análise das convenções processuais, parece ter enorme utilidade.

<sup>226</sup> BETTI, Emilio. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1947, p. 119-120.

<sup>227</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 137; 209 e ss; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 49.

será plurilateral o acordo que, para além das partes no processo, englobem terceiros ou outros sujeitos processuais, de maneira a criar uma pluralidade de polos na relação negocial.<sup>228</sup>

#### 4.4.3. Critério temporal – convenções prévias e incidentais

Há, ainda, a possibilidade de categorização das convenções processuais conforme o momento de sua celebração, tendo como marco temporal o ato de instauração do processo judicial. Dessa forma, será convenção processual prévia aquela celebrada antes da existência de qualquer processo, indicando apenas a relação jurídica firmada entre as partes ou um procedimento potencial,<sup>229</sup> e será incidental o acordo processual firmado contemporaneamente a um processo, de maneira a alterar seu procedimento, ou as situações jurídicas processuais que o circundam.

Assim como toda a matéria envolvente aos negócios processuais, a admissibilidade de convenções processuais, conforme o momento de celebração, não passa imune às divergências doutrinárias.

Quanto à possibilidade de celebração de convenções processuais prévias a um processo judicial,<sup>230</sup> foi, durante muito tempo, pacífica a sua inadmissibilidade.<sup>231</sup> É que não poderiam as partes, nessa visão do fenômeno, dispor, sem vício de vontade, sobre situação jurídica

<sup>228</sup> Aqui entendidas como pessoas sem interesse na relação processual concreta, apesar de partícipes de uma relação negocial processual, e os demais sujeitos processuais. Tem-se, por principal, o negócio processual que envolve o juiz, com todos os efeitos limitativos que isso possa gerar (ver item 13.3.1). Por exemplo, o negócio jurídico plurilateral típico, positivado no art. 357, § 3º, do CPC/15, da audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes, firmado entre partes e juiz (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 55).

<sup>229</sup> Sobre a *referibilidade* a uma relação jurídica, em contrassenso à tradicional afirmação doutrinária, quase uníssona, de que “necessariamente há uma referibilidade a um processo, que pode ser futuro ou atual” (GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 557-590, p. 579), ver item 4.3.2.1.

<sup>230</sup> Em profunda digressão, apresentando o debate, inclusive, sob um viés de direito comparado: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 75-80.

<sup>231</sup> É clássica e largamente adotada, por exemplo, a concepção de Barbosa Moreira, de que é inadmissível a renúncia prévia ao recurso (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 338).

processual potencial, ou seja, sem que fosse concreta a situação de vantagem processual negociada.<sup>232</sup>

Por outro lado, há quem defenda, também, o perigo de se permitir convenções incidentais, ocorridas no decorrer do procedimento, sob os argumentos de risco de violação à liberdade do juiz e de inderrogabilidade das normas processuais que regulam a atividade jurisdicional.<sup>233</sup> Com visão limitativa do instituto, mas admitindo a negociação processual incidental, há quem defenda maior restrição às convenções processuais celebradas concomitantemente à atividade jurisdicional.<sup>234</sup>

Não se concorda com ambas as limitações.

Pelo conceito de convenções processuais adotado, é irrelevante, para fins dos limites à sua higidez, se o ato convencional foi celebrado antes ou durante o processo. De fato, ao se adotar os efeitos normativos processuais da convenção processual como critério para sua definição, entende-se inexistir qualquer correlação com a contemporaneidade, ou não, ao procedimento, para a investigação da existência, da validade e da eficácia do pacto.<sup>235</sup>

Esse entendimento, ademais, está conforme o sistema normativo processual vigente. De fato, o art. 190 do CPC/15 consolida, em previsão normativa clara, a superação da problemática, de modo a admitir, expressamente e sem distinções, as convenções processuais prévias e incidentais.<sup>236</sup>

Dessa forma, seja a convenção processual prévia ou incidental a um processo, os requisitos para sua higidez e admissibilidade no sistema serão os mesmos. Em outras palavras, ao se investigar os limites para o ato convencional, não há que se distinguir, tendo por base a instauração de um processo, o momento, ou o local, de sua celebração.

---

<sup>232</sup> “Só haveria previsibilidade quando se convencionou sobre uma situação atual, o que vedaria as convenções prévias ou antecipadas. Diz-se que o *ius cogens* do processo proibiria a disposição *ex ante*, mas não *ex post*, i.e., depois do surgimento da situação jurídica processual de vantagem” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 76-77).

<sup>233</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 2. ed. Torino: Utet, 2004, p. 281.

<sup>234</sup> “A liberdade contratual é mais restrita, não apenas pela sede em que a avença terá que ser cumprida – perante o Judiciário – mas também porque entram em jogo interesses públicos” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 80).

<sup>235</sup> A utilidade da classificação, assim, remonta justamente na necessidade de superação da distinção doutrinária, quando da análise dos critérios limitativos da negociação processual. Ver item 15.2.3.1. Cabe uma ressalva: a convenção processual é ineficaz para regular atos do processo, ou situações jurídicas processuais, sobre processos já encerrados ou, ainda, pelo critério dos “atos isolados”, sobre atos já preclusos.

<sup>236</sup> “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, **antes ou durante o processo**” (grifos nossos).

#### 4.4.4. Critério isonômico – convenções onerosas (comutativas e aleatórias) e gratuitas

A partir do elemento vantagem, analisada sob a ótica de como a convenção pode beneficiar as partes celebrantes, é possível distinguir, apropriando-se dos conceitos de direito privado, os acordos processuais em duas espécies: onerosos e gratuitos.<sup>237</sup>

Os acordos onerosos, mais comuns e, tratando-se de convenções processuais, quase regra, são aqueles em que todos os polos negociais obtêm benefícios e, em troca, sofrem sacrifícios.<sup>238</sup> Em outras palavras, a responsabilidade e as vantagens da avença estão repartidas entre seus celebrantes, mesmo que, muitas vezes, de maneira não paritária.<sup>239</sup>

Nesse contexto, é possível, ainda, dividir-se as convenções onerosas em comutativas, que envolvem benefícios e sacrifícios recíprocos e equivalentes,<sup>240</sup> e em aleatórias, quando, no momento da celebração, não há equivalência das prestações, de maneira que os celebrantes desconhecem as vantagens e sacrifícios que podem surgir pelo acordo firmado.<sup>241</sup>

<sup>237</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 80-84.

<sup>238</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 79; RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 29. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98-99.

<sup>239</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. v. 2. São Paulo: Altas, 2012, p. 400.

<sup>240</sup> A equivalência pode ser subjetiva, de acordo com percepções do negócio, ou objetiva, logicamente dedutível (GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 80; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 29. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100-101). O importante, para ser um acordo oneroso comutativo, assim, é o equilíbrio da relação jurídica convencional que se forma (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34). São verdadeiras relações sinalagmáticas (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 39-40). Venosa, no entanto, considera comutativo o contrato em que as partes conhecem, desde o início, o que tem de dar e receber em função da avença, sem se referir à questão da paridade ou não da relação (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. v. 2. São Paulo: Altas, 2012, p. 401).

<sup>241</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 80-81. Isso porque os efeitos do contrato ficam condicionados à ocorrência de algum fato superveniente. Dessa feita, não é certo seu acontecimento, ou, ainda, quando irá ocorrer (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 30. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 124; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 40; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 29. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 401).

Já nos acordos gratuitos, apenas parte dos polos celebrantes realiza sacrifícios, por mera liberalidade, enquanto outros obtêm vantagens.<sup>242</sup> Dessa feita, há verdadeira redução da esfera jurídica de alguém, em face do fortalecimento da posição do outro.<sup>243</sup>

Transpondo para a seara processual, em especial à análise dos limites às convenções processuais, que ora se propõe, a importância da classificação, a justificar sua apresentação, é vinculada ao nível de proteção que se dará aos acordantes.<sup>244</sup> Nesse contexto, ao se analisar os limites aos acordos processuais, principalmente quando da análise de sua eficácia, este critério classificatório será relevante.

#### 4.4.5. Critério normativo – convenções processuais típicas e atípicas

O último critério classificatório adotado, posto sua utilidade para o presente trabalho, é aquele que diferencia as espécies de convenção processual conforme sua previsão normativa. Dessa feita, há inúmeras espécies de acordos processuais que estão previstas, expressamente, na legislação pátria, com preciso regramento dos sujeitos negociais, das formalidades próprias<sup>245</sup> e de seus elementos de validade e de eficácia específicos,<sup>246</sup> enquanto outras que se sustentam em

<sup>242</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 30. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 29. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 399; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

<sup>243</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81.

<sup>244</sup> Entre os celebrantes, aquele que recebe a título gratuito gozará de maior proteção jurídica em caso de litígio, uma vez que “a responsabilidade pelo ilícito, nos contratos gratuitos, deve ser apreciada com maior indulgência, só a determinando, em regra, se se caracterizar o dolo do autor da liberalidade” (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 30. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32). No mesmo sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96. De fato, mesmo que se identifique ato ilícito, que ofenda terceiros, aquele que negociou gratuitamente terá sua responsabilidade condicionada ao dolo (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81-82). Por outro lado, em caso de fraude contra credores, há presunção legal da boa-fé do adquirente, quando a convenção possui título oneroso (THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo. *Revista de Processo*. ano. 26. n. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001, p. 68-88, p. 83), de modo que a condenação dos atos é maior se foi revestida de instrumento por título gratuito (GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 79).

<sup>245</sup> “No direito brasileiro, não é difícil precisar as hipóteses em que a forma é exigida. Dado o princípio da liberdade, a imposição de certa forma depende sempre de norma legal que disponha nesse sentido” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 191).

<sup>246</sup> Em trabalho específico, apontou-se a ampliação das hipóteses típicas de negócios processuais pelo CPC/15, em comparação com o CPC/73, analisando-se especificamente tais espécies convencionais processuais (BERTÃO, Rafael Calheiros. *Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código de Processo Civil*. IV DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376).

cláusula geral de negociação processual, ou seja, sem a previsão expressa de quaisquer requisitos.<sup>247</sup>

É possível, assim, a partir de tal critério, distinguir-se duas espécies classificatórias: as convenções processuais típicas e as atípicas.<sup>248</sup> A análise feita no presente trabalho, dos limites às convenções processuais, possui aplicabilidade às duas categorias, até porque a previsão legal expressa está fundada na mesma principiologia que fundamenta o permissivo geral à negociação.<sup>249</sup>

Não serão profundamente abordados, contudo, como já apontado em sede introdutória, limites específicos de cada espécie típica, por fugir ao escopo da presente pesquisa.

#### 4.5. NATUREZA JURÍDICA E REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

Questão fundamental, principalmente para fins de se analisar os limites às convenções processuais, é delimitar a natureza jurídica do ato convencional processual. De fato, a correta identificação da natureza jurídica do ato, se processual ou material, definirá o regime jurídico que lhe será aplicado, ou, em outras palavras, norteará as regras gerais de sua limitação.<sup>250</sup>

---

<sup>247</sup> Refere-se, aqui, ao já citado art. 190 do Código de Processo Civil, que, por sua relevância, é estudado em item próprio.

<sup>248</sup> A título exemplificativo das espécies convencionais atípicas, extrai-se a enumeração proferida pelo Fórum Permanente dos Processualistas Civil, conforme seus enunciados 19 e 21: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso<sup>14</sup>, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal”; “São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais”. Originalmente, o enunciado 19 elencava as hipóteses de negócios bilaterais, enquanto que o enunciado 21 trazia exemplos de negócios plurilaterais. No III encontro FPPC-RIO, em virtude da divergência doutrinária classificatória, optou-se pela supressão da diferenciação.

<sup>249</sup> Ver item 10.2.

<sup>250</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 94.



As convenções processuais, nos termos da conceituação aqui adotada, são verdadeiras fontes de direito processual,<sup>251</sup> ou seja, do acordo processual deverá ser extraída norma jurídica reguladora de determinada relação, de maneira a alterar as normas processuais gerais. Nesse contexto, enquanto elemento normativo processual, não há dúvidas da natureza processual do ato convencional.<sup>252</sup>

No entanto, quanto ao regime jurídico aplicado, apesar de a convenção processual ser, independentemente da forma, um ato de natureza processual pura, não há qualquer incompatibilidade da aplicação das normas de direito material para sua regulação,<sup>253</sup> desde que feitas as devidas adaptações.<sup>254</sup> Isso porque o ato processual, inegavelmente, é uma espécie de ato jurídico, sendo que o regramento de teoria do direito lhe são aplicáveis,<sup>255</sup> com as necessárias adequações à sua natureza.<sup>256</sup>

---

<sup>251</sup> “Para quem admitisse a existência de *negócios jurídicos processuais*, estes também poderiam ser fonte da norma processual, como na eleição do foro, na convenção sobre a distribuição do ônus da prova, na suspensão convencional do processo etc.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, p. 116). Para uma melhor compreensão da temática fontes do direito, em especial a viabilidade da fonte convencional, o que fugiria ao escopo do presente trabalho, ver FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9. ed. Rio de Janeiro: Altas, 2016; REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>252</sup> Cabral, em profunda digressão, principalmente sob um viés de análise de direito comparado, conclui pela natureza processual da convenção processual, afastando as correntes que a denotam natureza de direito material. Em suas palavras, que merecem transcrição: “Kohler defendia que os acordos processuais, ainda que tivessem efeitos atuais ou potenciais sobre um processo, teriam sempre natureza material. Parte da doutrina só considera como convenções de natureza processual os acordos dispositivos, enquanto o acordo obrigacional teria natureza de direito material. Argumenta-se que, se os acordos obrigacionais fossem considerados processuais, a teoria geral do processo seria pautada por normas da disciplina geral dos negócios jurídicos privados. Não podemos concordar com este entendimento. O âmbito do Direito onde o fazer ou não fazer dos acordos obrigacionais terá que ser respeitado é irrelevante para a caracterização da natureza do acordo, até porque a obrigação não é um domínio exclusivo do direito privado” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 92-93).

<sup>253</sup> Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 95; 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. 183-201, p. 190; TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 29. São Paulo: Dialética, ago. 2005, p. 38-56, p. 41-42; THEODORO JUNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano 8. n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1983, p. 38-60, p. 38-39. Em sentido diverso, “Zulässigkeit und Wirkung der Verträge bestimmen sich dagegen allein nach Prozessrecht” (POHLMANN, Petra. **Zivilprozessrecht**. 3. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 123). Em tradução livre: “admissibilidade e efeitos do contrato são determinados apenas de acordo com o direito processual”.

<sup>254</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 141 e ss.

<sup>255</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19.

<sup>256</sup> A matéria já foi exaustivamente abordada no item 2.1.

Dessa feita, fundamental, para investigação dos limites do ato negocial, que se analise o regime jurídico processual das validades e, além disso, a aplicabilidade das regras de teoria geral do direito, de maneira a estabelecer um regime próprio de validade para as convenções processuais.<sup>257</sup> É o que se pretende.

Ao término deste primeiro capítulo, estar-se consolidada a tipologia da convenção processual, sua delimitação na teoria do fato jurídico processual, seu conceito, classificações e o regime jurídico aplicável. Estabelecidas as premissas, estar-se apto a compreender o estudo proposto.

Antes, contudo, para além das premissas teóricas, pensa-se necessária uma digressão doutrinária sobre a admissibilidade da negociação processual, de maneira a estabelecer, para além da evolução teórico-jurídica do fenómeno negocial sobre o processo, os fundamentos culturais, sociais e políticos da adoção do instituto.

---

<sup>257</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 95; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual – 3ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 93; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 170. Adotando premissas distintas, considerando a convenção processual como ato de natureza mista, mas alcançando as mesmas conclusões: YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 68; 76-77.

## CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

### 5. APRESENTAÇÃO

Neste capítulo, busca-se investigar a evolução histórico-doutrinária do estudo processual acerca das convenções processuais, com o objetivo de melhor compreender o seu atual estágio. É certo que os limites aos negócios processuais, bem como sua admissibilidade, dependem fundamentalmente do sistema jurídico sob análise, i.e., os contextos histórico e político são fundamentais à maior ou menor abertura à flexibilização procedimental voluntária.<sup>258</sup>

Fundamental, pois, ainda em linha de capítulos iniciais, de construção, em outras palavras, das premissas que norteiam a investigação, analisar a admissibilidade do ato convencional de acordo com a contextualização social, política e jurídico-ideológica e, por dependência, normativa do fenômeno.<sup>259</sup>

Por uma questão metodológica, a pesquisa se iniciará no século XIX, momento do chamado processualismo científico, quando os influxos sobre acordos processuais começaram a ganhar importância na seara doutrinária mundial.<sup>260</sup> Não é escopo do trabalho, como já alertado em sede introdutória, estudos com maiores digressões históricas,<sup>261</sup> como a análise de

---

<sup>258</sup> Nas palavras de Dinamarco: “Jamais se pacificou na doutrina a polêmica questão da existência ou inexistência de negócios jurídicos processuais, havendo porém alguma tendência pela negativa, ou seja, pela sua inexistência. Com a chegada do Código de Processo Civil de 2015, todavia, abrem-se os olhos da doutrina para uma premissa metodológica a cujo respeito jamais se preocuparam os doutrinadores e que é a vinculação dessa questão ao *direito positivo de cada país*, não sendo possível generalizar uma resposta, fosse esta positiva, fosse negativa. Toma-se pois a consciência de que nenhuma posição seria válida em relação aos ordenamentos processuais de todo o planeta nem à lei processual de dado país, em todos os tempos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 550). No mesmo sentido, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 223.

<sup>259</sup> Reconhece Luhmann, ao estabelecer a autopoiese como fundamento do sistema jurídico, que “o direito tem que ser visto como uma estrutura cujos limites e cujas formas de seleção são definidos pelo sistema social” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Gustavo Bayer (trad.). v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 170).

<sup>260</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 97.

<sup>261</sup> O corte proposto também significará um não aprofundamento ao aspecto político das razões históricas da consolidação da visão publicista de processo. Foge ao escopo do trabalho, assim, uma análise direcionada à relevância política da adoção publicista, com a superação do “processo liberal”, em especial o napoleônico, e

direito romano, canônico ou lusitano.<sup>262</sup> O corte metodológico, pois, pretende demonstrar as nuances do movimento pendular entre o publicismo e o privatismo e seus impactos no estudo negocial processual, de modo a clarificar o cenário atual e as bases para a melhor compreensão e manuseio das convenções processuais.<sup>263</sup>

É o que se pretende neste segundo capítulo.

## 6. O MOVIMENTO PENDULAR – PUBLICISMO E PRIVATISMO

### 6.1. O PROCESSUALISMO CIENTÍFICO E A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO PROCESSUAL – O HIPERPUBLICISMO

A autonomia do direito processual ao material, e a criação de verdadeira ciência autônoma para o estudo da relação jurídica processual, com objeto e método próprios, só foi

---

adoção do “processo social”. Ver ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo:** das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 64-71.

<sup>262</sup> Para um estudo mais aprofundado de história do direito, de maneira a compreender a evolução da ciência jurídica e a tensão entre publicismo e privatismo, ou o nível de valorização do liberalismo jurídico em face do direito, recomenda-se, em direito romano: JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano:** nas diversas fases de seu desenvolvimento. Rafael Benaion (trad.). v. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 90 e ss; GUARINO, Antonio. **Storia del Diritto Romano.** 12. ed. Napoli: Editore Jovene, 1998, p. 282 e ss.; KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho romano.** Juan Miguel (trad.). Barcelona: Ariel, 1999, p. 151 e ss. Em estudo voltado ao direito processual: TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 51 e ss.; 73 e ss.; 89 e ss.137 e ss. Para um aprofundamento em direito lusitano: CAETANO, Marcello. **História do Direito português:** secs. XII-XVI – subsídios para a história das fontes do direito em Portugal no séc. XVI. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000, p. 333 e ss.; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito português.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 389 e ss.; SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito português:** fontes de direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 379 e ss. Tratando da influência do processo civil lusitano nos institutos processuais brasileiros: DIAS, Handel Martins. **Condicionamento histórico do processo civil brasileiro:** o legado do direito lusitano. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. Para direito canônico: TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico:** história e direito vigente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>263</sup> Foi, não por acaso, o enfoque dado por CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016, p. 97 e ss.

possível a partir do século XIX.<sup>264</sup> Até então, o processo civil era encarado como um apêndice do direito privado, de modo a ser analisado sob a ótica do regime jurídico de direito material.<sup>265</sup>

É atribuída a Bülow,<sup>266</sup> assim, com suas famosas publicações sobre as exceções e os pressupostos processuais,<sup>267</sup> a estruturação dos fundamentos da independência do estudo processual ao direito material. Para tanto, evidenciou o caráter público da relação jurídica processual, por envolver partes e Estado-Juiz, de maneira a restringir as possibilidades de autonomia da vontade na seara processual e distinguir, claramente, o regime jurídico processual do substancial.<sup>268</sup>

Nesse contexto, diante da potencialização da visão publicista do processo, essencial para a construção sólida de uma ciência processual,<sup>269</sup> houve um movimento contrário à autonomia privada em sede processual<sup>270</sup> e, por consequência, total negação da sua

<sup>264</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 99; MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo processual e gestão compartilhada do processo. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 147-159, p. 149.

<sup>265</sup> “Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 18).

<sup>266</sup> “Oskar Bülow hat der beschreibenden Prozeßkunde ein Ende gemacht. Daß er den Prozeß vermittels der Kategorie des ‘Prozeßrechtsverhältnisses’ wissenschaftlich zu erfassen suchte, ist nicht verwunderlich” (GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozeß als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen denkens**. Berlin: Julius Springer, 1925, p. 146). Em tradução livre: “Oskar Bülow pôs fim ao processo descritivo. Não é surpreendente que ele tenha procurado compreender cientificamente o processo através da categoria ‘relação jurídica processual’”. Explica Dinamarco, ademais, que “Von Bülow, na verdade, não criou a ideia da relação jurídica processual e sua configuração tríplice: ele apenas a racionalizou e desenvolveu, propondo desdobramentos (...). A inovação racionalizadora teve por mérito principal o destaque dos dois planos do próprio ordenamento jurídico, a partir da visão da relação jurídica processual e da relação de direito privado como duas realidades distintas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 19).

<sup>267</sup> BÜLOW, Oskar von. **Die lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen**. Aalen: Scientia, 1969.

<sup>268</sup> BÜLOW, Oskar von. **Die lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen**. Aalen: Scientia, 1969, p. 9.

<sup>269</sup> Não se nega, assim, a importância do publicismo, mesmo que exacerbado, para a construção da ciência processual e rompimento com os ditames privatistas. “Além disso, permitiu também toda a exploração desse campo fertilíssimo e pouco conhecido até então, que é o dos fatos e situações jurídicas do processo: surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que são do conhecimento geral e serviram para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual oferece” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 20). Apesar da importância histórica, e da necessidade diante do contexto em que foi apresentada, pensa-se que já há uma maturação institucional no Brasil, especialmente do judiciário, para uma evolução do conceito. Ver item 6.2.3.

<sup>270</sup> De fato, para viabilizar o rompimento entre processo e direito material, fez-se necessária a negação dos institutos privatistas, como o da autonomia privada. Remo Caponi, não por acaso, refere-se à doutrina germânica do séc. XIX como um terremoto ideal, que ruuiu a visão clássica e propiciou a construção da ciência processual (CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile. Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista*

convencionalidade. É possível se identificar, nesse sentido, os três principais argumentos dessa teoria que, de maneira reflexa, impõe a vedação dos acordos processuais: (i) escopo público do processo; (ii) natureza cogente das normas processuais e lei como sua fonte exclusiva, e (iii) o protagonismo do Estado-Juiz na relação jurídica processual.<sup>271-272</sup>

---

**Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 99-120, p. 101-102). No mesmo sentido, GODINHO, Rosbon Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-416, p. 407.

<sup>271</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016, p. 106-114.

<sup>272</sup> “A oralidade e a concentração, o impulso processual oficial, o ativismo judicial especialmente em matéria probatória, relegando a segundo plano a iniciativa das partes e a responsabilidade dos advogados, a busca da verdade material e da realização da justiça a qualquer preço, mesmo com o sacrifício da imparcialidade do julgador, e a exaltação de uma utópica boa-fé processual são características do processo civil como instrumento de concretização de escopos sociais e publicísticos, muito ao gosto de regimes autoritários” (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo.** ano. 33. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 29-56, p. 31). Sobre o viés autoritário do publicismo e democrático do privatismo, quase como uma correlação natural, muito se debate na doutrina (ver item 6.2.2.4). Não haverá aprofundamento da questão, que foge ao escopo da presente pesquisa. Não se concorda, contudo, com a crítica, sendo que diplomas legais criados em eras totalitárias não refletem, rigorosamente, a ideologia autoritária política, enquanto democracia política não significa legislação liberal e democrática. Nesse sentido, o próprio Leonardo Greco defende ser “autoritário exigir que o advogado sacrifique o interesse de seu cliente em benefício da busca da justiça, assim como impor à parte p dever de afirmar tudo o que conhece, de apresentar os meios de prova que lhe são prejudiciais ou de renunciar a aproveitar-se dos erros do adversário” (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo.** ano. 33. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 29-56, p. 32-33). Ironicamente, o CPC de 2015, teoricamente promulgado em um regime democrático, institui, no seu art. 6º, o dever de cooperação, como uma obrigação às partes envolvidas no litígio (a matéria será aprofundada no item 9.2.2), o que impõe, dentre outros deveres, o de apresentar provas que detenha, mesmo que prejudiciais aos seus interesses. Nesse particular, interessante a posição de Lênio Streck, apesar de não se concordar: STRECK, Lenio Luiz *et al.* **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em 15 de abril de 2016. Nelson Nery Jr. vai além, categoricamente afirmando que o CPC/15, em verdadeira contradição com o seu momento histórico, tem características autoritárias, principalmente pela forma que se desenvolveu o processo legislativo. Por outro lado, o CPC/73, que entrou em vigor em meio ao totalitarismo político da Ditadura Militar, possui mecanismos bem mais democráticos, principalmente pela forma de promulgação da codificação. Sintetizando seu entendimento, em suas próprias palavras: “Estou falando de democracia verdadeira e não de democracia formal. Não se faz um Código de Processo Civil para atender interesses apenas de tribunais” (NERY JR., Nelson. **Ditadura dos tribunais:** pensou-se no STF e no STJ, mas faltou ouvir o povo sobre o novo CPC. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/nelson-nery-jr-faltou-ouvir-povo-respeito-cpc>, consultado em 08 de outubro de 2015).

Nesse sentido, entende a doutrina publicista do processo,<sup>273</sup> que, ao possuir a jurisdição os escopos sociais e políticos, em especial de pacificação de conflitos,<sup>274</sup> de educação da sociedade<sup>275</sup> e de promoção da igualdade,<sup>276</sup> vigora o interesse público, de maneira que o escopo jurídico, ou a concretização dos direitos subjetivos, com solução dos litígios concretos, ficaria relegado a segundo plano.<sup>277</sup> Em outras palavras, preocupa-se mais com a concretização das

<sup>273</sup> É clássica a definição adotada por Ada, Cintra e Dinamarco, para que jurisdição seria “uma das funções assumidas e exercidas pelo Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em contrato para ser solucionado” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 149). Destaca-se, ainda, no direito estrangeiro: ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile: introduzione e parte generale**. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964, p. 11-14.

<sup>274</sup> “Revela a doutrina que o escopo magno a ser perseguido é o da pacificação de sujeitos ou grupos em litígio, mediante a solução de seus conflitos. Esse é o mais profundo e mais expressivo escopo social da jurisdição” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 28).

<sup>275</sup> Assim continuam Ada, Cintra e Dinamarco, após falar no escopo central da pacificação, afirmando que “existem ainda outros escopos a serem atuados mediante o exercício desta, não tão dominantes e centrais como esse, entre os quais o da educação para o exercício de direitos e respeitar aos direitos alheios (um escopo social), o da preservação de direitos fundamentais e o da participação nos desígnios políticos do Estado e da nação (escopos políticos)” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 28-29).

<sup>276</sup> Nesse sentido, Barbosa Moreira aponta, como objetivo do processo, a equalização dos indivíduos com mais ou menos força política, econômica ou social (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. ano 27. n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, p. 181-190, p. 184-186).

<sup>277</sup> Para a vertente publicista do processo, o verdadeiro objetivo da jurisdição é a concretização do direito objetivo, mas não necessariamente a resolução dos litígios e a preservação do direito subjetivo. É uma visão extrema de que mais importa, na prestação jurisdicional, a atividade do poder judiciário do que, propriamente, a satisfação dos jurisdicionados. “Die Ablösung der Selbsthilfe durch den staatliche Prozeß weist ihm seine erste, selbstverständliche Aufgabe zu. Jeder Prozeß, gleichgültig ob Straf-, Zivil-, oder Verwaltungsprozeß, dient als Institution sowohl dem Rechtsfreien wie der Durchsetzung und Bewährung des objektiven Rechts, der Rechtsordnung. Die Bewährung der Rechtsordnung durch Richterspruch bedeutet nicht selten ihre Fortentwicklung” (JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozessrecht: ein studienbuch**. München: C.H. Becksche, Verlagsbuchhandlung, 1985, p. 2). Em tradução livre: “a substituição da autotutela pelo processo estatal, evidencia a sua primeira e essencial tarefa. Todo processo, seja criminal, civil ou administrativo, serve tanto como uma instituição para garantir o direito, quanto para a aplicação e provocação dos direitos objetivos, do ordenamento jurídico. A aplicação do ordenamento jurídico pelo pronunciamento judicial significa não raro sua evolução e desenvolvimento”. No mesmo sentido, “deve rileverasi che ponendo lo scopo del processo nell’attuazione della volontà della legge, si esclude ch’esso possa porsi nella difesa del diritto soggettivo. Questa difesa sarà lo scopo, tutto individuale e soggettivo, che si propone l’attore; il processo ha invece lo scopo generale e obbiettivo d’attuare la legge” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. v. 1. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935, p. 40). Em Tradução livre: “deve-se enfatizar que, ao definir o escopo do processo pela atuação da vontade da lei, exclui-se que ele possa ser usado como defesa do direito subjetivo. Essa defesa será o escopo, individual e subjetivo, proposto pelo autor; O processo tem, ao contrário, o escopo geral e objetivo de implementar a lei”. É uma compreensão, contudo, que acaba por gerar uma crise sistema. Conforme metáfora adotada na análise crítica de Cipriani, “l’errore principal esta nell’avere sostituito il motore naturale del processo civile, che era ed è rappresentato dall’ansia di giustizia delle parti, com um motore artificiale, che è rappresentato dal giudice e dai suoi ritmi burocratici” (CIPRIANI, Franco. Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LVI. n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore,

normas e proteção da ordem jurídica, com fortalecimento das instituições, do que, propriamente, com a tutela dos direitos subjetivos.

Ademais, diante da prevalência da natureza pública do processo, despreza-se a vontade das partes,<sup>278</sup> que jamais poderão dispor sobre as regras processuais, de maneira a ser o Estado o único titular da aplicação da justiça<sup>279</sup> e, por conseguinte, a sua lei a única fonte normativa processual. Nesse sentido, operou-se o legicentrismo processual, de sorte que, para o publicismo, apenas a norma legislada, inderrogável, seria cogente,<sup>280</sup> inexistindo qualquer possibilidade de fonte normativa processual convencionalada.<sup>281</sup>

Por fim, a negação veemente da concepção romana de processo como “coisa das partes”,<sup>282</sup> na qual as partes são protagonistas, enquanto condutores do processo, e o juiz fica relegado a segundo plano,<sup>283</sup> também acabou por significar uma recusa publicista aos acordos processuais. De fato, adotada a concepção publicista do processo, com o protagonismo do Estado-juiz enquanto exclusivo condutor do processo,<sup>284</sup> destinatário das provas e único que

---

dez. 2002, p. 1243-1261, p. 1.248). Em tradução livre: “o erro principal está em se ter substituído o motor natural do processo civil, que era consubstanciado pela ânsia de justiça das partes, pelo motor artificial que é representado pelo juiz e pelos ritos burocráticos”.

<sup>278</sup> Ao tratar da correlação vícios de vontade e validade dos atos processuais, de maneira a tentar superar a visão publicista de que por ter natureza pública tais atos não se submetem à análise de validade, SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 483-484.

<sup>279</sup> Interessante a crítica de Marc Galanter, para quem, em suas palavras, “the view that the justice to which we seek access is a product that is produced--or at least distributed -- exclusively by the state, a view which I shall for convenience label ‘legal centralism’, is not an uncommon one among legal professionals. I submit that this legal centralist model is deficiente” (GALANTER, Marc. Justice in many rooms: court, private ordering and indigenous law. **Journal of Legal Pluralism**. v. 19, 1981, p. 1-2. Disponível em <<http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/19/galanter-art.pdf>>. Acesso em 07 de maio de 2017). Em tradução livre: “a visão de que a justiça a que buscamos acesso é produzida, ou ao menos distribuída, exclusivamente pelo Estado, visão essa que, por conveniência, eu devo nomear ‘centralismo legal’, não é incomum dentre os profissionais do direito. Eu defendo que esse modelo legiscenrista é deficiente”. Concorde-se.

<sup>280</sup> JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozessrecht: ein studienbuch**. München: C.H. Becksche, Verlagsbuchhandlung, 1985, p. 7.

<sup>281</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 110-111; SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias**. Lisboa: Coimbra, 2009, p. 19, 38.

<sup>282</sup> Principalmente o modelo da *litis contestatio*, “que se consubstanciava num comportamento processual das partes, dirigido a um escopo comum, qual seja o compromisso de participarem do juízo *apud iudiciem* e acatarem o respectivo julgamento (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 98-99).

<sup>283</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual – 7ª série**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7-18, p. 12-13.

<sup>284</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 109-127, p. 109-112.



precisa ser convencido da matéria em disputa, qualquer possibilidade, mesmo que mínima, de convencionalidade sobre as normas processuais maculariam os poderes do juiz.<sup>285</sup>

A partir de tais premissas, pois, Bülow chegou a rechaçar, expressamente, qualquer possibilidade de negociação sobre matéria processual, sob o forte argumento de que seria vedada às partes a negociação sobre direito de outrem, ou seja, sobre o direito do juiz.<sup>286</sup> Essa visão, ademais, foi largamente<sup>287</sup> admitida pelos fundadores da moderna doutrina processualista italiana,<sup>288</sup> que influenciaram, profundamente, o desenvolvimento da processualística brasileira.<sup>289</sup>

<sup>285</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**: le azioni; il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 105.

<sup>286</sup> BÜLOW, Oskar von. **Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche kraft der Rechtsordnung apud** PEZZANI, Titina Maria. Il Regime **Convenzionale delle Prove**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 14 e CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 100.

<sup>287</sup> Não se desconhece o posicionamento de Carnelutti, que admitia os negócios jurídicos processuais: CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Diritto Processuale Civile**. v. II. Padova: CEDAM, 1938, p. 77-84; CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**: la funzione del processo di cognizione. v. 4. Padova: Editrice Universitaria, 1923, p. 439-443. Possui, ainda, artigo científico com análise de espécie de acordo processual, mesmo que eivada por uma visão de direito substancial, CARNELUTTI, Francesco. Note sull'accertamento negoziale. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. v. XVII. n. 1. Padova: CEDAM, 1940, p. 3-24.

<sup>288</sup> “La presenza dunque di un organo dello Stato nel processo fa sì, che soltanto in pochi casi siano validi gli accordi delle parti per regolare a modo loro il rapporto processuale, inguisa che la parte possa pretendere di fronte alla parte il rispetto dell'accordo; (...). Il contratto processuale invece non è in sè un atto del processo” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. v. 1. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935, p. 69-70). Em tradução livre: “a presença de um órgão do estado no processo, portanto, significa que apenas em alguns casos os acordos das partes são válidos para regular, do seu modo, a relação processual, de modo que uma parte possa exigir o respeito do acordo pela outra (...). O contrato processual, ao contrário, não é mesmo um ato do processo”; SATTA, Salvatore. **Contributo alla dottrina dell'arbitrato**. Milano: Vita e Pensiero, 1931, p. 43 e ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 175 e ss. Tal visão mais radical, de total negação, em muito limitou a produção doutrinária italiana sobre a matéria. O próprio Liebman, contudo, admitia acordos com eficácia sobre o processo (LIEBMAN, Enrico Tullio. Contro il patto “solve et repete” nei contratti. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. v. VIII. n. 2. Padova: CEDAM, 1931, p. 246; LIEBMAN, Enrico Tullio. Risoluzione convenzionale del processo. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. v. IX. n. 1. Padova: CEDAM, 1932, p. 291). Há, ainda, alguns poucos trabalhos, de maior fôlego, desenvolvidos pela doutrina italiana desse momento sobre o tema: PALERMO, Antonio. **Contributo alla teoria degli atti processuali**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1938; COSTA, Antonio. **Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali**. Bologna: Zanichelli, 1921; DE STEFANO, Giuseppe. **Studi sugli accordi processuali**. Milano: Giuffrè, 1959.

<sup>289</sup> Nesse sentido, Dinamarco, com a tese de que qualquer margem dada aos efeitos de um ato é fruto da lei e deveriam os efeitos estar, também, devidamente previstos em lei, de modo a refutar a autonomia privada no processo (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484). No mesmo sentido, Barbosa Moreira, para quem o “litígio submetido ao exame e decisão do juiz deixa de ser, *ipso facto*, litígio cuja repercussão fique restrita ao âmbito puramente privado” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87-101, p. 99), já que “o simples fato de ver-se o conflito submetido à decisão do juiz converte o assunto em matéria de interesse geral” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7-18, p. 13).

Tal concepção, assim, que, como se verá, reinou durante muito tempo na processualista mundial,<sup>290</sup> em especial na brasileira,<sup>291</sup> acabou por ser adotada em extremo, de maneira a inviabilizar qualquer possibilidade de participação das partes na regulação das normas processuais. O fenômeno, que Cabral denomina de “Hiperpublicismo”,<sup>292</sup> começa, pela conjunção de alguns fatores sociais, políticos e jurídicos, a ruir.

Importa o aprofundamento da questão.

## 6.2. DO HIPERPUBLICISMO AO PRIVATISMO

### 6.2.1. Aspectos históricos e sociais – a saturação do sistema publicista

Após anos de hegemonia, contudo, a visão publicista do processo, por uma conjuntura de fatores, começou a ser superada. É possível se identificar, para tanto, aspectos sociais, políticos e jurídicos,<sup>293</sup> capazes de influenciar a superação da visão restritiva às convenções processuais.

<sup>290</sup> Por todos, “En materia procesal orgánica el principio de autonomía de la voluntad es absolutamente excepcional, lo que se traduce en que si la ley no autoriza las convenciones procesales, éstas no tendrán ningún efecto” (CAMPBELL, Juan Colombo. **Los actos procesales**. Tomo. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 301).

<sup>291</sup> MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código de Buzaid. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2010, p. 165-194, p. 170-190. Com impactos, inclusive, na legislação processual. O CPC/73, no seu art. 125, assim dispunha: “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. A previsão, que encontra paralelo no art. 139 do CPC atual, significava, pela própria conjuntura sistêmica do diploma, verdadeiro protagonismo na cena jurídica (MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo processual e gestão compartilhada do processo. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 147-159, p. 152).

<sup>292</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 113-114. Adota-se a mesma terminologia, por concordar-se com a visão do Professor.

<sup>293</sup> Não cabe, nesta seara, aprofundar os modos como as características sociais e políticas influem na evolução jurídica, ou vice-versa. O aprofundamento da matéria, de profundo viés filosófico e sociológico do direito, em muito se distanciaria dos escopos da presente pesquisa. Adota-se, por essa razão, de maneira conclusiva, o pensamento de Luhmann, para o qual o sistema jurídico, enquanto sistema hermético, é verdadeiramente autopoietico, ou seja, produz-se e evolui-se por influxos próprios, mas sofre, por natural, influências dos sistemas sociais e políticos. Sintetizando o pensamento, com suas próprias palavras: “Es kann bei der These bleiben, daß das Recht aus sich selbst heraus evoluiert und daß die gesellschaftliche Umwelt Zufallsanstöße beisteuert, die Variationen und eventuell innovative Selektionen auslösen. Responsivität in bezug auf Umwelt zeigt sich dann im wesentlichen in einzelnen Rechtsinstituten, etwa in den strafrechtlich registrierten Empfindlichkeiten oder in den zivilrechtlichen Formen” (LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. 6. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2013, p. 281). Em tradução livre: “Pode ser mantida a tese de que o direito evolui por si mesmo e que

É de se destacar, inicialmente, a crise do Estado Social, ou Estado-Providência,<sup>294</sup> iniciada no final da década de setenta do século XX, que perdura até os dias atuais. São muitos os fatores que a ocasionam,<sup>295</sup> cuja análise profunda desvia-se do objeto da presente pesquisa, sendo relevante, para seus fins, tão somente os aspectos jurídicos da crise, a fundamentar a revisão dos conceitos publicitas.

Nesse sentido, é possível se destacar alguns fatores relevantes, que impactam, sobremaneira, a eficiência judiciária:<sup>296</sup> (a) a “sobrejuridificação” da realidade social, com consequente repercussão na sistemática normativa, que se torna caótica, e dificuldade de aplicação dos ditames da legalidade e impossibilidade da subsunção à norma, de modo a macular, precipuamente, a segurança jurídica do sistema; (b) a litigância massificada, a partir da proliferação de direitos replicados à uma coletividade, o que resulta numa sensível perda de eficiência do sistema judicial e, por conseguinte, em uma verdadeira fuga aos meios alternativos

---

o ambiente social lhe traz apenas impulsos casuais que desencadeiam as seleções eventualmente inovadoras. A responsividade do sistema ao ambiente mostra-se por institutos jurídicos especiais, como a sensibilidade do direito penal, ou nas formas do direito civil”. A recíproca, como percebe o Professor em obra posterior, é verdadeira: o direito também influi nas relações políticas e sociais e tem o poder de, controladamente, impor mudanças na sociedade (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Gustavo Bayer (trad.). v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 116 e ss).

<sup>294</sup> Para um estudo mais aprofundado, recomenda-se SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. 2. ed. Porto: Aforamento, 1996.

<sup>295</sup> Foge ao escopo da presente pesquisa uma análise mais detida da problemática. Aborda-se, portanto, apenas as razões vinculadas ao judiciário, relevantes a ensejar uma releitura do sistema processual. Para uma visão geral, por todos, ver: ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. Lisboa: Inquérito, 1981; OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. **Crise do welfare ou estado providencial?: uma leitura de François Ewald**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1988; FIORI, Jose Luis. **Estado do bem-estar social: padrões e crises**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995. Para uma análise jurídica, fundamental a obra de SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. 2. ed. Porto: Aforamento, 1996, *passim*.

<sup>296</sup> Godinho, ao trabalhar os diferentes sistemas políticos e a correlação com o direito, partindo desde o momento liberal até a derrocada do Estado Social, apresenta digressão mais profunda e preocupada com a evolução das distorções. Ver GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 66-70. Aborda-se, aqui, na mesma linha teórica adotada pelo Professor, de maneira mais direta tais fatores, sem a mesma preocupação cronológica.

de resolução dos conflitos;<sup>297-298</sup> (c) diante da complexidade do sistema econômico, com figuras contratuais e jurídicas novas, arraigadas de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, exigiu-se enorme complexidade no trato jurídico, o que, diante de um judiciário despreparado para debruçar-se sobre esses novos institutos, e sem condições, pela litigiosidade massificada, de se aperfeiçoar para tal, ocasionou uma queda qualitativa das decisões e, por natural, maior descrédito na instituição jurisdicional estatal;<sup>299</sup> (d) há, ainda, o aumento da desigualdade social, fruto da saturação, social, política e financeira, dos mecanismos do Estado do “bem-estar” social, não mais sustentáveis, cujos efeitos não conseguem ser equacionados pelo sistema judicial; (e) destaca-se, também, o aumento exponencial da corrupção, em função do protagonismo estatal, em todos os seus níveis, sendo que espera-se do judiciário uma reação ao problema.<sup>300</sup> No entanto, agora em posição de destaque e com o compromisso de resolver a crise

<sup>297</sup> Naturalmente, foge ao escopo do presente trabalho o estudo dos meios alternativos de solução de conflito. Aponta-se, apenas, que o fenômeno crise do judiciário representa, também, um dos fatores para o fortalecimento dos institutos (GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. IN \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e Gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 1-5, p. 2). Para uma melhor compreensão do fenômeno de valorização dos meios alternativos de resolução de conflito, por todos, ver GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. IN \_\_\_\_\_ et al. **O novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21; GUERRERO, Luis Fernando. **Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil.** São Paulo: Atlas, 2015; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O Gerenciamento do Processo. IN GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e Gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 18-34.

<sup>298</sup> Importa a ressalva de que: “os recursos de resolução de litígios de uma dada sociedade devem ser vistos no seu conjunto e no conjunto das suas múltiplas interações cruzadas. A título de ilustração, a inacessibilidade dos tribunais, o seu magro desempenho ou a sua irrelevância na sociedade podem dever-se, em parte, à existência abundante de mecanismos informais, acessíveis e eficazes nessa sociedade em resultado da dominância de uma cultura jurídica de fuga à litigação judicial. Mas, por outro lado, a existência de tais mecanismos alternativos, longe de resultar de uma preferência cultura, pode apenas ser fruto de uma solução de recursos em função de inacessibilidade dos tribunais” (SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português.** 2. ed. Porto: Aforamento, 1996, p. 49).

<sup>299</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português.** 2. ed. Porto: Aforamento, 1996, p. 30; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 28-29.

<sup>300</sup> É o que se denominou de judicialização da política, que, historicamente, apenas causou prejuízos ao sistema jurídico. Nesse sentido, nas palavras de Boaventura: “Sempre que levou a cabo o combate à corrupção, o judiciário foi posto perante uma situação quase dilemática: se, por um lado, esse combate contribuiu para a maior legitimidade social dos tribunais, por outro aumentou exponencialmente a controvérsia política à volta dele. É que o perfil histórico dos tribunais da era moderna centrou-se muito mais em julgar ‘os de baixo’ do que em julgar ‘os de cima’ (...). Ora, no momento em que os tribunais começam a julgar ‘para cima’, em que começam a incriminar e a julgar grandes empresários ou membros da classe política, a situação muda. Neste campo, estamos no domínio do que designo justiça dramática, aqueles casos que levam a tribunal pessoas conhecidas da comunicação social, políticos ou agentes econômicos de alto perfil na sociedade. Essa justiça dramática

institucional, além de também contaminado por essa mazela sistêmica, o poder judiciário não consegue reagir da maneira esperada, de modo a perder prestígio social;<sup>301</sup> (f) por fim, tem-se o fenômeno que se designou politização do judiciário, que também impacta sua legitimação social.<sup>302</sup>

Diante desse contexto político e social, com a crise do Estado Social e, por consequência, a crise do judiciário estatal, não mais se sustentam as posições publicistas sobre o regime processual. Não há, pois, mais sentido em se defender a titularidade da criação ou aplicação da justiça pelo Estado, se este não consegue concretizar tal mister.<sup>303</sup>

De fato, diante de um judiciário cada vez mais assoberbado de processos,<sup>304</sup> com volume caótico de litígios em tramite,<sup>305</sup> e consequente perda da qualidade de suas decisões, fortalecesse-se a fuga do sistema jurisdicional estatal de resolução,<sup>306</sup> com adoção de meios

---

judicializa a política e politiza os tribunais” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 28-29).

<sup>301</sup> “Quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução passa a ser problema. Acresce que, se as expectativas forem muito elevadas, ao não serem cumpridas, geram enorme frustração” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 31); SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. 2. ed. Porto: Aforamento, 1996, p. 32-33.

<sup>302</sup> GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 67-70.

<sup>303</sup> “O dado que parece começar a pôr em xeque a lógica monopolista do acesso à justiça é a situação atual do sistema de justiça. Dados do CNJ de 2015 apontam para um aumento crescente da litigância no Brasil. O esforço do Judiciário em aumentar a produtividade dos seus juizes não tem conseguido acompanhar a proporção de novos casos e a situação se agrava ano a ano” (COSTA, Susana Henriques. Comentários ao art. 17 do CPC. *IN* BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, p. 274-292, p. 289).

<sup>304</sup> Não se trata, ressalte-se, de uma novidade. Há muito, Buzaid, a partir dados quantitativos bem menores que o atual, já identificou uma crise institucional do judiciário brasileiro (BUZAID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito**. v. 55. São Paulo: USP, 1960, p. 327-372). Para se ter uma ideia da gravidade do aspecto quantitativo na crise do judiciário, no Supremo Tribunal Federal, composto por onze ministros, tem-se em tramitação 47.084 processos (dados obtidos em 21 de outubro de 2017, através do sítio eletrônico do próprio Tribunal - <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>), o que significa que, para que o STF consiga julgar todas as ações que aguardam julgamento, em um ano, considerando o impossível cenário hipotético em que não houvesse entrada de novos processos e, ainda, sem considerar as ações que exigem a votação do pleno do tribunal, de maneira a dividir o volume equanimemente pelas duas turmas da Corte, seria preciso que cada turma julgasse 65 processos por dia, sem férias, fim de semana e feriados. É, claramente, um cenário de caos.

<sup>305</sup> Ver o relatório “Justiça em Número”, divulgado, pelo CNJ, em 2017, com ano-base 2016. Apesar de relativa estagnação, o volume de processos cresceu exponencialmente desde o início da análise (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em Números - 2017: Ano-base 2016**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em 21 de outubro de 2017).

<sup>306</sup> Para uma análise mais aprofundada da crise do judiciário, sugere-se ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Juarez Tavares (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

alternativos de solução de litígios. Além disso, tem-se um campo fértil para propostas de flexibilização do modelo legislativo processual,<sup>307</sup> eis que, diante do fracasso da rigidez normativa publicista,<sup>308</sup> há a necessidade de superação de suas estruturas, com fortalecimento da autonomia privada em matéria processual.

É esse contexto que impulsiona a convencionalidade processual, de maneira a mover o pêndulo do extremo publicista, ou do *hiperpublicismo*, para a seara do privatismo processual.<sup>309</sup> Fundamental, assim, perceber os movimentos doutrinários, principalmente em direito comparado, para melhor compreensão do fenômeno.

## 6.2.2. Evolução jurídico-doutrinária em direito comparado

### 6.2.2.1. Alemanha

Foi na Alemanha, sem dúvida, que a matéria, as convenções processuais, teve maior atenção doutrinária, com destacada produção acadêmica.<sup>310</sup> De fato, o conceito de acordo processual foi estudado, pela primeira vez, com profundidade, por Kohler,<sup>311</sup> que, sob a

<sup>307</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Altas, 2008, p. 9 e ss.

<sup>308</sup> CIPRIANI, Franco. Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** ano. LVI. n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, dez. 2002, p. 1243-1261; MONTELEONE, Girolamo. Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un "revisionista". **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile.** ano. LVII. n. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, jun. 2003, p. 575-582; AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. *IN* \_\_\_\_\_ (coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.** Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 130-165.

<sup>309</sup> Não se defende um retorno ao pensamento romano, ao privatismo desarrazoado. Sobre o tema, ver item 7.

<sup>310</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016, p. 98.

<sup>311</sup> "Der Vertrag ist nicht nur eine Rechtsgestalt des Civilrechts, er ist eine Rechtsfigur, welche jedes Rechtsgebiet aus sich erzeugen wird, wo immer der Initiative des Individuums ein hervorragender Einfluss im Rechtsleben gestattet wird: es gibt Verträge des publicistischen Rechts, wie es solche des Privatrechts giebt; es giebt auch Verträge des Processrechts - Verträge, welche, obgleiche Privatgeschäfte, ihren Einfluss auf den Process ausüben - ich sage Privatgeschäfte, Privatacte d.h. autoritätslose Acte, bei welchen lediglich die Vertragsunterwerfung maassgebend ist, aber Privatacte, welche kraft dieser Vertragsunterwerfung den Process beeinflussen" (KÖHLER, Josef. Über proceßrechtliche Verträge und Kreationen. **Gruchot's Beiträgen**, XXXI, 1887, p. 127 *apud* PEZZANI, Titina Maria. Il Regime **Convenzionale delle Prove.** Milano: Giuffrè, 2009, p. 9). Em tradução livre: "O contrato não é apenas um instituto jurídico do direito civil, mas também uma figura jurídica, produzida em todas as áreas do direito, em que a iniciativa dos indivíduos seja relevante para ocorrência do fato jurídico: há contratos de direito público, assim como existem os de direito privado; há negócios de direito processual - negócios em que, apesar de natureza privada, geram efeitos sobre o processo - digo transações privadas, atos privados, i.e., negócios privados, atos de autoridade, nos quais apenas a submissão do negócio é definitiva, mas atos privados, que influenciam o processo em virtude de tal submissão".

argumentação de o contrato<sup>312</sup> ser um instituto de teoria geral do direito, defendeu a ampliação de sua aplicação à seara processual.<sup>313</sup>

No entanto, após a consolidação da teoria publicista de Bülow, inclusive com sua negativa expressa da convencionalidade sobre o processo,<sup>314</sup> houve desprestígio da possibilidade de negociação sobre a matéria processual.<sup>315</sup> Apenas no séc. XX, assim, há uma retomada dos estudos de fôlego acerca das avenças processuais, retomando-se uma visão mais liberal.<sup>316</sup>

Nesse cenário de retomada dos estudos, é célebre, e marco da consolidação do instituto, a tese de Peter Schlosser, que apresentou o princípio do *in dubio pro libertate*, com plena aplicação na seara processual<sup>317</sup> e, especialmente, à interpretação dos atos convencionais.<sup>318</sup> Em breves palavras,<sup>319</sup> entende o Professor que há uma preferência normativa em favor da liberdade, ou seja, que a presunção deve ser, sempre, de higidez da norma processual negociada, de

<sup>312</sup> Quanto à terminologia, preferiu-se manter a adotada originalmente pelo professor alemão. Proceder-se-á, assim, no presente tópico, meramente descritivo, com a manutenção da terminologia empregada nas obras analisadas. Já discutiu-se, contudo, a necessidade de precisão terminológica na abordagem das convenções processuais e quais os vocábulos que melhor se adequam aos atos convencionais processuais. Sobre o assunto, ver item 4.2.2.

<sup>313</sup> Kohler defende ser processual o ato negocial que gere efeitos processuais. Apresenta, como exemplos, os atos de exclusão ou prorrogação de competência, atos que versassem sobre o procedimento, geral ou especial, atos negociais probatórios e pactos em sede executória (KOHLER, Josef. Über proceßrechtliche Verträge und Kreationen. **Gruchot's Beiträgen**, XXXI, 1887, p. 130-163 *apud* PEZZANI, Titina Maria. **Il Regime Convenzionale delle Prove**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 9-10 e CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 98).

<sup>314</sup> BÜLOW, Oskar von. **Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche kraft der Rechtsordnung** *apud* PEZZANI, Titina Maria. **Il Regime Convenzionale delle Prove**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 14 e CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 100).

<sup>315</sup> Nesse sentido, por todos, WACH, Adolf. Das Geständnis - Ein Beitrag zur Lehre von den prozessualischen Rechtsgeschäften. **Praxis**, 64, 1881, p. 218 *apud* PEZZANI, Titina Maria. **Il Regime Convenzionale delle Prove**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 14.

<sup>316</sup> Destacam-se as obras de SCHIEDERMAIR, Gerhard. **Vereinbarungen im Zivilprozeß**. Bonn: Röhrscheid, 1935; BAUMGÄRTEL, Gottfried. **Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß**. Berlin: Vahlen, 1957; RAATZ, Johann Georg. **Vollstreckungsverträge**. Berlin: Heymann, 1935; SOEHRING, Kay. **Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozeßverträgen**. Köln: Heymann, 1968. Com apresentação de um panorama geral da celeuma doutrinária na época, ver KNECHT, Otto. **Beweisvertraege im Zivilprozess**. Freiburg im Breisgau: Rudolf Rosswog, 1937, p. 16 e ss; DITTRICH, Hans. **Die sogenannten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse**. 1908. Dissertação. Universität Heidelberg, 1908.

<sup>317</sup> SCHLOSSER, Peter. **Einverständliches Partei handeln im Zivilprozeß**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 1 e ss. Apesar de, expressamente, negar veementemente a vigência do princípio da liberdade contratual em matéria processual, Leipold, em uma mudança de discurso aparentemente inconsciente, ao admitir a existência de convenções sobre atos processuais, afirma que se aplicam os princípios dispositivo (*Dispositionsmaxime*) e o princípio do consensualismo (*Beibringungsgrundsatz*) (LEIPOLD, Dieter. §128. *IN* STEIN, Jonas. **Kommentar zur Zivilprozeßordnung**. v. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 332 e ss).

<sup>318</sup> SCHLOSSER, Peter. **Einverständliches Partei handeln im Zivilprozeß**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 9 e ss., 12 e ss., 43 e ss.

<sup>319</sup> Os impactos da teoria na interpretação das convenções processuais e, conseqüentemente, na análise de seus limites é fundamental. Adota-se a tese do Professor alemão. A matéria será aprofundada no item 10.2.3.

maneira que, para afastar tal prioridade sistêmica, o juiz possui o ônus argumentativo de fundamentar, de maneira clara, profunda e precisa, as razões da limitação da autonomia da vontade das partes naquele caso concreto.<sup>320</sup>

A partir da apresentação do *in dubio pro libertate*, dotando à autonomia das partes um papel de destaque na relação processual, houve forte desenvolvimento doutrinário acerca de espécies de acordos processuais. Destacam-se os estudos sobre convenções probatórias,<sup>321</sup> custos do processo<sup>322</sup> e execução.<sup>323</sup>

De fato, atualmente, em níveis doutrinários e jurisprudenciais alemães, há uma forte tendência à adoção de uma posição relativamente liberal acerca da disponibilidade das normas processuais, com aceitação de contratos sobre o procedimento e sobre situações processuais.<sup>324</sup> Na prática, contudo, ainda sobrevive, no país, uma forte concepção publicista do processo, o que acaba por controlar o movimento pendular.<sup>325</sup>

<sup>320</sup> SCHLOSSER, Peter. **Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 22 e ss., 85 e ss. O Professor, em texto bem mais recente, reafirma a sua tese, em artigo publicado no Brasil, no qual comenta, inclusive, o avanço normativo brasileiro (SCHLOSSER, Peter. **Einverständliches Parteihandeln im deutschen Zivilprozess** IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 105-130). No mesmo sentido, adotando a tese de Schlosser: WAGNER, Gerhard. **Prozeßverträge**. Mohr Siebeck, 1998.

<sup>321</sup> Por todos, EICKMANN, Karl Wilhelm. **Beweisverträge im Zivilprozeß**. Bochum: Brockmeyer, 1987; PRÜTTING, Hanns. **Gegenwartsprobleme der Beweislast: eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht**. München: Beck, 1983; RITZMANN, Uve J. **Über den Feststellungsvertrag**. 1972. Dissertação. Universität Hamburg, 1973.

<sup>322</sup> Por todos, MAUBACH, Norbert. **Gewerbliche Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung**. Bonn: Dt. Anwaltverl. 2002; NITZSCHE, Dagobert. **Ausgewählte rechtliche und praktische Probleme der gewerblichen Prozesskostenfinanzierung unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzrechts**. München: Utz, 2003.

<sup>323</sup> Por todos, SCHERF, Dieter. **Vollstreckungsverträge**. Köln: Heymann, 1971; WIESER, Eberhard. Die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungsgläubigers. **Neue Juristische Wochenschrift**. v. 41. n. 11. München, Frankfurt am Main: Beck, mar. 1988.

<sup>324</sup> KERN, Christoph A. Procedural Contracts in Germany. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 179-191, p. 181-186. Nesse sentido, em doutrina: POHLMANN, Petra. **Zivilprozessrecht**. 3. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 122-123; SCHILKEN, Eberhard. **Zivilprozessrecht**. 7. ed. München: Vahlen, 2014, p. 75-77. Destaque-se a preferência alemã pelo termo “contrato processual” (*Prozessverträge*) para se referir às convenções processuais.

<sup>325</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 115-116. Defende-se, assim, que, mesmo admitida a liberdade convencional em sede processual, esta não pode ofender ao interesse público do processo (Henckel, Wolfram. **Prozessrecht und materielles Recht**. Liber Amicorum für Wolfram Henckel aus Anlass seines 90. Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 69 e ss.). É o caso, e.g., de Lieble, que, ao tratar dos atos processuais, não aprofunda a matéria dos negócios jurídicos, limitando-se a referências a sua natureza jurídica, de modo a defender ser ato de dupla essência: contrato jurídico-material e contrato processual. Admite a existência de contratos processuais típicos, vinculando a admissibilidade à previsão do ZPO (LIEBLE, Stefan. **Proceso Civil Alemán**. 2. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. 305-306.). Da mesma forma, Jauernig, ao analisar o compromisso arbitral, admite a existência das convenções processuais, como exceção ao sistema e desde que expressamente prevista no ZPO (JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozessrecht: ein studienbuch**. München:



### 6.2.2.2. França

Já a experiência doutrinária francesa, desde o início do séc. XX, apresenta trabalhos sobre os acordos processuais, mas com uma leitura bem mais simplista do que os alemães.<sup>326</sup> De fato, defendia-se que os contratos processuais não se diferenciavam dos contratos de teoria geral das obrigações, de maneira a se aplicar, para sua análise, as regras gerais de direito e, em caso de conflito entre a voluntariedade e o aspecto judicial, deveria prevalecer o elemento contratual, de maneira a subsumir o magistrado.<sup>327</sup>

Foi no final do séc. XX, contudo, em função da atividade jurisprudencial do País, cujos tribunais, há muito, são adeptos às convenções processuais, que a doutrina francesa encontrou terreno fértil para o amadurecimento do instituto.<sup>328</sup> Tratou-se, em verdade, de um movimento de fortalecimento da liberdade convencional processual, que surgiu pela atividade dos tribunais, como uma resposta à ineficiência do próprio judiciário e pela necessidade de flexibilização procedimental,<sup>329</sup> e, apenas posteriormente, foi desenvolvida em sede doutrinária.<sup>330-331</sup>

---

C.H. Becksche, Verlagsbuchhandlung, 1985, p. 236-240. A vinculação à previsão normativa é característica marcadamente publicista.

<sup>326</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 116

<sup>327</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 116

<sup>328</sup> Nesse sentido, Cabral, com maior profundidade, aponta os protocolos coletivos para regular a fase instrutória, as convenções para disciplinar a informatização do processo judicial e, mais recentemente, o contrato de procedimento individual, como institutos largamente adotado há mais de 30 anos pelos tribunais franceses (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 116-122). No mesmo sentido, Diogo Almeida discorre sobre o *contrat de procédure*, aprofundando os acordos processuais entre advogados, da década de 80, os acordos institucionais e os decretos, no início do séc. XIX, e as convenções relativas ao processo (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 41-51). Para uma maior contextualização doutrinária, ver, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. **Revista de Processo**. ano, 32. n. 150. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2007, p. 59-69, p. 66-67; ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. **Revista de Processo**. ano. 36. n. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2011, p. 167-200, p. 189-192.

<sup>329</sup> CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. **Civil Procedure Review**. v. 3. n. 3. Ago.-Dez., 2012, p. 3-35, p. 4-5; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 41; BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil. *IN* ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 481-502, p. 482.

<sup>330</sup> Foi, apropriando-se da terminologia adotada por Marinoni para se referir às reformas iniciadas pela atividade jurisdicional *contra legem*, verdadeira “rebelião da prática contra a teoria processual civil” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 81 e ss.).

<sup>331</sup> Nas palavras de Cabral: “No que tange aos fins que motivaram seu desenvolvimento, a experiência francesa: a) mostrou que há um sentimento de insuficiência do procedimento rígido, exigindo flexibilização; b) demonstrou

Diante dessa necessidade, de racionalização da produção jurídica<sup>332</sup> e otimização da relação tempo e processo, como reação ao incremento quantitativo e qualitativo das demandas judiciais, operou-se o fenômeno da “contratualização” do direito processual,<sup>333</sup> com o pressuposto do empoderamento dos sujeitos processuais, partes e magistrados, que, consensualmente, estabelecem as regras de solução do litígio.<sup>334</sup> Foi nesse contexto que se desenvolveram as reformas legislativas dos anos 1998, 2004 e 2005.<sup>335</sup>

É importante destacar, no entanto, que há características peculiares da legislação francesa que precisam ser consideradas, ao se realizar a análise de direito comparado.<sup>336</sup> É que o sistema processual francês, em comparação ao brasileiro, possui bem mais elasticidade normativa, sem tantas preclusões rígidas e com maior flexibilidade às peculiaridades do litígio, sendo que, aos poucos, a adaptabilidade do procedimento foi sendo transferida às partes.<sup>337</sup>

De toda forma, é inegável a influência da experiência francesa, com as convenções processuais, para a evolução do instituto em doutrina mundial e, claro, brasileira.<sup>338</sup> De fato, no

---

a tendência de atribuir um viés colaborativo à adaptação do procedimento, incrementando o papel das partes” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 122).

<sup>332</sup> CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano LXIV. n. 2. Milano: Giuffrè Editore, jun. 2010, p. 549-580, p. 555.

<sup>333</sup> Assim a doutrina alcunha o movimento do *contrat de procédure* do direito francês. Trata-se de terminologia amplamente adotada pela doutrina francesa, de maneira a ser reverberada pelos que estudam a flexibilização operada no país.

<sup>334</sup> BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil. *IN* ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 481-502, p. 482-483.

<sup>335</sup> BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil. *IN* ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 481-502, p. 483. Para uma visão mais aprofundada das reformas, ver ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 245-268, p. 246-254; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 116-122.

<sup>336</sup> Para um estudo aprofundado do método analítico de direito comparado, apesar de delimitar ao estudo constitucional e considerá-lo uma ciência autônoma, ver DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado: teoria do direito comparado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim*.

<sup>337</sup> CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano LXIV. n. 2. Milano: Giuffrè Editore, jun. 2010, p. 549-580, p. 550-556. Cabral, no mesmo sentido, ainda acrescenta que a legislação francesa não reserva à lei a normatização do direito processual civil, de maneira a viabilizar a convencionalidade sobre o procedimento (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 117).

<sup>338</sup> No Brasil, e.g., vê-se a positivação, no novo diploma processual, do calendário processual, conforme art. 191. Trata-se de instituto, muito antes, desenvolvido na França (BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil. *IN* ZUFELATO, Camilo; BONATO,

país, são notórios os estudos de Loïc Cardiet,<sup>339</sup> professor francês que se dedicou bastante à temática,<sup>340</sup> em especial sobre as convenções individuais sobre o processo,<sup>341</sup> em muito influenciaram a doutrina nacional.<sup>342</sup>

### 6.2.2.3. Itália

Na Itália, por outro lado, não houve, tradicionalmente, uma preocupação com os atos convencionais processuais.<sup>343</sup> Há, contudo, assim como ocorreu na França, relevante

---

Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 481-502, p. 482). Como aponta Cardiet, “Através deste acordo as partes podem ajustar certas regras do processo entre elas, seja na fase postulatória, na instrução ou nos debates. O calendário do processo, hoje consagrado pelo Código de Processo Civil brasileiro (art. 191 NCPC), é uma ilustração notável disso, que se pode encontrar em outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o direito francês (art. 764 CPC)” (CARDIET, Loïc. Prefácio. *IN CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 9-20, p. 10). Assim, art. 764: “Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l’instruction de l’affaire, eu égard à la nature, à l’urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l’avis des avocats; Il peut accorder des prorogations de délai; Il peut, après avoir recueilli l’avis des avocats, fixer un calendrier de la mise en état; Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l’article 450, celle du prononcé de la décision; Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu’en cas de cause grave et dûment justifiée; Le juge peut également renvoyer l’affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige”. O instituto francês também influenciou a legislação italiana, que em 2009 acrescentou o art. 81-bis ao seu código de processo civil, adotando a seguinte normativa: “Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell’urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incombenti che verranno in ciascuna di esse espletati, compresi quelli di cui all’articolo 189, primo comma. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d’ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini”.

<sup>339</sup> Destacam-se os artigos publicados no Brasil, em especial na Revista de Processo e em coletânea brasileira específica sobre o tema, na iminência de promulgação do novo CPC: CARDIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Revista de Processo**. ano.33. n. 160. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2008, p. 61-82; CARDIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. *IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 93-103.

<sup>340</sup> Na Itália, destaca-se sua participação na célebre coletânea sobre as convenções processuais: CARDIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 7-35.

<sup>341</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 245-268, p. 246-254, p. 251-254.

<sup>342</sup> Por todos, ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 41 e ss.; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, *passim*.

<sup>343</sup> CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 99-120, p. 105. Na doutrina tradicional italiana, muito influenciada pelo publicismo alemão, pouco se denotou relevância à

movimentação jurisprudencial sobre a matéria,<sup>344</sup> que, por certo, influenciou profundamente a preocupação doutrinária atual.<sup>345</sup>

Apenas a partir do final da primeira década do séc. XXI a doutrina italiana, com forte influência das experiências alemã<sup>346</sup> e francesa<sup>347</sup> e, ainda, respaldo na percepção crítica ao publicismo,<sup>348</sup> começou a se debruçar sobre o tema. Destaca-se, assim, o seminário ocorrido em dezembro de 2007, sediado na Universidade de Bolonha, que contou com a participação de grandes doutrinadores italianos e estrangeiros e resultou em publicação especial da *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.<sup>349</sup>

De fato, a importância da obra para a compreensão da negociação processual é marcante, com textos produzidos por Federico Carpi, Loïc Cardiet, Vincenzo Ferrari,<sup>350</sup> Giorgio

---

autonomia da vontade em sede processual. Por todos, MORTARA, Lodovico. **Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile**. 4. ed. v. 2. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1923, p. 551.

<sup>344</sup> Destaca-se os protocolos sobre o procedimento (*protocolli di procedura*), assemelhados aos protocolos institucionais franceses. “I protocolli di procedura italiani, al pari del *contrats de procédure* che si stanno per esaminare, ne costituiscono una evidente estrinsecazione” (CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano LXIV. n. 2. Milano: Giuffrè Editore, jun. 2010, p. 549-580, p. 552). Em tradução livre: “os protocolos de procedimento italianos, assim como os *contrats de procédure* que estamos examinando, constituem-se uma inegável manifestação de vontade”.

<sup>345</sup> BIAVATI, Paolo. Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana. *IN* ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 207-224, p. 223.

<sup>346</sup> CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 99-120, p. 101-104

<sup>347</sup> Tanto pelo calendário processual, conforme nota 338, quanto pelos influxos doutrinários. A presença de Loïc Cardiet, v.g., na célebre edição especial sobre acordos processuais da *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* é forte indicador dessa forte influência: CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 7-35.

<sup>348</sup> Destacam-se, no país: CIPRIANI, Franco. Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LVI. n. 4. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, dez. 2002, p. 1243-1261; MONTELEONE, Girolamo. Princípi e ideologie del processo civile: impressioni di un “revisionista”. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. ano. LVII. n. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, jun. 2003, p. 575-582.

<sup>349</sup> Como ressalta Carpi nas notas introdutórias (CARPI, Federico. Introduzione. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 1-4, p. 1).

<sup>350</sup> Com interessantes apontamentos sobre o aspecto social e psicológico da convencionalidade processual (FERRARI, Vincenzo. Le parti e il rischio del processo. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 37-58, p. 54-56).

de Nova,<sup>351</sup> Michele Taruffo<sup>352</sup> Remo Caponi e Adrian Zuckerman.<sup>353</sup> Relevante, ainda, no ano seguinte, a importante obra de Pezzani sobre as convenções processuais probatórias,<sup>354</sup> em 2015, o artigo publicado por Chizzini na *Rivista di Diritto Processuale*, admitindo os acordos processuais,<sup>355</sup> e, em 2016, a publicação de Luca Penasa sobre o momento atual dos negócios processuais na Itália.<sup>356</sup>

Entretanto, ainda é muito incipiente, no país, os estudos sobre os acordos processuais, de maneira a, assim como no Brasil, estar longe de um amadurecimento.

#### 6.2.2.4. *Portugal e Espanha*

Nos países ibéricos, por outro lado, não há, ainda, estudos de destaque acerca das convenções processuais.<sup>357</sup> Destaca-se a experiência doutrinária dos países, contudo, pelos estudos relativos ao protagonismo das partes em sede processual, no país lusitano,<sup>358</sup> e, ainda, pela profunda análise acerca da dicotomia publicismo e privatismo, no país espanhol.<sup>359</sup>

---

<sup>351</sup> Com uma relevante comparação entre o papel do árbitro e do juiz, além da análise dos influxos de determinadas espécies convencionais na decisão do magistrado. Analisa, assim, os acordos sobre a lei aplicável à resolução, sobre ônus da prova, sobre o rito, dentre outros (NOVA, Giorgio De. *Accordi delle parti e decisione. Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 59-68).

<sup>352</sup> Com uma digressão acerca da negociação sobre a veracidade de um enunciado fático, negando-lhe cabimento (TARUFFO, Michele. *Verità negoziata? Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 69-98, p. 92).

<sup>353</sup> Tratando, criticamente e sob um viés publicista, de institutos sobre a relativização da preclusão (ZUCKERMAN, Adrian. *Adjudication of civil dispute: a mismanaged public service. Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 121-126).

<sup>354</sup> PEZZANI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle Prove*. Milano: Giuffrè, 2009.

<sup>355</sup> CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti. Rivista di Diritto Processuale*. ano. LXX. n. 1. Padova: CEDAM, jan./mar. 2015, p. 45-60.

<sup>356</sup> PENASA, Luca. *Gli accordi processuali in Italia. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 255-287.

<sup>357</sup> Exceção que merece destaque é o artigo publicado por Paula Costa e Silva, em coletânea, contudo, brasileira: SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 297-334.

<sup>358</sup> Destaca-se a reforma portuguesa iniciada em 1995, através dos Decretos-leis 329-A/95 e 180/96, com a positivação do princípio da cooperação processual, base à compreensão das convenções processuais em direito brasileiro. Ver item 9.2.3.

<sup>359</sup> Refere-se, aqui, aos estudos encabeçados por Juan Montero Aroca, em especial à coletânea de sua coordenação, que contém, ainda, textos próprios: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

De fato, foi na Espanha que a crítica ao publicismo, principalmente sob um viés de debate acerca do autoritarismo legislativo processual, e a análise dos abusos do hiperpublicismo começaram a ganhar destaque doutrinário.<sup>360</sup> Os estudos encabeçados por Juan Montero Aroca, com grande influência no direito processual italiano,<sup>361</sup> colocaram em evidência a problemática do protagonismo do juiz em sede processual.<sup>362</sup>

Nesse sentido, ao defender uma correlação clara entre o publicismo e sistemas autoritários, como o socialismo e o fascismo, com fortalecimento estatal e prevalência de um interesse público ao privado,<sup>363</sup> desenvolve-se a ideia de que, com o término da 2ª Guerra Mundial, não há mais espaço para o predomínio autoritário do juiz, de maneira que a reconstrução do sistema processual sob a perspectiva do princípio dispositivo e da autonomia privada é fundamental.<sup>364</sup> Em outras palavras, com a defesa da autonomia da vontade e o

<sup>360</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. ano. 33. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 29-56, p. 30.

<sup>361</sup> A obra espanhola, em verdade, tem grande participação de Cipriani e Monteleone, juristas italianos que, há muito, já se preocupavam com os excessos publicistas: CIPRIANI, Franco. El proceso civil italiano entre revisionistas y negociacionistas. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 51-64; CIPRIANI, Franco. El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 81-95; MONTELEONE, Girolamo. Principios e ideologías del proceso civil: impresiones de un "revisionista". *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 97-107. MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las "orientaciones publicísticas" del proceso civil. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 173-197.

<sup>362</sup> Foge ao escopo do presente trabalho aprofundar a tese garantista e o debate com os publicistas, sendo relevante, apenas, compreender os argumentos doutrinários da corrente garantista para a superação da visão publicista de processo. Isso porque, inegavelmente, as ideias são fundamentais ao fortalecimento da autonomia privada em sede processual e suas críticas servem de base argumentativa para a aceitação da convencionalidade processual. Não se ignora, contudo, a reação publicista, com críticas ao "retrocesso" defendido pela corrente, com privatização do direito processual. Por todos, ver VERDE, Giovanni. Le ideologie del processo in um recente saggio. **Rivista di Diritto Processuale**. ano. LVII (II Serie). n. 3. Padova: CEDAM, jul./set. 2002, p. 676-687; PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 109-127; MOREIRA, José Carlos Barbosa. El neoprivatismo en el proceso civil. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 199-215. Em direito processual penal, para uma visão mais aprofundada da corrente garantista, que em muito fundamentou a doutrina processualista civil, ver FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. ZOMER, Ana Paula *et al* (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 851 e ss.

<sup>363</sup> AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. *IN* \_\_\_\_\_ (coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 130-165, p. 149.

<sup>364</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. ano. 33. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 29-56, p. 32.

princípio dispositivo, que devem nortear todo o processo,<sup>365</sup> resta fortalecida a convencionalidade processual.<sup>366</sup>

Já em Portugal, a superação da visão publicista do processo, com fortalecimento do princípio dispositivo e da autonomia da vontade, restou consubstanciada no princípio da cooperação processual.<sup>367-368</sup> Pela relevância da compreensão do modelo cooperativo de processo para o presente estudo, previsto, inclusive, no CPC/15,<sup>369</sup> a matéria será abordada em item próprio.<sup>370</sup>

Destacam-se, ainda, os estudos de Paula Costa e Silva acerca da vontade nos atos processuais,<sup>371</sup> cuja tese publicada influenciou, profundamente, a doutrina brasileira.<sup>372</sup>

---

<sup>365</sup> GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. Com motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español. *IN AROCA*, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 29-46, p. 34.

<sup>366</sup> Aqui, cabe uma ressalva. É fundamental compreender que a reação ao publicismo, na Espanha, gerou, pela corrente garantista, uma reaproximação ao modelo adversarial de processo, com o protagonismo das partes e defesa da inércia do órgão julgador, em negação extrema, e quase *hiperprivatista* (ver item 7) do processo. Em outras palavras, apesar de significar uma ruptura com o pensamento *hiperpublicista* de processo e uma valorização da convencionalidade, há fundamentos diversos dos aqui adotados. Não se coaduna com o pensamento garantista, mas sim com a ideia cooperativa de processo, com a colaboração entre os sujeitos processuais como mote da condução processual (ver item 9.2.2).

<sup>367</sup> Art. 7º Código de Processo Civil português de 2013: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

<sup>368</sup> Possui destaque, ainda, haja vista as convenções processuais serem uma forma de flexibilização das normas previstas na legislação, o princípio da adequação formal, que permite que o juiz adapte o procedimento disciplinado pela legislação às peculiaridades do caso concreto (GAJARDONI, Fernando. O princípio da adequação forma do direito processual civil português. **Revista de Processo**. ano 33. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 121-134, p. 126-128). Em virtude de se tratar de mecanismo que reafirma o protagonismo judicial, contudo, não será dado destaque à questão neste momento. Interessante, a partir de análise crítica da reforma portuguesa, a advertência de Taynara Ono, com a qual não se concorda, de que, ao analisar o art. 190 do CPC/15: “a falta de funcionalidade da forma de flexibilização descrita nesse dispositivo, no contexto brasileiro, pode se dar de forma ainda mais gravosa, uma vez que a iniciativa para a flexibilização depende também da vontade das partes ao passo que o juiz tem o papel apenas de fiscalizar as convenções e intervir somente em situações específicas” (ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. **Revista de Processo**. ano. 41. n. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2016, p. 407-427, p. 420-421). Aborda-se de maneira mais detida a crítica no item 14.1.4.

<sup>369</sup> CPC/15 – “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>370</sup> Ver item 9.2.2.

<sup>371</sup> SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>372</sup> Ilustra a influência, cabalmente, a participação da professora lusitana na coletânea brasileira sobre os negócios processuais: SILVA, Paula Costa e. Pactum de *non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *IN CABRAL*, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 297-334.

#### 6.2.2.5. *Estados Unidos e Inglaterra*

Já nos países oriundos da família *common law*, têm-se fenômeno distinto.<sup>373</sup> De fato, ao se analisar os sistemas processuais anglo-saxões, percebe-se o protagonismo das partes na gestão processual<sup>374</sup> e, por natural, uma tradicional ausência de adoção dos princípios publicistas de gestão processual.

Por essa razão, antes da análise própria da relação do sistema com as convenções processuais, é necessário contextualizar o principal problema enfrentado pelos países dessa tradição: o elevado custo do processo<sup>375</sup> e a lentidão atribuída às partes.<sup>376</sup> Em outras palavras, ao estudar os avanços normativos ocorridos nos países dessa tradição, não há uma reação ao legicentrismo, ou à saturação da teoria publicista de processo, mas uma crise de legitimidade judicial em função de particularidades próprias do sistema.<sup>377</sup>

Nos Estados Unidos, apesar da tradição liberal na condução do processo, também não há maturidade doutrinária sobre as convenções processuais.<sup>378</sup> Apenas nos últimos anos a

<sup>373</sup> Não se ignora a advertência de Barbosa Moreira, de que os modelos ideais de processo jamais se consubstanciam na prática, como modelos puros, sendo certo que há, apenas, uma predominância de características (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Duelo e processo*. IN \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211-221, p. 214). No entanto, é evidente que as influências teóricas, para a própria construção dos sistemas jurídicos, variam conforme a experiência particular de cada um e, ainda, de suas estruturas consolidadas, de maneira que cada realidade precisa ser analisada de acordo com suas peculiaridades. Destaca-se, ainda, a interessante constatação de aproximação dos sistemas, ao longo do tempo, diante da necessidade de aprimoramento dos sistemas e influências recíprocas entre as tradicionais teorias das famílias *common law* e *civil law* (SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. *Tradições do direito*. IN ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (coord.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 137-196, p. 149).

<sup>374</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Altas, 2008, p. 109-110; DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**. ano 36. n. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2011, p. 213-225, p. 214. Barbosa Moreira, em interessante artigo, narra surpreendente caso em que um juiz inglês, por determinar oficiosamente a produção de provas, requerendo a oitiva de testemunhas não arroladas, foi convidado a demitir-se e ocasionou a nulidade da sentença (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*. IN \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 7ª Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 155-178, p. 160).

<sup>375</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 40.

<sup>376</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Altas, 2008, p. 113.

<sup>377</sup> Foge ao escopo do trabalho uma análise detida sobre a crise judicial sob uma perspectiva dos sistemas do *common law*. Trata-se, assim, apenas de uma advertência, já que, ao final, importa apenas identificar o estágio doutrinário dos países nos estudos sobre a convencionalidade processual. Para uma visão mais aprofundada, por todos, ver ANDREWS, Neil. **The Modern Civil Process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 3 e ss

<sup>378</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 124.



doutrina começou a se preocupar com a figura dos acordos processuais, sendo destacáveis alguns interessantes artigos publicados,<sup>379</sup> mas sem produção de obras de fôlego.

Assim como na França e na Itália, houve no país forte influência jurisprudencial no desenvolvimento da matéria, que, provocada pela prática de inclusão de convenções processuais em acordos,<sup>380</sup> consolidou precedentes pela validade da norma processual convencional.<sup>381</sup> Nesse contexto, a doutrina, ainda que perplexa,<sup>382</sup> tem-se debruçado sobre a matéria, com bastante preocupação acerca dos limites dessa inovadora liberdade negocial sob normas processuais.<sup>383</sup>

De fato, a experiência americana ainda é bastante incipiente, sendo que, apesar de a jurisprudência autorizar várias espécies de convenções processuais<sup>384</sup> e a prática utilizá-las,<sup>385</sup> ainda não há grande desenvolvimento doutrinário sobre as convenções processuais.<sup>386</sup> Dessa

---

<sup>379</sup> RHEE, Robert J. Toward procedural optionality: private ordering of public adjudication. **New York University Law Review**. v. 84. New York: New York University, p. 514-571; HORTON, David. The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments. **UCLA Law Review**. v. 57. Los Angeles: UCLA, 2010, p. 605-667; RESNIK, Judith. Procedure as contract. **Notre Dame Law Review**. v. 80. n. 2. Indiana: University of Notre Dame, 2005, p. 593-668.

<sup>380</sup> MOFFITT, Michael L. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. **George Washington Law Review**. v. 75. Washington: George Washington University, p. 1-53, p. 16 e ss.

<sup>381</sup> Assim vem decidindo a Suprema Corte norte americana. Nesse sentido, ver casos: *Carnival Cruise Lines vs. Shute*, 499 U.S. 585 (1991). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/>. Acesso em 24 de abril de 2017; 599 U.S.; *Shady Grove Orthopedic Associates, P. A. v. Allstate Ins. Co.* 559 U.S. 393 (2010). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/393/>. Acesso em 24 de abril de 2017; *Stolt-Nielsen S. A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.* 559 U.S. 662 (2010). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/662/>. Acesso em 24 de abril de 2017.

<sup>382</sup> DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131-178, p. 132-133.

<sup>383</sup> DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. **Virginia Law Review**. v. 97. n. 4. Virginia: University of Virginia, jun. 2011, p. 723-800, p. 726 e ss.; p. 754 e ss.

<sup>384</sup> São exemplos de negócios processuais aceitos na prática a renúncia ao julgamento pelo júri, cláusulas de eleição de foro, renúncia a alegações e convenções processuais das mais diversas naturezas (TAYLOR, David H.; CLIFFE, Sara M. Civil procedure by contract: a convoluted confluence of private contract and public procedure in need of congressional control. **University of Richmond Law Review**. v. 35. Virginia: University of Richmond, 2002 p. 1085-1162, p. 1085-1086; STRONG, John W. Consensual Modifications of the Rules of Evidence: The Limits of Party Autonomy in an Adversary System. **Nebraska Law Review**. v. 80. Nebraska: University of Nebraska, 2001, p. 159-170).

<sup>385</sup> Apesar de não ser, ainda, uma prática excessivamente difundida. Para uma interessante análise sobre as razões da baixa utilização dos institutos, ver WEIDEMAIER, W. Mark C. Customized Procedure in Theory and Reality. **Washington and Lee Law Review**. v. 72. n. 4. Lexington: Washington and Lee University, set. 2015, p. 1867-1943, p. 1887.

<sup>386</sup> Assim reconhece a própria doutrina norte-americana: “Although arbitration and venue clauses are common in contracts and widely discussed in the literature, the fact that parties can vary the rules of litigation in their ex ante contract is relatively unexplored” (SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. **The Yale Law Journal**. n. 115. n. 8. Connecticut: Yale University, jun. 2006, p. 814-879, p. 857). Em tradução livre: “Embora cláusulas de arbitragem e foro sejam comuns em contratos e vivamente discutidos na literatura, o fato de as partes poderem variar as regras processuais de futuros litígios, nos seus contratos, é

forma, a despeito de estudos mais aprofundados sobre algumas espécies de acordos processuais,<sup>387</sup> os norte-americanos não fornecem maiores bases para a análise.

Já na Inglaterra, diante da crise institucional, destaca-se o movimento de reforma do sistema processual, com a criação do primeiro código de processo civil do país,<sup>388</sup> vigente a partir de 1999, consolidando o instituto denominado *case management*, com o incremento do papel do juiz na condução processual.<sup>389</sup> Desse modo, optou-se, como forma de superação da crise e otimização do sistema judicial, pelo aumento da discricionariedade judicial<sup>390</sup> e flexibilização do processo pelo órgão julgador.<sup>391</sup>

---

relativamente inexplorado”. No mesmo sentido: DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. **Virginia Law Review**. v. 97. n. 4. Virginia: University of Virginia, jun. 2011, p. 723-800, p. 727-728.

<sup>387</sup> Destacam-se a cláusula de eleição de foro – *forum selection clause or venue clause* (MULLENIX, Linda S. Another choice of forum, another choice of law: consensual adjudicatory procedure in federal court. **Fordham Law Review**. v. 57. n. 3. New York: Fordham University, 1988, p. 291-373; MARCUS, David. The perils of contract procedure: a revised history of forum selection clauses in the federal courts. **Tulane Law Review**. New Orleans: Tulane University, fev. 2008, p. 974-1049; SOLIMINE, Michael E. Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure. **Cornell International Law Journal**. v. 25. New York: Cornell Law School, 1992, p. 51-101), os estudos arbitrais – *arbitration clause* (com enorme volume. Por todos, FRANKEL, Richard. The arbitration clause as super contract. **Washington University Law Review**. v. 91. n. 3. Washington: Washington University, 2014, p. 531-587; SMITH, Shelly. Mandatory Arbitration Clauses in Consumer Contracts: Consumer Protection and the Circumvention of the Judicial System. **DePaul Law Review**. v. 50. n. 4. Chicago: DePaul University, p. 1191-1251), a renúncia ao julgamento pelo júri – *jury waiver* (MOFFITT, Michael L. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. **George Washington Law Review**. v. 75. Washington: George Washington University, p. 1-53, p. 30 e ss) e a escolha consensual do direito aplicável – *choice of law* (HOOK, Maria. **Choice of contract law**. Oregon: Hart, 2016; STRONG, Stacie I. Limits of procedural choice of law. **University of Missouri School of Law Scholarship Repository**. Columbia: University of Missouri, 2014, p. 1027-1121).

<sup>388</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. n. 18. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, 2000, p. 148-162, p. 148.

<sup>389</sup> ANDREWS, Neil. **English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system**. Oxford: Oxford University, 2003, p. 39. É o que se percebe, assim, pela regra n. “1.4” do Civil Procedure Rules (CPR) da Inglaterra: “Rule 1.4.: (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases; (2) Active case management includes: (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (ADR) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently”.

<sup>390</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 35.

<sup>391</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Altas, 2008, p. 115. Nos termos da regra n “27.8.1.”, o juiz é livre para aplicar o procedimento que considerar mais justo à resolução do litígio: “Rule 27.8: (1) The court may adopt any method of proceeding at a hearing that it considers to be fair”.

Nesse sentido, é clara a opção inglesa pelo incremento do poder judicial como forma de solucionar os problemas do seu sistema judicial e, assim, incrementá-lo,<sup>392</sup> de modo que não houve, no país, estudos de destaque sobre as convenções processuais. Fundamental, contudo, o destaque à experiência inglesa, pelo alerta: o excessivo protagonismo das partes na condução do processo, maximizado pela ingerência na criação normativa, também pode ser um problema.

Após a análise da evolução jurídico-doutrinária da matéria em sede de direito comparado, com a investigação de sistemas jurídicos que em muito influenciam a doutrina brasileira, é possível, com propriedade, analisar os avanços doutrinários no Brasil. É o que se pretende no próximo item.

### 6.2.3. Evolução jurídico-doutrinária em direito brasileiro

No Brasil, a doutrina, tradicionalmente publicista, ou negava ou ignorava a admissibilidade das convenções processuais.<sup>393</sup> Não surpreende, diante da enorme influência da processualística italiana no direito brasileiro, o silêncio eloquente, como verdadeira negação do instituto, com respaldo na moderna doutrina italiana.<sup>394</sup>

---

<sup>392</sup> A conclusão é bastante interessante. Enquanto os demais países caminham para o incremento do princípio dispositivo e aumento da participação das partes, inclusive com a permissão das normas convencionais processuais, o sistema inglês, historicamente dispositivo e fundado no protagonismo das partes, caminha para o protagonismo judicial. É que, por certo, da mesma forma que há uma saturação do sistema processual publicista, com a flexibilização da rigidez, há uma crise do sistema privatista, por razões distintas, com o enrijecimento da autonomia da vontade. Soa como uma advertência: excesso de liberdade, autonomia da vontade e participação das partes no processo não é, puramente, a solução para a ineficiência do sistema judicial. A matéria será aprofundada no item 7.

<sup>393</sup> Como bem percebeu Robson Godinho (GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 557-590, p. 579-581), é curiosa a posição de Pontes de Miranda que, admitindo a existência de algumas figuras negociais, como a desistência da ação e do recurso e até mesmo o *pactum de non petendo*, e embora notório estudioso do direito germânico, praticamente silenciou sobre os negócios processuais em sua obra (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 8). De forma similar, ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4-7, apesar de tangenciar a questão, prefere não a aprofundar. Sobre a doutrina refratária às convenções, ver nota 8.

<sup>394</sup> “Completamente diverso è il panorama che si dischiude nel dare uno sguardo all’esperienza italiana. Sulla categoria degli accordi processuali, in sé e per sé considerata, è calato sostanzialmente l’oblio” (CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2008, p. 99-120, p. 105). Em tradução livre: “totalmente diferente é o panorama que se desenrola ao se analisar a experiência italiana. Sobre a categoria dos acordos processuais, *per se* e assim considerada, calou-se substancialmente a doutrina, reduzindo o instituto ao esquecimento”.

Há, ainda, os que negaram, expressamente, a existência dos negócios jurídicos processuais. Destaca-se, nesse sentido, a posição de Dinamarco, para quem inexiste, no processo, o primado da autonomia da vontade, de modo que os efeitos do ato processual, necessariamente, decorrem de lei.<sup>395</sup> A histórica<sup>396</sup> posição foi seguida, por muitos, na doutrina nacional.<sup>397</sup>

No entanto, mesmo na doutrina tradicional, é possível se verificar posicionamentos, mesmo que com breves referências, favoráveis às convenções processuais.<sup>398</sup> Destacam-se, por um maior aprofundamento, Calmon de Passos,<sup>399</sup> que defendeu a existência da categoria, e Barbosa Moreira,<sup>400</sup> com visionário artigo sobre as convenções processuais.

Entretanto, a tímida produção acadêmica brasileira não foi suficiente para aguçar a curiosidade doutrinária, de maneira que o tema permaneceu sem maiores desenvolvimentos. De fato, foi apenas a partir das experiências portuguesa, principalmente pela obra de Paula Costa e

<sup>395</sup> “A vinculação entre ato e efeito programado é característica dos negócios jurídicos (Emilio Betti) e os atos processuais não têm essa qualificação. (...) a lei permite a alteração de certos comandos jurídicos por ato voluntário das partes mas não lhes deixa margem para o auto-regramento que é inerente aos negócios jurídicos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484).

<sup>396</sup> Histórica, aqui, no sentido de já superada, uma vez que, o próprio Dinamarco, em edição mais recente de suas instituições, admite a existência dos negócios jurídicos processuais (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 550 e ss.).

<sup>397</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 2 (arts. 154 a 269). São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 15-16; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 274; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 421; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Capítulos de sentença e efeitos dos recursos**. São Paulo: RCS, 2006, p. 19-20. Há, ainda, quem sustente a inadmissibilidade, mesmo analisando o projeto do que seria o CPC/15: MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Freddie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 339-361, p. 345.

<sup>398</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 410; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 293; COSTA, Alfredo Araújo. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.128-130; GUIMARÃES, Luiz Machado. Ato processual. **Estudos de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 76-92, p. 89-90; TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 54. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 190-192; FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 433.

<sup>399</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-70.

<sup>400</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

Silva,<sup>401</sup> e francesa, com as publicações de Loïc Cardiet e sua influência no processo civil italiano,<sup>402</sup> que a matéria ganhou força no Brasil.<sup>403</sup>

Ademais, o cenário crítico do judiciário e, por consequência, a saturação da apropriação estatal da justiça também gerou, paulatinamente, um movimento contrário ao hiperpublicismo no Brasil, com a defesa de uma visão mais liberal dos escopos do processo.<sup>404</sup> De fato, a percepção de que os objetivos da jurisdição não devem ser hierarquizados,<sup>405</sup> mas equilibrados e tratados com a mesma importância, começou a ganhar força no país.<sup>406</sup>

Assim, Leonardo Greco, em 2008, publicou importante artigo sobre os atos processuais de disposição, em que lista várias espécies de convenções processuais atípicas.<sup>407</sup> Pouco antes, em 2006, iniciou-se na Universidade Federal da Bahia, sob coordenação de Fredie Didier Jr., grupo de estudos sobre os negócios jurídicos que, influenciado pela doutrina de Marcos Bernardes de Mello, produziria relevantes publicações sobre o tema.<sup>408</sup>

Nos anos seguintes, vislumbrou-se a publicação de vários artigos científicos,<sup>409</sup> com destaque para a publicação de Paula Sarno Braga,<sup>410</sup> pela sistematização do plano da existência da teoria dos fatos jurídicos processuais, e Leonardo Carneiro da Cunha, pela apresentação

---

<sup>401</sup> SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003.

<sup>402</sup> Ver item 6.2.2.3.

<sup>403</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 130.

<sup>404</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. ano. 33. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 29-56, p. 55-56.

<sup>405</sup> Refere-se, aqui, aos escopos social, político e jurídico do processo. Ver item 6.2.1.

<sup>406</sup> YARSHELL, Flavio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 23-34.

<sup>407</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *IN* MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 290-304.

<sup>408</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 19. Para além de várias obras citadas ao longo deste trabalho, destaca-se a coletânea em homenagem a Marcos Bernardes de Mello, publicada em 2010: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. O próprio Fredie Didier, ademais, a partir da edição de 2008 do seu curso, começou a tratar da matéria (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 240).

<sup>409</sup> Há inúmeras referências ao longo do trabalho. Por todos: DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**. ano. 39. n. 232. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2014, p. 69-76; LIMA, Bernardo Silva de. Sobre o negócio jurídico processual. *IN* DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-123; COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. ano. 37. n. 212. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2012, p. 25-56.

<sup>410</sup> BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320.

didática dos negócios jurídicos processuais.<sup>411</sup> Tem enorme destaque, ainda, a coletânea *Negócios Processuais*,<sup>412</sup> repleta de ensaios de novos juristas dedicados à matéria.<sup>413</sup>

Nesse contexto, destaca-se a relevante produção de teses e dissertações de mestrado sobre as convenções processuais, estudando, com profundidade, a temática.<sup>414</sup> Destaque deve ser dado à tese de livre docência de Antonio do Passo Cabral<sup>415</sup>, com vasta análise histórico-doutrinárias acerca das convenções processuais, à tese de doutorado de Pedro Henrique Nogueira,<sup>416</sup> na qual estudou, com propriedade, o negócio jurídico processual, à tese de Diogo Almeida,<sup>417</sup> com análise destacada da doutrina estrangeira, à tese de doutorado de Robson Godinho,<sup>418</sup> que estudou com propriedade os negócios jurídicos para compreensão das convenções sobre o ônus da prova, e à tese, e Lorena Barreiros,<sup>419</sup> com foco na admissibilidade de convenções processuais com o poder público.

Esse é, assim, o estágio atual da doutrina brasileira, que, sob forte influência do direito estrangeiro, vem denotando admissibilidade às convenções processuais e, por conseguinte, criando as bases científicas para a aplicação do instituto.<sup>420</sup> Certamente, as inovações legislativas positivadas pelo novo CPC, principalmente o art. 190 do diploma,<sup>421</sup> são frutos da consolidação doutrinária nacional dos últimos anos.

---

<sup>411</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro*. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62.

<sup>412</sup> CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015

<sup>413</sup> Cujas obras são citadas ao longo do trabalho.

<sup>414</sup> Por todos, COSTA, Thais Mendonça Aleluia da. **A contratualização do processo civil francês: um novo horizonte para a adequação processual**. 2012. Dissertação (mestrado em direito público). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2012; HOFFMAN, Paulo. **Saneamento compartilhado**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 186 e ss.; REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil brasileiro**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

<sup>415</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 43-44.

<sup>416</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>417</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015.

<sup>418</sup> GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015.

<sup>419</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 115 e ss.

<sup>420</sup> Com produção tão relevante e destacada que, sob um outro viés de direito comparado, é base científica, inclusive, para a compreensão do fenômeno em outros sistemas. Ver, e.g., CAVANI, Renzo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Convenciones procesales: estudios sobre negocio juridico y proceso**. Lima: Raguel Ediciones, 2015.

<sup>421</sup> Ver item 14.1.2.

Entretanto, persistem inúmeras dúvidas doutrinária acerca da aplicabilidade dos acordos processuais, principalmente dos limites de sua aplicação, o que, claramente, gera riscos de excesso e colocam em dúvida a viabilidade dos atos convencionais processuais. É o que se abordará no próximo item.

## 7. O RISCO DO HIPERPRIVATISMO E A NECESSIDADE DE LIMITAÇÕES

Se a construção doutrinária brasileira, nos últimos anos, fundou-se, como visto,<sup>422</sup> em uma visão excessiva do publicismo, com a valorização do papel do juiz na condução processual, do interesse público do processo e restrição, ou quase negação, da autonomia da vontade das partes em sede processual, o movimento pendular ao liberalismo processual também possui seus riscos de excesso.<sup>423</sup> Essa é, em verdade, a maior preocupação dos que investigam a matéria.<sup>424</sup>

De fato, e, aqui, o alerta do sistema liberal inglês merece ser rememorado,<sup>425</sup> um sistema plenamente liberal, em que haja uma hierarquização reversa dos escopos processuais e valorização do interesse privado ao interesse público, não é a solução à crise judiciária. Em verdade, o desafio é estabelecer um sistema eficiente, com minimização das mazelas do modelo publicista e sem gerar os problemas do privatista, capaz, assim, de conciliar o interesse público do processo, as normas cogentes que o circundam e o papel do juiz com a necessária majoração da autonomia da vontade das partes e, assim, flexibilização do modelo processual, cuja rigidez, como visto, não mais atende os anseios sociais.

É, como pretende Cabral, adotar uma convencionalidade processual, com flexibilização da rigidez normativa por iniciativa das partes e admissão do princípio dispositivo

---

<sup>422</sup> Item 6.1.

<sup>423</sup> É o risco de se permitir, por mera euforia diante da novidade, negócios jurídicos processuais inválidos e/ou ineficazes, como bem adverte ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 398.

<sup>424</sup> “O déficit democrático que se vê nos processos não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo jurisdicional, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos dos processos. Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal” (GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 64).

<sup>425</sup> A crise institucional do judiciário inglês, que gerou um movimento pendular ao publicismo, com a promulgação de um código de processo e a adoção do *case management*, com fortalecimento do papel do juiz no processo. Ver item 6.2.2.5.

e liberal em sede processual, sem abandono, contudo, dos avanços publicistas.<sup>426</sup> Para tanto, fundamental que a doutrina se dedique à construção teórica dos limites às convenções processuais, proporcionando um sistema cada vez mais coerente e eficiente.<sup>427</sup>

Ainda não houve, ou ao menos se desconhece, como já antecipado em sede introdutória, trabalho de fôlego sobre a questão, com enfoque específico.<sup>428</sup> Entretanto, a matéria é abordada em algumas obras nacionais,<sup>429</sup> seja como um tópico secundário de um trabalho com objeto delimitado à outra questão das convenções processuais, seja como objeto de artigos científicos.

Pela importância impar das construções já realizadas, que fornecem elementos essenciais à pesquisa que ora se propõe, importa uma breve e resumida apresentação dos limites já apresentados em doutrina. Por evidência, as teses embasarão, e serão referenciadas e criticadas ao longo do trabalho, a análise específica dos limites às convenções processuais que esta pesquisa propõe, quer com rejeição, quer com adoção das ideias.

Leonardo Greco,<sup>430</sup> em artigo científico que merece destaque pelo ineditismo em doutrina pátria e profundidade, apresenta três limites à autonomia da vontade em matéria processual: (a) disponibilidade do direito material a que se refere; (b) respeito à isonomia processual, e (c) observância às normas fundamentais do direito.<sup>431</sup> Em síntese, defende o

---

<sup>426</sup> De fato, esse é o cerne da tese do Professor, especialmente a partir do capítulo 3 de sua obra: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 135 e ss.

<sup>427</sup> É o grande desafio da doutrina, como bem asseveram: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro**. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 58; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 553-555; DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131-178, p. 170 e ss.

<sup>428</sup> É a contribuição que se pretende, com esta obra, ofertar à academia jurídica.

<sup>429</sup> Também é objeto, por óbvio, de algumas obras de direito comparado (Por todos, DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131-178, p. 170 e ss; DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. **Virginia Law Review**. v. 97. n. 4. Virginia: University of Virginia, jun. 2011, p. 723-800, p. 754 e ss.). Entretanto, por ora, limita-se a apresentação ao âmbito nacional. Obras estrangeiras serão utilizadas, por evidência, no momento de construção dos limites.

<sup>430</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. IN MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 290-304.

<sup>431</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. IN MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 290-304, p. 290-293.



Professor que a convenção processual deve versar sobre direito material disponível, com respeito às normas fundamentais do processo.

Diogo Rezende de Almeida, em sua tese de doutorado com enfoque mais voltado ao fenômeno da “contratualização” do processo,<sup>432</sup> analisa a higidez das convenções processuais sob quatro aspectos: (a) capacidade dos contratantes; (b) forma prevista em lei; (c) licitude do objeto negociado, e (d) disponibilidade do direito material objeto do processo negociado.<sup>433</sup> A abordagem, destaque-se, inclui uma análise do que denominou de ordem pública processual, com o cuidado de tratar dos princípios constitucionais do processo.

Leonardo Carneiro da Cunha, em artigo científico que esclarece nuances importantes acerca dos acordos processuais, à luz do CPC/15,<sup>434</sup> aponta o respeito às normas fundamentais do processo como ponto de partida, essencial, pois, para a análise do instituto.<sup>435</sup> Além disso, aponta dois limites à convencionalidade, de maneira ser necessário, assim, que se respeite (a) aos limites à disponibilidade outorgada pelo legislador, e (b) às restrições inerentes às matérias de reserva legal.<sup>436</sup>

Jaldermiro Ataíde Junior, em artigo científico publicado na Revista de Processo em 2015,<sup>437</sup> também se debruça sobre a matéria. Apresenta o Professor, assim, uma análise dos limites às convenções processuais a partir dos planos do mundo jurídico,<sup>438</sup> de forma a avaliar os planos da existência, da validade e da eficácia.

---

<sup>432</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015.

<sup>433</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 128-187

<sup>434</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62.

<sup>435</sup> “A licitude do objeto do negócio processual passa pelo respeito às garantias fundamentais do processo. Não parece possível um negócio processual que permita, por exemplo, uma carta psicografada como prova, já que se revela ilícita tal prova. Também não parece possível um negócio processual que dispensa a fundamentação da decisão ou que imponha sigilo ou segredo de justiça, afastando a exigência constitucional de publicidade nos processos judiciais” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 59).

<sup>436</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 59.

<sup>437</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldermiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423.

<sup>438</sup> Ver item 3.3.

Nesse sentido, no plano da existência, apresenta, como elemento central, a manifestação, ou declaração, consciente de vontade com vistas a autorregrear situações jurídicas, bem como os seguintes elementos complementares: (a) permissivo legal a tal autorregulação; (b) *referibilidade* a um processo.<sup>439</sup> Já no plano da validade, é preciso: (i) ser celebrado por pessoa capaz; (ii) possuir objeto e objetivos lícitos; (iii) obedecer à forma prescrita, ou não defesa, em lei, e (iv) ausência de vícios de vontade.<sup>440</sup> Por fim, no plano da eficácia, aponta que os efeitos: (1) limitam-se à esfera jurídica dos participantes do ato e (2) podem exigir ato integrativo, conforme disposição legal.<sup>441</sup>

Pedro Nogueira, em sua tese sobre os negócios jurídicos processuais,<sup>442</sup> publicada em 2016, aponta o formalismo processual<sup>443</sup> como o limite a ser respeitado na convencionalidade.<sup>444</sup> No entanto, não aprofunda a matéria, apesar de, em capítulo específico de sua obra, apresentar limites concretos à negociação processual, como a capacidade das partes e objeto sobre direitos que admitam autocomposição,<sup>445</sup> bem como alguns limites objetivos à autorregulação.<sup>446</sup>

Antonio do Passo Cabral, na versão comercial de sua tese de livre-docência,<sup>447</sup> dedica mais de noventa páginas de sua obra aos limites às convenções processuais.<sup>448</sup> Adotando, também, um viés analítico dos acordos processuais a partir dos planos do mundo jurídico,

---

<sup>439</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 408.

<sup>440</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 408-409.

<sup>441</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 410.

<sup>442</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>443</sup> Por formalismo processual, entende Pedro Nogueira a construção adotada por Carlos Alberto de Oliveira, ou seja, a totalidade formal do processo, relativa às formalidades, à delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, à coordenação de suas atividades e à organização do procedimento, de maneira a ser atingidas as suas finalidades (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6-7).

<sup>444</sup> “Assim, pode-se compreender que o formalismo processual constitui o limite para o exercício da autonomia ou do autorregramento da vontade, quer o exercício se dê durante o procedimento, quer se dê antes de seu surgimento, mas que nele produza consequências” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 162).

<sup>445</sup> Conforme a previsão normativa do art. 190. Ver item 14.1.2.

<sup>446</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 238-239.

<sup>447</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>448</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 249-340.

aborda, inicialmente, o elemento vontade consciente e suas nuances para a existência do ato.<sup>449</sup> Após, investiga os requisitos para sua validade e eficácia, dividindo-os em três: (a) agente capaz; (b) objeto lícito, e (c) forma prescrita e não defesa em lei.<sup>450</sup>

Lorena Barreiros, por fim, em tese de doutorado focada nas convenções processuais com o poder público,<sup>451</sup> também analisa o ato sob uma perspectiva ponteana. Dessa forma, divide a análise nos três planos: (i) existência<sup>452</sup>: (i.a) critério subjetivo, ou seja, sujeitos e manifestação de vontade; (i.b) *referibilidade* a um processo, e (i.c) forma, em sentido amplo; (ii) validade:<sup>453</sup> (ii.a) capacidade das partes; (ii.b) manifestação hígida de vontade; (ii.c) objeto lícito, possível, preciso e determinável; (ii.d) forma prescrita ou não defesa em lei; (iii) eficácia:<sup>454</sup> (iii.a) condições; (iii.b) termos, e (iii.c) esfera jurídica.

Assim, há, no Brasil, importantes construções doutrinárias acerca dos limites às convenções processuais, tanto com breves apontamentos, que acabaram por apresentar restritivamente a matéria, quanto com profunda análise, mas sem total exaurimento.

Apresentados os fundamentos teóricos das convenções processuais e contextualizada a sua evolução, estar-se apto à investigação dos seus limites dogmáticos. Inicia-se, no próximo capítulo, a análise dos limites constitucionais da convencionalidade em sede processual, com vistas a se aprofundar sobre a correlação entre o objeto do acordo e as normas fundamentais do processo.

---

<sup>449</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 255-268

<sup>450</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 268.

<sup>451</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

<sup>452</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 199-221.

<sup>453</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 221-269.

<sup>454</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 274-285



## CAPÍTULO III – LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

### 8. APRESENTAÇÃO

Inicia-se, neste terceiro capítulo, o efetivo estudo dos limites às convenções processuais, objeto central deste trabalho. Por uma questão metodológica, será apresentado, de forma prévia, o aspecto constitucional da validade de um acordo processual,<sup>455</sup> de maneira a investigar sua correlação com a Magna Carta e, em especial, com as normas fundamentais do processo.

Para tanto, com o escopo de viabilizar uma melhor compreensão do contexto político-processual brasileiro atual, diante do fenômeno da constitucionalização do direito,<sup>456</sup> com reverberação na interpretação de normas do direito processual, é fundamental analisar o estágio doutrinário atual acerca da compreensão do “neoconstitucionalismo” e seus reflexos no estudo processual.<sup>457</sup> Além disso, ante a positivação do princípio da cooperação processual pelo art. 6º do CPC/15,<sup>458</sup> fundamental analisar o que se denominou modelo cooperativo de processo<sup>459</sup> e, ainda, sua correlação com as convenções processuais.<sup>460</sup>

---

<sup>455</sup> Isso porque, ao se investigar os limites constitucionais do acordo processual, tem-se como foco a análise da licitude de seu objeto, de modo a estar vinculado com o plano da validade. Ver item 15.2. No próximo capítulo, haverá preocupação em se categorizar os limites. Por ora, basta a compreensão de que o conflito entre a norma contratual e a constitucional eivam aquela, maculando sua validade.

<sup>456</sup> Por todos, SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. n. 240. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2005, p. 1-42.

<sup>457</sup> Não se ignora a crítica ao termo e às diferentes acepções. Por ora, entenda-se como neoconstitucionalismo o fenômeno de valorização das normas constitucionais em face da interpretação jurídica, inclusive com relação às normas processuais. Ver nota 465.

<sup>458</sup> “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>459</sup> Por todos, MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. São Paulo: Juspodivm, 2013; FRANCISCO, João Eberhardt. **O papel do juiz na efetivação dos valores constitucionais no processo**. 2014. Dissertação (mestrado em direito processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 126 e ss.

<sup>460</sup> Já se esboçou, de maneira bem menos profunda, a análise das convenções processuais sob a ótica cooperativista (BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código de Processo Civil. *IN* DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376, p. 1357 e ss.). Ver também: CUNHA, Leonardo Carneiro

Superada a contextualização, a investigação perpassará a análise das normas fundamentais do processo extraíveis da Constituição, tanto explícita, quanto implicitamente. Em verdade, o enfoque dado já levará em conta a convencionalidade processual e, ainda, a correlação entre as normas fundamentais e as convenções processuais, ou, em outras palavras, os critérios para renunciabilidade parcial, pelas partes negociais, de suas garantias processuais.

Por fim, diante da análise, restará consolidada a constitucionalidade e admissibilidade do permissivo normativo às convenções atípicas<sup>461</sup> no ordenamento jurídico brasileiro, reafirmando-se, assim, a existência dos acordos processuais atípicos. Ademais, antecipando-se à questão do regime jurídico aplicável ao ato convencional,<sup>462</sup> estudar-se-á as consequências da inconstitucionalidade da norma convencional processual e, ainda que de forma secundária, a admissibilidade normativa, ou não, de algumas espécies atípicas previstas em doutrina.<sup>463</sup>

É o que se pretende neste capítulo.

## 9. CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

### 9.1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Parece natural, e já soa até como lugar comum, a afirmação de que o direito deve ser interpretado à luz da Constituição Federal.<sup>464</sup> No entanto, o fenômeno da prevalência da

---

da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 45 e ss.

<sup>461</sup> Refere-se, aqui, à cláusula geral de negociação processual, ou ao art. 190 do CPC/15. Ver item 14.1.2.

<sup>462</sup> Matéria que será aprofundada no item 13.4.

<sup>463</sup> Será o caso das cláusulas *solve et repete* (ver nota 737) e *de non petendo* (ver item 10.4.4).

<sup>464</sup> De fato, “o intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53). Em outras palavras, “a nova geração de juristas, formada após a promulgação da nova Carta, passa então a pensar o Direito a partir da Constituição como vértice ordenador, como um filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional, verdadeira mudança de paradigma na teoria constitucional influenciada diretamente pelas teorias pós-positivistas. Esse movimento vem sendo chamado de constitucionalização do Direito ou neoconstitucionalismo” (OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Elementos para uma leitura do direito processual civil a partir e à luz da constituição: o chamado “modelo constitucional de processo civil” e a garantia de tutela jurisdicional adequada aos direitos alegadamente violado. *IN* THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (coord.). **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 173-199, p. 177). Ver, também, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:**

interpretação constitucional das normas jurídicas, alcunhado pela doutrina como constitucionalização do direito, ou neoconstitucionalismo,<sup>465</sup> é algo recente e contemporâneo, cuja conceituação ainda não é pacífica,<sup>466</sup> de modo que sua compreensão, aplicação e consequências ao mundo jurídico ainda carecem de exploração, principalmente na seara processual.<sup>467</sup>

---

contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 479.

<sup>465</sup> Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. n. 240. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2005, p. 1-42, p. 12-13; ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. IN SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 187-202; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In.: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 31-68; SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011. Lênio Streck, ao apontar a dificuldade de se definir o fenômeno do neoprocessualismo, apesar de adotar a terminologia, prefere a ele se referir como “desenvolvimento do constitucionalismo” (STRECK, Lênio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. IN STRECK, Lênio; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94). É que, na verdade, o neoconstitucionalismo “se trata de um fenômeno escassamente estudado, cuja cabal comprensión seguramente tomará algunos años. No son pocos los autores que se preguntan si em realidad hay algo nuevo em el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera” (CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. IN MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coord.). **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197-208, p. 197).

<sup>466</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a ciência do direito” e o “direito da ciência”. IN SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187-202, p. 187. Por isso Canotilho prefere falar em vários constitucionalismos, ou diversos movimentos constitucionais, apesar de arriscar uma conceituação: “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51).

<sup>467</sup> É bem verdade que, antes mesmo da promulgação da CF/88, Ada Pellegrini Grinover, apesar de limitar as previsões constitucionais ao processo penal e afirmar que o constituinte de 1967 não se preocupara com o processo civil, já se debruçava sobre a matéria (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 14; *passim*). Além da ilustre Professora, com destaque pelo pioneirismo, tem importância os trabalhos de Marinoni, pela busca de reestruturação da teoria geral de processo à luz da constituição (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511). Destaca-se, ainda, os estudos de Barbosa Moreira, que, não por acaso, foi homenageado em uma coletânea, repleta de importantes doutrinadores brasileiros, dedicada ao estudo do processo sob um viés constitucional (FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006). Outros processualistas desenvolveram estudos sobre a matéria, em obras cuja relevância temática permite citações específicas, ou seja, que serão referenciadas ao longo deste trabalho. É certo que a presente pesquisa, ao propor o estudo dos “limites às convenções processuais” sob um viés, também, constitucional, pretende contribuir com o aprofundamento da visão constitucionalizada do processo. Adota-se esse pensamento.

De fato, foi apenas após a II Guerra Mundial, com a percepção de que a leitura legiscentrista e positivista pura do direito poderia legitimar sistemas autoritários, extremistas e, porque não, genocidas,<sup>468</sup> que se atentou para a necessidade de uma leitura jurídica a partir da ordem constitucional.<sup>469</sup> É a partir da superação do paradigma da validade meramente formal

---

<sup>468</sup> Refere-se, aqui, principalmente aos regimes nazistas e fascistas que vigoraram à época. De fato, ao considerar que a validade jurídica da lei independe da justiça de seu conteúdo, o positivismo jurídico cria as bases jurídicas para legitimar as atrocidades cometidas pelos regimes, sendo certo que os próprios oficiais, ao término da guerra, tentaram eximir-se da responsabilidade por seus atos em função do estrito cumprimento da legislação vigente à época (ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** José Rubens Siqueira (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 32-33). Sintetizando a concepção positivista nas palavras de Kelsen, principal jurista da corrente jurídica: “Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem o poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** João Baptista Machado (trad.). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 44). Não se afirma, destaque-se, que Kelsen defendia regimes totalitários, como falsamente se pode concluir, mas apenas que uma interpretação do pensamento do jurista pode levar à legitimação de tal ordem legal. Ao contrário, o jurista, judeu, foi perseguido pelo regime nazista: “1930 folgte Kelsen einer Berufung an die Universität Köln, da er in Wien wegen seiner ideologiekritischen Grundhaltung und der Verteidigung liberalantiautoritärer Verfassungsprinzipien in Bedrängnis geraten war. In die Kölner Zeit fällt die Auseinandersetzung Kelsens mit Carl Schmitt, welche sich um die Frage drehte, wer ‘Hüter der Verfassung’ sein sollte. Während Schmitt den Schutz der Verfassung einem mit diktatorischen Vollmachten ausgestatteten Reichspräsidenten überantworten wollte, trat Kelsen für rechtsstaatliche Prozeduren und für die Demokratie ein. Nach der nationalsozialistischen Machtübernahme musste Kelsen 1933 seiner jüdischen Abstammung wegen aus Deutschland fliehen. In Genf, am Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, fand er bis 1939 eine Zufluchtsstätte. Von 1936 -1939 war er zudem Professor an der Deutschen Universität in Prag” (KLEY, Andreas; TOPHINKE, Esther. **Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre.** Disponível em [https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-3d12-7c07-ffff-ffffc59ccb7b/Hans\\_Kelsen\\_und\\_die\\_Reine\\_Rechtslehre\\_JA\\_2001\\_2.pdf](https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-3d12-7c07-ffff-ffffc59ccb7b/Hans_Kelsen_und_die_Reine_Rechtslehre_JA_2001_2.pdf). Acesso em 07 de setembro de 2017, 169-174, p. 169). Em tradução Livre: “em 1930, Kelsen aceitou um cargo na Universidade de Colônia, já que, em Viena, devido a sua visão ideológica liberal, crítica e antiautoritária, e por ser um defensor dos princípios constitucionais. No período em colônia, Kelsen e Carl Schmitt travaram o debate acerca de quem deveria ser o 'guardião da constituição'. Enquanto, para Schmitt, a proteção caberia ao presidente do Reich, equipado com poderes ditatoriais, Kelsen defendia o Estado de Direito e a Democracia. Em 1933, após a ascensão ao poder do Nacional-socialismo, Kelsen teve que fugir da Alemanha, devido à sua origem judaica. Em Genebra, no Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais, refugiou-se até 1939. Entre 1936 e 1939, foi Professor na Universidade Alemã, em Praga”

<sup>469</sup> Não bastava, contudo, a interpretação valorativa da legislação a partir das normas constitucionais, mas, também, o fortalecimento das instituições democráticas e, assim, criação de mecanismos que protegessem a ordem jurídica de maiorias legislativas momentâneas (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In.*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição.** Salvador: Juspodivm, 2009, p. 31-68, p. 35). “O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53).



do direito,<sup>470</sup> portanto, com necessidade de criação de mecanismos de proteção dos cidadãos à “vontade do legislador”, que surge o movimento de interpretação constitucional das normas legisladas.<sup>471</sup>

É importante destacar, contudo, principalmente diante de um objeto de pesquisa que tem por fundamento a valorização do princípio dispositivo e da autonomia da vontade das partes, que o constitucionalismo, apesar de sua origem garantista contra abusividades cometidas pelo Estado,<sup>472</sup> pode e deve ser ampliado para proteção dos indivíduos contra as abusividades do próprio indivíduo.<sup>473</sup> É dizer, em outras palavras, que as normas fundamentais constitucionais são aplicáveis a todas as relações jurídicas, de maneira a reger, também e com eficácia plena, as situações horizontais entre particulares.<sup>474</sup>

É possível, assim, identificar-se três aspectos fundamentais do neoconstitucionalismo:<sup>475</sup> (i) a eficácia normativa das normas constitucionais,<sup>476</sup> i.e., a sua

---

<sup>470</sup> Foge ao escopo deste trabalho maiores digressões sobre o movimento positivista e pós-positivista. Este, pode ser conferido em DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977, p. 213 e ss. Para aquela, ver KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. João Baptista Machado (trad.). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, posto maior ícone do movimento jurídico. Para uma visão mais aprofundada da tensão positivismo e neoconstitucionalismo, ver STRECK, Lenio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo. *IN* SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 203-228.

<sup>471</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *IN* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 662-683, p. 663-664.

<sup>472</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

<sup>473</sup> “Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52). No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29-36.

<sup>474</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 185 e ss; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 186 e ss).

<sup>475</sup> Para uma leitura diferente do fenômeno, com destaque para os fundamentos do neoconstitucionalismo, ver ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *IN* SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 187-202. Destaca o Professor, como justificativas para a valorização constitucional, quatro fundamentos: o normativo, o metodológico, o axiológico e o organizacional.

<sup>476</sup> Por serem os princípios constitucionais, indubitavelmente, espécies normativas, de maneira a possuírem eficácia normativa direta, ou seja, não serem meros vetores sistêmicos, mas verdadeiras fontes normativas (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97). Em sentido contrário, Marcelo Neves defende que os princípios não servem como razão definitiva

imperatividade direta; (ii) a superioridade das normas constitucionais em relação às demais, e (iii) a centralidade da Constituição, de maneira que todas as demais normas sistêmicas devem ser interpretadas à luz da Magna Carta.<sup>477</sup> A constitucionalização do direito,<sup>478</sup> por certo, também abrange a interpretação processual, de maneira que as normas de direito processual devem ser interpretadas à luz da constituição.<sup>479</sup>

De fato, não há mais como se estudar o direito processual sem o necessário viés constitucional,<sup>480</sup> de maneira a exigir da doutrina a releitura de vários institutos, adequando-os à nova técnica hermenêutica.<sup>481</sup> Aos propósitos do presente trabalho, destaca-se a necessária releitura do papel dos sujeitos processuais na condução do procedimento, com a consolidação, em direito brasileiro, do que se denominou de princípio cooperativo de processo.<sup>482</sup>

## 9.2. O NEOPROCESSUALISMO OU FORMALISMO-VALORATIVO

---

para a aplicação normativa, mas apenas enunciados que contribuem para a construção ou balizamento hermetico do sistema, de maneira a não possuírem eficácia normativa direta (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 120 e ss).

<sup>477</sup> Nesse sentido, Barcellos sintetiza as características metodológico-formais do constitucionalismo (BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *IN* CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional:** direitos fundamentais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 43-64, p. 44).

<sup>478</sup> “Quando se fala em constitucionalização do direito, a idéia mestra é a irradiação de efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38). Por certo, também, ao direito processual civil.

<sup>479</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. *IN* MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. **Estudos de direito processual constitucional:** homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo: Malheiros, 2009 p. 47-55, p. 47-48; CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60; GODINHO, Robson Renault. Direito constitucional ao recurso. *IN* THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (coord.). **Processo e Constituição:** os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 501-540, p. 517-522. Não por acaso, o novo Código de Processo Civil, em suas normas inaugurais, elenca as denominadas normas fundamentais do processo civil (arts. 1º a 12 do CPC/15).

<sup>480</sup> A justificar, certamente e *per si*, o presente capítulo, independentemente das conclusões obtidas.

<sup>481</sup> Por essa razão, Didier fala em nova fase da ciência processual: o neoprocessoalismo (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 46). Esclarecedoras as palavras de Murilo Avelino: “tais mudanças denotam a superação da fase do instrumentalista do processo, dando conta da necessidade de reconstruir a ciência processual. Essa nova fase é aquela que já se referenciou como ‘neoprocessoalismo’ ou ‘formalismo-valorativo’” (AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica.** 2016. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2016, p. 19).

<sup>482</sup> Dessa forma, conforme o art. 6º do CPC/15: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

### 9.2.1. As fases da ciência processual: sincretismo, processualismo, instrumentalismo e neoprocessualismo

Os influxos neoconstitucionalistas, ao significarem uma nova visão constitucionalizada do estudo processual, importam a releitura de vários institutos, de maneira a compatibilizá-los às normativas constitucionais.<sup>483</sup> Trata-se, certamente, diante da existência de um novo viés analítico dos institutos processuais, e da necessidade de suas reconstruções, sem perda das conquistas teórico-dogmáticas do processualismo e do instrumentalismo, de uma nova fase da ciência processual,<sup>484</sup> o que significa, ao final, o compromisso com novas premissas teóricas.

A doutrina nacional costuma dividir a evolução histórica do estudo processual em três fases: (a) sincretismo, ou *praxismo*, em que não havia distinção entre o direito processual e o material, de modo que o processo era estudado sob um viés prático, sem metodologia própria; (b) processualismo, ou cientificismo processual, em que surge a ciência processual, com metodologia, objeto e objetivos próprios,<sup>485</sup> e (c) instrumentalismo, em que, superada a total ruptura entre o direito material e o direito processual, necessária ao fortalecimento da nova ciência autônoma, percebe-se, apesar das diferenças metodológicas entre os direitos substancial

---

<sup>483</sup> A doutrina processual, como já antecipado na nota 467, há muito vem apresentando essa releitura, com obras dedicadas aos mais diversos assuntos. Algumas, para além das já citadas ao longo do trabalho, merecem destaque: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**. n. 26. Curitiba: Gênesis, 2002, p. 653-664; GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; ZANETI JR., Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BRAGA, Paulo Sarno. **Aplicação do devido processo legal às relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008; SAMPAIO JR., José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008; BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro. **Revista de Processo**. n. 253. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 347-385.

<sup>484</sup> Em outras palavras, “parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma *quarta* fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do *processualismo* e do *instrumentalismo*, a ciência teve de avançar, e avançou” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 46). De fato: “parece-nos que o processo civil brasileiro já se encontra mergulhado em sua *quarta fase metodológica*, tendo sido superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se à compreensão do *processo civil no Estado Constitucional*, que ora se assumo como verdadeiro método de pensamento e programa de reforma do nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil. Existem várias expressões que visam delinear essa quarta fase metodológica. Dentre as mais conhecidas encontram-se o ‘neoprocessualismo’ e o ‘formalismo-valorativo’”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 48).

<sup>485</sup> Deve-se a Bülow, em sua clássica obra sobre as exceções processuais, lançada originalmente em 1868 (BÜLOW, Oskar von. **Die lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen**. Aalen: Scientia, 1969), a formulação metodológica inicial da ciência processual. Ver item 6.1.

e processual, a interdependência entre eles, de modo a enfatizar a relação instrumental do processo ao direito material.<sup>486</sup>

Há autores, contudo, diante do neoconstitucionalismo e do protagonismo interpretativo constitucional em sede processual, que acrescentam uma quarta fase à ciência processual, notadamente pela adoção de um novo modelo teórico e, por natural, pela necessária reestruturação sistêmica em função de tal modelo. É o que se convencionou denominar de neoprocessualismo, ou formalismo-valorativo.<sup>487</sup>

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, principal expoente da corrente do formalismo-valorativo, cuja obra é marco para a nova fase processual,<sup>488</sup> fundou sua teoria justamente na necessidade de compreensão das normas processuais<sup>489</sup> sob um viés constitucional. Dessa forma, defendeu ser o direito processual não apenas um mero instrumento do direito material, mas ferramenta substancialmente relevante para a realização dos escopos do processo.<sup>490</sup>

<sup>486</sup> Destaca-se, no Brasil, a clássica obra de Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013). É forte, na percepção instrumentalista do processo, a influência italiana (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**: le azioni; il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, *passim*; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 3 e ss.; PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999, p. 32-34).

<sup>487</sup> Adota-se, por uma preferência justificável, o termo neoprocessualismo, haja vista sua função didática de remeter, inconscientemente, ao movimento neoconstitucionalistas (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 46). No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *IN FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 662-683; CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “neoprocessualismo”. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. ano. VI. n. 9. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, p. 227-244.

<sup>488</sup> Refere-se à sua tese de doutorado, defendida na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, USP, em que desenvolveu a ideia do formalismo processual sob um viés constitucional (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61 e ss). O termo formalismo-valorativo, ademais, passou a integrar o subtítulo da obra “proposta de um formalismo-valorativo”, a partir de sua 3ª edição, publicada em 2009.

<sup>489</sup> Compreendia o Professor, por formalismo, a “totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordial. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6-7).

<sup>490</sup> “Daí a idéia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. **Revista de Processo**. ano. 31. n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2006, p. 7-31, p. 12).

Assim, seja considerando o neoprocessualismo uma nova fase da ciência processual, ou mero desdobramento da terceira fase,<sup>491</sup> fato é que, pelos influxos neoconstitucionalistas, a interpretação dos institutos processuais deve considerar a Constituição como fundamento e, por conseguinte, o papel dos sujeitos processuais deve ser compreendido à luz dos ditames constitucionais. Essa, certamente, para a análise das convenções processuais, é consequência verdadeiramente relevante do neoprocessualismo, que merece ser melhor analisada.

## 9.2.2. O modelo cooperativo de processo

### 9.2.2.1. *A superação dos modelos inquisitorial e adversarial de processo*

Adotada a metodologia de interpretação processual a partir das normas constitucionais, tem-se, como um dos principais, se não principal, efeitos da nova forma de interpretação, a necessária superação dos modelos tradicionais de processo<sup>492</sup> e adoção de um novo modelo.<sup>493</sup> Isso porque, ao ser a CF/88 elemento fundamental para a compreensão do sistema processual e, ainda, de como os direitos, deveres, ônus e faculdades das partes devem ser estruturados, a hierarquização dos sujeitos processuais, quer pelo protagonismo da parte, quer do juiz, não mais se coaduna.<sup>494</sup>

---

<sup>491</sup> Isso porque, naturalmente, foge ao escopo do presente trabalho a investigação profunda do verdadeiro significado do neoprocessualismo. Ver interessante artigo publicado por Madureira, na qual elenca as razões para a superação da fase instrumentalista: MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação**. v. 10. n. 3. Porto Alegre: UFRGS, 2015, p. 253-282. Com fundamentos relativamente distintos, com os quais se concorda, ver LOURENÇO, Haroldo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC. **Revista EMERJ**. v. 14. n. 56. Rio de Janeiro: EMERJ, out./dez. 2011, p. 74-107, p. 92-97.

<sup>492</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 16.

<sup>493</sup> É o que Mitidiero, em obra cujo pioneirismo merece destaque, denominou de modelo cooperativo de processo (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52 e ss).

<sup>494</sup> Principalmente diante das novas interpretações dadas às normas fundamentais do processo. Ver item 10.

A partir do princípio<sup>495</sup> da colaboração, extraível da Constituição<sup>496</sup> e positivado pelo CPC/15,<sup>497</sup> devem as partes cooperarem com o juiz, e este com aquelas, para a melhor solução do litígio.<sup>498</sup> Em outras palavras, tratando-se o processo de uma relação jurídica pautada em interesses divergentes,<sup>499</sup> não apenas substancialmente, já que as partes estão em confronto, mas, não raro, até com relação à eficiência ou não do procedimento, é evidente que não se espera uma cooperação das partes entre si, mas, sim, com o órgão jurisdicional.<sup>500</sup>

<sup>495</sup> Sobre o conceito de princípio, ver item 10.1. Antecipa-se, aqui, por questões didáticas, a espécie principiológica constitucional da cooperação, mas a matéria será propriamente aprofundada em capítulo específico deste trabalho.

<sup>496</sup> Barbosa Moreira, há muito, já defendia uma repartição da titularidade probatória e colaborativa (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-51, p. 50), buscando equacionar a tradicional contraposição entre os modelos inquisitivo e dispositivo (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a participação do juiz no processo civil. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-66, p. 66). Também merece destaque Ada Pellegrini Grinover, que aponta, em caráter inédito no Brasil, a necessidade de ponderação da equidistância do Juiz no processo, de maneira a incentivar o contraditório e a efetiva participação das partes, com sua colaboração e cooperação para o processo justo (GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. *IN* \_\_\_\_\_. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 1-16, p. 7-8). Destaca-se, em artigo recente, publicado após a promulgação do CPC/15, contrário à admissibilidade do princípio da cooperação processual no ordenamento pátrio: Lênio Streck, apesar de não se concordar: STRECK, Lenio Luiz *et al.* **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em 15 de abril de 2016. Não se concorda (nota 272 **Erro! Indicador não definido.**).

<sup>497</sup> Conforme o art. 6º do CPC/15. A reforma legislativa nacional, certamente, sofreu forte influência da experiência portuguesa, tanto pelas reformas legislativas lusitanas do final do século passado, quanto pelos estudos de Miguel Teixeira de Sousa (SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997). No Brasil, SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184) e Fredie Didier Jr (DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010). Em Portugal, desde a reforma do Código de Processo Civil, em 1995, fruto de profundas alterações legislativas promovidas pelos Decretos-leis 329-A/95 e 180/96, foi positivada a previsão, em seu art. 266, n. 1, do dever de colaboração, nos seguintes termos: “na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

<sup>498</sup> “É ilusório imaginar que num processo de corte eminentemente adversarial as partes venham a contribuir uma com a outra para o alcance da solução mais justa para o litígio. O princípio da cooperação impõe, isto sim, que o juiz colabore para com as partes e que as partes colaborem com o juízo (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 55). De fato,

<sup>499</sup> Razão pela qual, em texto clássico, crítico à visão tradicional da relação processual, sua dissonância com o escopo justiça e analista dos aspectos psicológicos do processo nos sujeitos processuais, Calamandrei comparo, em tom crítico de alerta, a um jogo, ou seja, a uma disputa (CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**. v. 5. parte I. Padova: CEDAM, 1950, p. 23- 51). Há até quem, com o argumento de que forçar a cooperação é limitar o exercício profissional da advocacia, defenda uma inconstitucionalidade do art. 6º do CPC/15. Parece, contudo, que há uma má compreensão do instituto ora estudado (STRECK, Lenio Luiz *et al.* **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Consultado em 15 de abril de 2016).

<sup>500</sup> “No processo civil não há interesse comum do ponto de vista substancial entre as partes: cada uma quer perseguir o seu próprio interesse. E é por essa razão que a colaboração esperada pela ordem jurídica no processo civil é do juiz para com as partes – e jamais das partes entre si. Essa colaboração não está fundamentada na boa-fé. Os

Nesse contexto, enquanto no direito material os deveres cooperativos decorrem da boa-fé, especialmente no âmbito obrigacional,<sup>501</sup> em sede processual o fundamento basilar da colaboração reside nos princípios da eficiência e do contraditório pleno.<sup>502-503</sup> De fato, assim como verificado na *Arbeitsgemeinschaft* (grupo de trabalho) alemã,<sup>504</sup> e na cooperação intersubjetiva,<sup>505</sup> ou comunidade de trabalho,<sup>506</sup> portuguesa, a participação e o debate elevam-se como fundamentais à dialética processual,<sup>507</sup> ou seja, o processo dialógico passa a ser elemento central do sistema.<sup>508</sup>

Dessa forma, o modelo cooperativo de processo funda-se na premissa de que todos os participantes devem ser corresponsáveis pela justiça e eficácia da decisão judicial final,<sup>509</sup> ou seja, de que as partes e os magistrados devem contribuir entre si para o melhor andamento processual. A adoção do princípio, como norte de todo o processo, traduz-se, portanto, em uma verdadeira superação dos modelos processuais clássicos.

Nesse sentido, o modelo inquisitorial, em que o processo é caracterizado pelo excesso de poderes do juiz para uma verdadeira devassa oficial, bem como o adversarial, em que o

---

deveres cooperativos no âmbito do processo civil não decorrem da boa-fé: decorrem da necessidade de revisitar a divisão de trabalho entre o juiz e as partes por força da natureza interpretativa do direito e da necessidade de prestação de tutela ao direito mediante decisão de mérito justa e efetiva” (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 104). No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. ano. 30. n. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75-79).

<sup>501</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 437 e ss.

<sup>502</sup> “Isso significa desde logo encarar o diálogo como ferramenta essencial para condução do processo, evitar o desperdício da atividade processual, preferir decisões de mérito em detrimento de decisões processuais para o conflito, apurar a verdade das alegações das partes a fim de que se possa bem aplicar o direito e empregar as técnicas executivas adequadas para a realização dos direitos” (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105).

<sup>503</sup> Sobre os princípios da eficiência e do contraditório pleno, ver itens 10.4.3 e 10.4.11.

<sup>504</sup> JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozessrecht**: ein studienbuch. München: C.H. Becksche, Verlagsbuchhandlung, 1985, p. 91; FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceitos e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 168.

<sup>505</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184, p. 175.

<sup>506</sup> FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceitos e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 168.

<sup>507</sup> BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código de Processo Civil. *IN* DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376, p. 1357.

<sup>508</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. ano. 34. n. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2009, p. 32-53, p. 36-39.

<sup>509</sup> THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82-83.

processo é coisa das partes,<sup>510</sup> deixam de ser adequados para nortear a atividade jurisdicional. É que os jurisdicionados não mais se satisfazem com a imposição de uma decisão fundada em autoridade, nem com um Estado inerte,<sup>511</sup> de sorte que tanto o modelo assimétrico, quanto o isonômico, perdem força na nova realidade cultural.<sup>512</sup>

O modelo cooperativo, assim, é caracterizado pelo diálogo e pelas posições simétricas entre todos os sujeitos processuais, de modo a criar uma dupla posição do juiz: paritária na condução do processo e assimétrica no momento de julgar.<sup>513</sup> Em outras palavras, há uma nova repartição das funções, de modo que todos os sujeitos processuais devem ser vistos em papel de igualdade, sem hierarquização, com corresponsabilidade pela eficiência do processo.

#### 9.2.2.2. *As dimensões do dever de cooperação*

Diante de um modelo cooperativo de processo, ao menos pela opção legislativa, é possível se afirmar que, em teoria, pode se extrair uma nova visão das relações processuais entre partes e Estado-juiz. Dessa forma, passa a inexistir, na condução processual, protagonismos, quer do órgão jurisdicional, quer dos jurisdicionados, de maneira que todos os sujeitos processuais figuram em posição simétrica.<sup>514</sup>

---

<sup>510</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 179. Como bem destaca Bedaque: “não mais satisfaz a idéia do juiz inerte e neutro, alheio ao *dramma della competizione*. Essa neutralidade passiva, supostamente garantidora da imparcialidade não corresponde aos anseios da Justiça efetiva” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *INTUCCI*, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-52, p. 21.

<sup>511</sup> “Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não se deve valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina a servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. **Revista de Processo**. ano. 30. n. 125. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2005, p. 279-288, p. 288.

<sup>512</sup> BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo código de processo civil. DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>513</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 99.

<sup>514</sup> “Essa dupla posição do juiz – paritária no diálogo, assimétrica na decisão – e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao modelo de processo civil cooperativo, manifestando-se ao longo de todo o procedimento comum. Da formação do processo ao exaurimento das vias recursais o processo ganha novos contornos, tudo à luz do escopo de dar tutela aos direitos, regido em todo o seu arco procedimental pela ideia de



Nesse contexto, pela alteração da dinâmica processual, surgem novos direitos e deveres, das partes e do próprio Estado-Juiz, bem como se potencializam alguns previamente existentes,<sup>515</sup> de maneira a regular a nova relação entre os sujeitos processuais. Foi Miguel Teixeira de Sousa, ao explorar o princípio da cooperação, que apresentou as dimensões eficáciais do princípio, sistematizando-as,<sup>516</sup> de maneira a traduzir os direitos e deveres às partes e ao próprio Estado-Juiz oriundos do sistema colaborativo.<sup>517</sup>

No que tange à eficácia normativa às partes, o dever de cooperação se traduz, para o Professor, em dois grandes deveres: (a) dever de litigância de boa-fé<sup>518</sup> e (b) deveres

---

colaboração – cujo mote está justamente em viabilizar uma ‘decisão de mérito justa e efetiva’ para o caso concreto (art. 6º do CPC/15)” (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 99). Em leitura distinta, com o qual não se concorda, Gajardoni define o modelo presidencial cooperativista, no qual o juiz mantém o protagonismo na direção do processo, com a mesma função assimétrica de presidência da condução do processo, mas, agora, com um novo viés colaborativo, a lhe impor novos deveres. Nas suas palavras: “na medida em que o princípio da cooperação passa a ser expressamente adotado no ordenamento jurídico processual brasileiro, expande-se o papel presidencial (diretivo) do juiz. Antes, exclusivamente no controle da relação processual e na tomada de decisões. Agora, como órgão colaborativo, cooperado, a trabalhar em conjunto com as partes para que se alcance o melhor resultado” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz no novo CPC. *IN* \_\_\_\_\_ *et al.* **O novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 135-154, p. 137-138).

<sup>515</sup> Nesse sentido, Gajardoni elenca alguns tradicionais deveres que saem potencializados pelo princípio cooperativo. Nesse sentido, aponta os deveres de: 1) preservação da igualdade; 2) prestação jurisdicional em tempo razoável; 3) preservação da probidade processual; 4) efetivação; 5) busca da autocomposição; 6) flexibilizar o procedimento; 7) preservar a ordem dos trabalhos (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz no novo CPC. *IN* \_\_\_\_\_ *et al.* **O novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 135-154, p. 138-149). As garantias fundamentais do processo, e seus correlatos deveres da contraparte e do juiz, serão explorados no item 10.4.

<sup>516</sup> A sistematização do Professor é largamente utilizada pela doutrina nacional e portuguesa, como se verá. É perceptível sua construção, também, na jurisprudência portuguesa, em especial do Supremo Tribunal de Justiça português. É importante ressaltar, contudo, que todos os deveres que são apontados como extraídos do dever de cooperação resultam da aplicação de regras específicas normatizadas em outros dispositivos do CPC português, de modo a implicitamente negar-lhes eficácia direta (DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 15). Em artigo específico, ainda inédito, faz-se uma análise empírica dos julgados portugueses, em uma tentativa de se aclarar as perspectivas jurisdicionais da adoção do modelo cooperativo no Brasil (BERTÃO, Rafael Calheiros. **O dever de cooperação e a experiência jurisprudencial portuguesa**: um contributo de direito comparado ao estudo do art. 6º do código de processo civil de 2015. 2018, *no prelo*). Ao final, conclui-se que a experiência de 20 (vinte) anos da corte vértice portuguesa ainda é bastante incipiente, coletando-se apenas quatorze julgados no período, sendo que a percepção de ausência de eficácia direta dos princípios pela escola portuguesa, certamente, influi nessa aparente ineficácia do dever de cooperação puro (há inúmeros julgados que citam as normas portuguesas que, em doutrina, Miguel Teixeira de Sousa cita como reflexos do princípio norteador cooperativista). Espera-se, ainda à guisa de conclusão do inédito artigo, que a experiência brasileira seja mais rica, pela compreensão da eficácia normativa dos princípios. Ver item 10.1.

<sup>517</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184, p. 175-177. No Brasil, destaca-se, por qualidade e pelo pioneirismo, o trabalho de GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *IN* DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 369-383.

<sup>518</sup> Disposto no art. 266-A do CPC português. No Brasil, art. 5º do CPC/15.

probatórios.<sup>519</sup> Nesse sentido, devem as partes pautar sua atuação na boa-fé processual e no dever de colaborar para o esclarecimento dos fatos,<sup>520</sup> seja ela onerada pela ausência de comprovação ou não.<sup>521</sup>

Por outro lado, da mesma forma que às partes são imputados certos deveres pelo princípio da cooperação, este também impõe poderes/deveres ao juiz. São quatro os aspectos do dever de colaboração sobre o órgão jurisdicional: (1) dever de esclarecimento; (2) dever de prevenção; (3) dever de consulta, e (4) dever de auxílio.<sup>522</sup>

O dever de esclarecimento<sup>523</sup> significa a necessidade de o juiz elucidar, com as partes, dúvidas que possua acerca de suas alegações, pedidos ou posições.<sup>524</sup> Em outras palavras, caso o magistrado não possua elementos suficientes para sua cognição, seja por insuficiência de elementos probatórios, seja por obscuridades nas alegações das partes, possui o dever de, antes de adotar técnicas de julgamento para suprir lacunas, buscar o esclarecimento, inclusive com a produção oficiosa da prova.<sup>525</sup>

Trata-se, certamente, de mecanismo que visa a garantir a paridade de armas entre as partes e, ainda, a eficiência do processo, por priorizar o julgamento embasado.<sup>526</sup> É, ainda, um dever recíproco entre o juiz e as partes, ou seja, tanto é dever do juiz buscar as partes para esclarecer suas dúvidas de interpretação, quanto é dever das partes esclarecer sempre que intimadas pelo juiz para tal.<sup>527</sup>

<sup>519</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184, p. 175.

<sup>520</sup> É o que se consubstancia no art. 519, 1, do CPC português, que consagra o dever de colaborar para o descobrimento da verdade (DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 14). Como visto, no Brasil, há quem considere essa exigência inconstitucional.

<sup>521</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184, p. 175-176.

<sup>522</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184, p. 176-177.

<sup>523</sup> É norma expressamente contida no art. 266, 2, do CPC/95. No Brasil, art. 357, § 3º, do CPC/15.

<sup>524</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184, p. 176.

<sup>525</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *IN* DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 369-383.

<sup>526</sup> PARCHEN, Laura Fernandes. **Impacto do princípio da cooperação no juiz**. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2017, p. 11.

<sup>527</sup> “Parece, contudo, que o dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes” (DIDIER

Já o dever de prevenção tem caráter assistencial, de sorte que não implica nenhuma contraprestação por parte do jurisdicionado.<sup>528</sup> Consiste no poder do juiz de apontar as deficiências de suas postulações, de modo a permitir sua correção,<sup>529</sup> como verdadeiro convite às partes para o aperfeiçoamento de seus atos.<sup>530</sup>

Nesse sentido, quando houver obscuridade na explicitação dos pedidos, necessidade de integração de lacunas na exposição fática ou de adequação do pedido formulado ao caso concreto, ou, ainda, de alguma sugestão de atuação,<sup>531</sup> é necessário que o magistrado o indique às partes a falha e os meios para o seu saneamento.<sup>532</sup> Dessa forma, evita-se decisões surpresas<sup>533</sup> e, ainda, potencializa-se a eficiência do processo.

O dever de consulta,<sup>534</sup> também de caráter assistencial, veda ao magistrado decidir questão de fato ou de direito, mesmo em matéria que permite a decisão *ex officio*, sem antes permitir às partes a possibilidade de manifestarem-se.<sup>535</sup> Dessa forma, é necessário que o juiz, antes de prolatar sua decisão, sinalize às partes a orientação jurídica que será adotada, de modo

---

JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 16).

<sup>528</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184, p. 176.

<sup>529</sup> DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 19.

<sup>530</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184, p. 176.

<sup>531</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *IV DIDIER JR., Fredie. Leituras Complementares de Processo Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 369-383.

<sup>532</sup> PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no juiz. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2017, p. 12.

<sup>533</sup> Como veda a normativa processual: “art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Em outras palavras, “o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” (THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93).

<sup>534</sup> Há previsão expressa do dever no sistema português, conforme o art. 3º, n. 3, do CPC/95. No Brasil art. 10 do CPC/15.

<sup>535</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184, p. 177.

a oportunizar, de maneira direta, que estas exercem seu direito de participação plena,<sup>536</sup> garantindo o contraditório pleno e evitando-se decisões surpresas<sup>537</sup>

Por fim, o dever de auxílio<sup>538</sup> consiste na necessidade de o juiz contribuir com a superação, pelas partes, de eventuais dificuldades que impossibilitem o exercício de direitos, ônus, faculdades ou deveres das partes na consecução do processo.<sup>539</sup> Deve, pois, respaldado pelos princípios da efetividade e razoabilidade,<sup>540</sup> remover qualquer obstáculo ao devido andamento do processo e fornecer mecanismos, às partes, para o devido cumprimento de seus atos.<sup>541</sup>

### 9.2.3. O modelo cooperativo de processo e a convencionalidade processual

A necessária releitura dos mecanismos processuais, diante do neoprocessualismo e do consequente modelo cooperativo de processo, importa, também, uma nova abordagem acerca da convencionalidade processual.<sup>542</sup> Dessa forma, ao se instituir a colaboração como fundamento para a normativa processual, com valorização da participação das partes, sua responsabilização pela eficiência do procedimento e potencialização das influências recíprocas

<sup>536</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *IN* DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 369-383.

<sup>537</sup> PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no juiz. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2017, p. 11.

<sup>538</sup> Art. 266, 4, art. 519-A, 1, e art. 837-A, 1, do CPC português.

<sup>539</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184, p. 177.

<sup>540</sup> PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no juiz. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2017, p. 12.

<sup>541</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *IN* DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 369-383.

<sup>542</sup> “O tema acordos processuais está intimamente ligado à discussão sobre a divisão de trabalhos entre os sujeitos processuais e sobre os poderes do juiz. Com efeito, os poderes do juiz devem ser conjugados com as prerrogativas das partes, com equilíbrio, equivalência e coordenação, não numa ultrapassada relação de hierarquia e supremacia” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convênções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 136-137).

entre os sujeitos processuais para o desenvolvimento do processo, há correlato fortalecimento da autonomia da vontade<sup>543</sup> e do princípio dispositivo.<sup>544</sup>

Isso porque, como visto, ao se equiparar os sujeitos processuais na condução do processo, de maneira a aumentar a participação das partes e redefinir o princípio do contraditório,<sup>545</sup> o modelo cooperativo impõe a simetria entre os sujeitos processuais. É natural, assim, admitido um procedimento flexibilizável por iniciativa do magistrado,<sup>546</sup>

<sup>543</sup> Como já se defendeu em trabalhos passados: “isso porque, ao estabelecer que o CPC/2015 tem por base um modelo que se sustenta na vontade das partes e no equilíbrio da função dos sujeitos processuais, fica clara a importância das convenções privadas. (...). Enfoca-se, portanto, a autonomia da vontade como elemento basilar de todo o sistema processual” (BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código de Processo Civil. IN DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376, p. 1360). Em sentido contrário, abordando o modelo cooperativo de processo como um reforço do viés publicista: “neste processo civil assistencial, preconiza-se o abandono da estreita perspectiva de uma liberdade de acordo com um senso individualístico. A realidade ultrapassada da não intervenção do órgão jurisdicional, que causava evidente prejuízo às partes oriundas de classes sociais menos favorecidas, em benefício das privilegiadas economicamente, deu lugar a uma função assistencial do juiz” (GOUVEIA. Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. ano. 34. n. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2009, p. 32-53, p. 38).

<sup>544</sup> “A ideia da cooperação e das recíprocas influências entre partes e juiz também contribuíram para o desenvolvimento de uma teoria dos negócios processuais” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 47). Sobre o princípio dispositivo, ver item 10.2.1.

<sup>545</sup> “Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida” (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**. ano 36. n. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2011, p. 213-225, p. 219).

<sup>546</sup> É posição defendida ainda à luz do CPC/73, com relevante aceitação doutrinária e prática. Por todos, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Altas, 2008, p. 180 e ss.; REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil brasileiro**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Com o CPC/15, há um fortalecimento da tese, principalmente pela positivação de hipóteses legais de flexibilização procedimental, sendo elas: (a) aumento dos prazos processuais, no art. 139, VI, CPC, e (b) dinamização do ônus da prova, art. 373, §1º, CPC. Quanto à dinamização do ônus da prova, já se dedicou artigo específico, ainda inédito, em que se aponta o movimento reformista que se desenvolve em toda a América Latina sobre o instituto, com amplas referências: BERTÃO, Rafael Calheiros. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**: a tendência reformista latino-americana e o novo Código de Processo Civil. 2017, *no prelo*. Destaca-se, assim, os estudos coordenados por Peyrano, na Argentina, desenvolvedores da teoria, com diversos textos publicados em coletânea de coordenação do Professor (PEYRANO, Jorge W. (coord.). **Cargas probatorias dinâmicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008). Para uma melhor compreensão, que foge ao escopo deste trabalho, ver, no Brasil: CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. IN MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC- Doutrina Selecionada**. v. 3. Processo de Conhecimento – Provas. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 433-456; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**. Salvador: Juspodivm, 2014; MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano. 37. n. 208. São

independentemente das razões, apesar de serem fundamento cada vez maior para a própria reformulação do sistema,<sup>547</sup> que se permita, também, a flexibilização procedimental por iniciativa das partes.<sup>548</sup>

Assim, é evidente que a constitucionalização do direito processual e adoção do modelo cooperativo de processo fornecem bases fundamentais ao fortalecimento da convencionalidade processual. É certo, por outro lado, que o fenômeno também deve significar que as convenções processuais devem estar de acordo com os ditames constitucionais e, ainda, que as normas convencionais devem ser interpretadas à luz da constituição.<sup>549</sup> É o que se pretende esclarecer nos próximos itens.

## 10. AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

### 10.1. DISTINÇÕES CONCEITUAIS E TERMINOLÓGICAS – NORMAS, TEXTOS, PRINCÍPIOS, REGRAS, GARANTIAS E DIREITOS

Ao longo do trabalho, foram utilizadas as expressões “princípios”, “garantias”, “normas” e “direitos” como sinônimas, sempre que cabíveis.<sup>550</sup> É o momento, contudo, de se

---

Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012, p. 295-316; REDONDO, Bruno Garcia. Ônus da prova e distribuição dinâmica: lineamentos atuais. *IN* MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Pietro, BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva**: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 210-226; SILVA NETO, Francisco de Barros e. Dinamização do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 239. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2015, p. 407-420; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. *IN* MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC- Doutrina Seleccionada**. v. 3. Processo de Conhecimento – Provas. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 457-496. Ver, ainda, o princípio da adequação, no item 10.2.4.

<sup>547</sup> Ver item 6.2.1.

<sup>548</sup> Como também defende Leonardo Cunha. Em suas palavras: “o procedimento pode, como visto, ser flexibilizado pelo juiz. Diante da necessidade de maior participação das partes e de um maior diálogo entre elas e o juiz, a flexibilização também pode ser feita por negócios processuais” CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 47-48).

<sup>549</sup> Por essa razão, os Enunciados n. 404 (“nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem”); n. 405 (“Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”), e n. 408 (“Quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”) do FPPC.

<sup>550</sup> A aparente ausência de rigor técnico é uma mera aparência. Buscou-se, assim, utilizar-se as expressões genéricas, sendo que as específicas foram utilizadas, apenas, quando das referências às suas espécies correlatas.

tecer breves comentários sobre a distinção conceitual entre as figuras, de modo a precisar, ainda mais e de maneira expressa, a terminologia utilizada neste estudo.<sup>551</sup>

De início, fundamental a distinção entre textos e normas. Estas podem ser definidas como o sentido atribuído, a partir de critérios interpretativos, a uma sistemática de textos normativos,<sup>552</sup> de modo a serem os textos, ou dispositivos, o objeto da interpretação, enquanto que as normas o seu resultado.<sup>553</sup>

A distinção é fundamental, apesar da imprecisão terminológica comumente empregada pelos juristas,<sup>554</sup> já que o texto, mero enunciado, que pode ou não conter um conteúdo normativo,<sup>555</sup> e a norma, não são elementos que possuem correspondência biunívoca.<sup>556</sup> Não

---

<sup>551</sup> Breves, já que uma análise mais detida fugiria dos escopos deste trabalho, mas com a profundidade necessária para a compreensão dos institutos. Ver, como principais referências: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50-109; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 33-47.

<sup>552</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36

<sup>553</sup> GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milano: Giuffrè, 1998, p. 15-16; GUASTINI, Riccardo. **Dalle fonti alle norme**. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 20-25.

<sup>554</sup> “I giuristi tendono però a identificare *sic et simpliciter* la disposizione con l’articolo di legge, o con il singolo comma. In questi casi, la distinzione è introdotta al solo scopo di mettere in evidenza come uno stesso articolo o comma possa ‘contenere’ più ‘norme’: intese l’enorme come altrettanti enunciati indipendenti, cioè come disposizioni. Questi modi di esprimersi non nascono da noncuranza, o almeno non solo da noncuranza. Nascono dalla credenza (non so quanto consapevole) che tra le norme e le formulazioni di norme vi sia corrispondenza biunívoca: come se ad ogni disposizione corrispondesse una (sola) norma, e ad ogni norma corrispondesse una (solo) disposizione” (GUASTINI, Riccardo. **Dalle fonti alle norme**. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 20-21). Em tradução livre: “Os juristas têm, contudo, identificado a disposição, *sic et simpliciter*, com o artigo da lei, ou com o simples parágrafo. Nesses casos, a distinção é introduzida pelo simples escopo de evidenciar como um simples artigo ou parágrafo possa ‘conter’ tantas ‘normas’: entende-se majoritariamente como vários enunciados independentes, isto é, como disposições. Essa maneira de se expressar não nasce da mera imprecisão, ou pelo menos não apenas dela. Nascem da crença (não se sabe quão consciente) de que entre as normas e as formulações das normas há uma correspondência biunívoca: como se cada disposição correspondesse a (apenas) uma norma e a cada uma correspondesse uma (única) disposição”. O equívoco conceitual apontado, a despeito de Guastini afirmar não ser apenas fruto de descuido, trata-se, como expresso no texto ora referenciado, de consolidada imprecisão teórica e ausência de rigor científico.

<sup>555</sup> Interessante a crítica de Lênio Streck, diante dos movimentos institucionais de criação de enunciados interpretativos às normas do novo CPC, à cultura jurídica nacional de criação dos dispositivos, como verdadeiro retrocesso da teoria geral e má compreensão da distinção entre texto e norma (STRECK, Lenio Luiz. **Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do Direito**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>. Acesso em 27 de abril de 2016).

<sup>556</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 51; GUASTINI, Riccardo. **Dalle fonti alle norme**. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 25-33.

existe, assim, norma sem interpretação,<sup>557</sup> de maneira a ser essa sistêmica, referenciada em disposições normativas e sempre fruto da atividade cognitiva de concretização.<sup>558</sup>

No que tange à terminologia “direitos”, utiliza-se como sinônimo às normas titularizadas pelos particulares, ou seja, como conjunto de direitos, e correlatos deveres, deveres extraíveis do ordenamento jurídico.<sup>559</sup> Por “garantias”, assim como largamente utilizado em doutrina,<sup>560</sup> refere-se às diversas espécies de direitos fundamentais processuais, ou melhor, como os mecanismos previstos, de titularidade dos cidadãos, para exercerem e protegerem seus direitos fundamentais.

Há várias construções doutrinárias acerca da correta distinção entre princípios e regras. Apesar de não ser escopo deste trabalho um estudo aprofundado sobre teoria dos princípios e suas acepções, a correta delimitação conceitual, e definição clara, é fundamental para a análise que se procederá.<sup>561</sup>

Dessa forma, para Josef Esser, a diferença entre princípios e regras seria qualitativa, ou de importância sistêmica, ou seja, residiria no fato de que os princípios são fundamentos balizadores da tomada de decisão.<sup>562</sup> Karl Larenz, no mesmo sentido, defende que os princípios seriam diretivas à regulação jurídica, como verdadeiro primeiro passo à obtenção da regra, de maneira a fundamentar a tomada de decisões a partir de prescrições normativas abstratas.<sup>563</sup>

<sup>557</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36-37.

<sup>558</sup> GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milano: Giuffrè, 1998, p. 24; 94-96 e 135. É por essa natureza concreta da norma, como fruto interpretativo, e da clara distinção entre texto normativo e norma, que Friedrich Müller fundamenta sua notória e revolucionária teoria estruturante do direito: MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. 2. ed. Berlin: Duncker&Humblot, 1984, p. 147-167

<sup>559</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 260 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135 e ss.; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>560</sup> Por todos, TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; VELLOSO, Carlos Mário. As novas garantias constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**. n. 177. Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1989, p. 14-28. Ver, ainda, referência à visão garantista de processo, no item 6.2.2.4.

<sup>561</sup> Para uma visão mais aprofundada da evolução conceitual dos princípios, ou seja, das tentativas de diferenciá-los das regras, ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 55-60; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 37-47.

<sup>562</sup> ESSER, Josef. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956, p. 132-140. Destaca-se, pois o Professor foi o grande crítico à visão doutrinária moderna fragmentária dos princípios, que considerava qualquer regra mais geral como princípio e, assim, diminuiu a relevância do conceito ESSER, Josef. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956, p. 49.

<sup>563</sup> LARENZ, Karl. **Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethi**. München: Beck, 1979, p. 23.



Canaris, ainda, acrescenta à corrente dois critérios conceituais relevantes: (i) axiológico, ou seja, ao contrário das regras, os princípios possuem conteúdo axiológico expresso e dependem das regras para sua concretização; (ii) interativo, ou melhor, enquanto as regras possuem aplicação direta, os princípios dependeriam, para sua concretização, de um processo dialético e retórico, delimitador de sua aplicação.<sup>564</sup>

É a partir de Ronald Dworkin,<sup>565</sup> contudo, que, com a apresentação de critérios distintivos fortes,<sup>566</sup> contribuiu de maneira mais decisiva para a compreensão dos princípios. Foi Dworkin que construiu a clássica concepção de princípios a partir de sua aplicação e correlação sistêmica. Dessa forma, ao conflito entre regras, aplica-se critério do tudo ou nada, ou seja, ou é plenamente válida, ou deve ser totalmente afastada, enquanto que, para os princípios, deve ser adotada a técnica da ponderação, dimensionando o peso das normas principiológicas no caso concreto.<sup>567</sup>

A partir do inovador conceito de Dworkin, Robert Alexy desenvolveu e precisou, de maneira ainda mais clara, o significado dos princípios.<sup>568</sup> Para o Professor, em caso de colisão entre princípios, a ponderação é solucionada pela formulação de regras de prevalência, de modo que, aos princípios, também se aplica a regra do tudo ou nada.<sup>569</sup> Por outro lado, às regras não se aplicam qualquer grau de ponderação, de maneira que ou são válidas e devem ser aplicadas nos seus exatos termos, ou devem ser afastadas.<sup>570</sup>

Por fim, Humberto Ávila, em obra de relevância equiparável aos clássicos citados,<sup>571</sup> propõe uma releitura da ponderação normativa, aplicando-a, também, às regras e abandonando a

---

<sup>564</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 50-55.

<sup>565</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977, p. 22 e ss.

<sup>566</sup> Assim define Humberto Ávila: “essa evolução doutrinária, além de indicar que há distinções fracas (Esser, Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy)” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 59).

<sup>567</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977, p. 26.

<sup>568</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 57.

<sup>569</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 80-83.

<sup>570</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 77

<sup>571</sup> Não por acaso, trata-se de obra publicada em vários países, traduzida para o inglês, alemão, italiano e espanhol, que propicia ferramentas extremamente relevantes para a conceituação dos princípios. Trata-se de obra, independentemente de aceitação ou não das construções do Professor, fundamental e obrigatória a quem aos que desejam estudar princípios. Ver ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

concepção do tudo ou nada.<sup>572</sup> Nesse sentido, o que diferencia as regras dos princípios é a abstração, uma vez que, enquanto estes são finalísticos e têm os efeitos condicionados à análise concreta, aquelas, com embasamento prioristicamente nos princípios, possuem caráter descritivo e retrospectivo, de maneira a exigir uma análise de correspondência.<sup>573</sup>

Em outras palavras, adota-se a tese de que princípios e regras são espécies normativas que não se distinguem pela sua forma de integração, já que ambas admitem ponderação no caso concreto, mas sim pela sua própria natureza. Dessa forma, são princípios os enunciados normativos finalísticos, abstratos e que exigem um exercício hermenêutico maior à adequação ao caso concreto, enquanto as regras são textos descritivos, concretos, generalizadores e pretensamente decisórios, que exigem um trabalho interpretativo voltado à correspondência entre a norma e o que se pretende regular.<sup>574</sup>

---

<sup>572</sup> “Embora tentador, e amplamente difundido, esse entendimento merece ser repensado. Isso porque em alguns casos as regras entram em conflito sem perder a validade, e a solução para o conflito depende de atribuição de peso maior a uma delas” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 74). Em trabalho anterior, o professor já defendia o posicionamento: “Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método ‘tudo ou nada’ de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas conseqüências, de um processo prévio - e por vezes longo e complexo como o dos princípios - de interpretação que demonstre quais as conseqüências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios, o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (p. ex. princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras, as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser concretizadas por meio do processo de aplicação” (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. n. 215. Rio de Janeiro: FGV, jan./mar. 1999, p. 151-179, p. 161-162).

<sup>573</sup> “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade de abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102).

<sup>574</sup> Não se desconhece a crítica elaborada por Virgílio Afonso da Silva: “Há, neste ponto, não somente uma imprecisão no uso do termo ‘tudo ou nada’ como sinônimo de ‘imediatidade’, como também a desconsideração de uma distinção trivial na teoria geral do direito: a distinção entre texto e norma. (...). Diante da diferença entre texto e norma, o argumento de Ávila perde fora. A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, jan./jun. 2003, p. 607-630, p. 616-617). A crítica é reafirmada, com indicação do texto anteriormente publicado, e sem maiores digressões, em SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 56 e ss. Não se concorda com a

Essas teses conceituais, contudo, não são, tradicionalmente, as mais usadas no Brasil.<sup>575</sup> De fato, enquanto a tese conceitual qualitativa dos conflitos nada diz sobre caráter fundamental da norma principiológica, que pode ser nuclear ou não,<sup>576</sup> esse viés qualitativo<sup>577</sup> é largamente adotado pela doutrina brasileira.<sup>578</sup>

No entanto, ganhou força, nos últimos anos, certamente influenciados pela obra de Humberto Ávila, a conceituação principiológica ora adotada.<sup>579</sup> Isso pode ser verificado, inclusive, pela terminologia adotada no novo diploma processual, que nomeia o livro 1 de “normas processuais civis”, claramente compreendendo a presença de princípios e regras em suas normas fundamentais.

## 10.2. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS À CONVENCIONALIDADE

---

crítica. Isso porque, apesar de se referir a textos normativos como forma de exemplificação de sua tese, Humberto Ávila é claro na sua conceituação, ao estabelece-la sobre as normas, fruto da interpretação, e não sobre o texto em si. Por isso, a despeito da relevante e bem fundamentada crítica à tese do Professor, adota-se o conceito.

<sup>575</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, jan./jun. 2003, p. 607-630, p. 612. Aponta o professor, posteriormente, criticando veementemente o sincretismo metodológico adotado no Brasil, que afirmam serem corretas a Teoria Estruturante de Müller e a concepção de Alexy: “mais do que descer detalhes da teoria estruturante do direito, o que aqui interessa é salientar uma de suas principais consequências: a rejeição expressa do sopesamento como método de aplicação do direito. (...). A distinção entre regras e princípios, como foi visto, tem como uma das principais características exatamente a exigibilidade de sopesamento de princípios como forma de aplica-los. Como explicar, porém, que ambas as teorias, a despeito de incompatíveis, sejam defendidas, no Brasil, como se complementares fossem? Responder essa pergunta é tarefa difícil” (SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, jan./jun. 2003, p. 607-630, p. 626).

<sup>576</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, jan./jun. 2003, p. 607-630, p. 613.

<sup>577</sup> Destaca-se, assim, o pensamento de Canotilho, bastante adotado no Brasil. Em suas palavras, “os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161).

<sup>578</sup> Trata-se de uma adoção teórica distinta das aqui apresentadas e bastante adotada no Brasil. Barroso, de maneira semelhante, fala em princípios constitucionais fundamentais, constitucionais gerais e setoriais ou especiais (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151 e ss.).

<sup>579</sup> Por todos, “Admitida essa teoria dos princípios, não será exato afirmar que a generalidade seja a nota definitiva para se identificar um princípio. Afinal, há normas com alto grau de generalidade que não se enquadram como princípios (...). As constituições, hoje, são compostas de regras e de princípios” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53).

Consolidados os conceitos, estar-se apto a analisar as espécies de normas fundamentais processuais, extraíveis, explícita ou implicitamente, da Constituição. Optou-se, por questões metodológicas, por, inicialmente, apresentar os princípios processuais fundadores da convencionalidade processual, de maneira a esclarecer sua base constitucional, para, após, estabelecer a correlação entre as normas fundamentais processuais e as convenções processuais.

### 10.2.1. Princípio dispositivo

O princípio da colaboração processual,<sup>580</sup> e o conseqüente modelo cooperativo de processo, com a simetria das partes e redistribuição das funções processuais, significa um novo tratamento à tensão publicismo e privatismo no processo, buscando uma forma mais balanceada de convivência entre liberdade das partes e caráter público do processo.<sup>581</sup> De fato, busca-se uma redução do protagonismo do juiz e elevação do papel das partes na condução do processo,<sup>582</sup> de maneira a significar, respectivamente, uma contenção de seus poderes, e correlata proteção contra arbitrariedades,<sup>583</sup> e maximização do princípio dispositivo.<sup>584</sup>

Dessa forma, a reformulação sistêmica importa, também, uma releitura do princípio dispositivo, não mais com a redução de importância e simples significado de que o processo só se inicia pela vontade das partes,<sup>585</sup> mas, também, como fundamento para a liberdade e

---

<sup>580</sup> Cabral, a partir de embasamento diverso, prefere falar em princípio do debate, ao invés do cooperativo, que seria “uma opção legislativa para o desenvolvimento do processo”, ou seja, “uma opção política (...) para que os litigantes tenham papel de destaque na condução do processo civil” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 140). Trata-se, com outra denominação e fundamentos teóricos diversos, do mesmo princípio. De fato, a partir do princípio do debate, Cabral defende que “as partes podem escolher os rumos do procedimento. E se podem escolher, podem convencionar” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 141).

<sup>581</sup> Ver item 9.2.3.

<sup>582</sup> Não é tarefa simples e exigirá bastante maturação doutrinária. Destaca-se, na Itália, o recente artigo de CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. **Rivista di Diritto Processuale**. ano. LXX. n. 1. Padova: CEDAM, jan./fev. 2015, p. 46, 50. No Brasil, inúmeros trabalhos citados neste artigo.

<sup>583</sup> “Maggiore privatizzazione significa non soltanto – e su ciò vi è tutto da fare – alleggerimento degli adempimenti burocratici che soffocano l’attività corrente prima, durante e dopo il giudizio, e taglio dei tempi morti, ma anche la limitazione dei poteri del giudice” FERRARI, Vincenzo. *Le parti e il rischio del processo*. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 37-58, p. 57. Em tradução livre: “maior privatização significa não apenas – e sobre isso tem tudo a ver – aliviar as burocracias, que prejudicam e sufocam, antes, durante e depois, a atividade jurisdicional, e a diminuição do tempo morto do processo, mas também a limitação dos poderes do juiz”.

<sup>584</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 138.

<sup>585</sup> Nesse sentido, concorda-se, portanto, com as premissas de Humberto Theodoro Junior, ao afirmar que: “Se o interesse em conflito é das partes, podem elas renunciar à sua tutela, como podem renunciar a qualquer direito patrimonial privado. Daí a liberdade de procurar ou não a prestação jurisdicional, bem como de exercitar ou não

autonomia dos sujeitos processuais.<sup>586</sup> Em verdade, por ser princípio que decorre das previsões constitucionais de acesso à justiça, inafastabilidade do controle jurisdicional e dos direitos de ação e defesa,<sup>587</sup> deve ser interpretado não apenas como direito à iniciativa processual, mas, também, de efetiva participação e disponibilidade sobre as situações processuais.<sup>588</sup>

Assim, pela própria valorização do princípio dispositivo operado pelo modelo cooperativo de processo, é evidente que as partes podem, através das convenções processuais, dispor, convencionalmente, sobre o processo, quer conformando o procedimento, quer dispor sobre suas situações processuais.<sup>589</sup> Não se defende um protagonismo das partes na condução do processo,<sup>590</sup> o que seria incompatível com o modelo cooperativo de processo, mas, diante de uma condução conjunta do procedimento e simetria entre os sujeitos processuais, a possibilidade de flexibilização das normas processuais por todos os partícipes da relação processual.<sup>591</sup>

#### 10.2.2. Princípio do autorregramento da vontade

Ao direito processual civil, como exaustivamente já apontado neste trabalho, apesar de seu interesse público que o categoriza como ramo de Direito Público, ou, talvez, essencialmente

---

as defesas e faculdades que a relação processual lhes enseja. Contudo, uma vez deduzida a pretensão em juízo, já existe outro interesse que passa a ser de natureza pública e que consiste na preocupação da justa composição do litígio, segundo o direito material vigente, dentro do menor tempo possível. (...) Daí porque, embora a iniciativa da abertura do processo seja da parte, o seu impulso é oficial” (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 57. ed. v. 1. Rio de Janeiro: forense, 2016, p. 71). Acrescenta-se, contudo, a necessidade de cooperação das partes para atingir tal fim.

<sup>586</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 140.

<sup>587</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 45 e ss.

<sup>588</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 140.

<sup>589</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 141. Em direito comparado, destacam-se: CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile*. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 99-120, p. 102-103 e SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating litigation in contract design*. **Yale Law Journal**. n. 115. Connecticut: Yale University, 2006, p. 814-879, p. 820.

<sup>590</sup> Razão pela qual não se concorda com a premissa adotada por Cabral: “nessa nova perspectiva que se reposiciona as partes como protagonistas na condução do procedimento e artífices de suas formalidades, inclusive pela celebração de negócios processuais (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 143).

<sup>591</sup> Sobretudo pelo Juiz, não apenas pelo princípio da adequação (ver item 10.2.4), mas também como parte das convenções processuais (ver item 13.3.1).

por isso,<sup>592</sup> também é aplicável o princípio constitucional da liberdade.<sup>593</sup> Dessa forma, não obstante resistências doutrinárias,<sup>594</sup> do princípio da liberdade, previsto expressamente na Constituição Federal,<sup>595</sup> é possível se extrair o princípio do respeito ao autorregramento da vontade.<sup>596</sup>

É, de fato, curioso,<sup>597</sup> que, pelo simples argumento de se tratar o processo de um ramo público, negue-se a possibilidade de atos processuais praticados pela autonomia da vontade, ou, em outras palavras, afirme o dogma da irrelevância da vontade.<sup>598</sup> Trata-se, contudo, de posicionamento compreensível, na medida em que prevaleceu, no Brasil, durante muito tempo,

---

<sup>592</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Altas, 2008, p. 215.

<sup>593</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 20.

<sup>594</sup> “É curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p. ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil” (DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-25, p. 21). De fato, “o processo civil inicia-se por um ato volitivo da parte e também por manifestações de vontade pode se encerrar. Essa é uma realidade tão trivial que se mostra insuficiente, em boa medida, para questionar a assertiva de que a manifestação de uma vontade privada é incompatível com a natureza pública do processo estatal. A doutrina acostumou-se com a fantasia de que a vontade das partes é irrelevante no processo. (...). A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constata, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica” (GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 111-112).

<sup>595</sup> Nesse sentido, no seu art. 5º, *caput*, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

<sup>596</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-25, p. 20.

<sup>597</sup> Causa ainda mais estranheza verificar que a atuação de órgãos públicos em sede arbitral, com a resolução de suas disputas cujo interesse público é vinculado ao próprio direito substancial em disputa, é largamente admitida na doutrina arbitral. Por todos, LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 123 e ss.; SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 207 e ss.; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. **Administração pública consensual e a arbitragem.** *Revista de Arbitragem e Mediação.* Ano. 9. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2012, p. 107-133, p. 115 e ss. Foi, ainda, expressamente admitida pela legislação pátria (art. 1º, §§1º e 2º, Lei 9.307/96 – introduzido pela Lei 13.129 de 2015).

<sup>598</sup> “Esse pensamento formou o dogma da irrelevância da vontade no processo, pois não seria possível vincular o juiz à vontade de quem se encontrasse em posição de inferioridade. Logo, seria irrelevante a vontade das partes no processo. O dogma da irrelevância da vontade no processo decorre, ainda, do estigma de separar o direito processual do direito material” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro.** *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 37-38).

a visão *hiperpublicista* do processo e, assim, a veemente negação do processo como coisa das partes.<sup>599</sup>

Não obstante, opera no processo, principalmente diante do novo diploma normativo processual e do fenômeno neoprocessualista,<sup>600</sup> o princípio fundamental do autorregramento da vontade, que assegura aos sujeitos processuais um exercício autorregulado dos seus direitos, sem limitações desarrazoadas ou injustificadas.<sup>601</sup> Ou seja, assim, como em qualquer outro ramo do direito,<sup>602</sup> apesar de ser garantido, no processo, o autorregramento da vontade,<sup>603</sup> isso não significa, por contraponto, uma liberdade ilimitada e desenfreada.<sup>604</sup>

De fato, o novo Código de Processo Civil brasileiro possui vários dispositivos que sinalizam para a majoração<sup>605</sup> do respeito ao autorregramento da vontade, com a criação de um

---

<sup>599</sup> Conforme bem assevera Godinho: “isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na realidade, uma ditadura mal disfarçada, inaugurando uma nova ‘fase’ da ciência processual, em que o processo deixa de ser *coisa das partes* e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*. Como visto, na verdade o processo deve ser, para humanizar a coisificação, uma coisa com partes” (GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29).

<sup>600</sup> Cabral defende que o autorregramento da vontade não decorre, como no direito substancial, da liberdade contratual, mas de normas fundamentais processuais: os princípios dispositivo e do debate (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 141-143). Concorde-se, não obstante a utilização de uma terminologia distinta em virtude de premissas distintas.

<sup>601</sup> Mas, por evidência, limitada. Em verdade, este é o objeto do presente estudo, não apenas no intuito de elucidar os limites à negocialidade processual, mas, também, para estabelecer elementos razoáveis e proporcionais às limitações.

<sup>602</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napole: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 113-123; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41-42; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29-45; ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 267-278.

<sup>603</sup> Que deve, portanto, coadunar-se com as demais garantias fundamentais, sem, contudo, sobreposição apriorística e com a necessidade de ponderação (ver item 10.1). Por essa razão, não se concorda com Cabral, quando afirma que “os litigantes têm autonomia para invocar suas prerrogativas processuais e exercê-las, mas possuem também a possibilidade de abdicar delas, podendo renunciar às garantias processuais mínimas estabelecidas em seu favor em razão da principiologia do direito processual civil” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 143).

<sup>604</sup> A própria cláusula geral de negociação processual, prevista no art. 190 do CPC/15, elenca algumas limitações e estabelece o seu controle judicial. São os casos: (i) de nulidade; (ii) de inserção abusiva em contrato de adesão, e (iii) em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único). Ver item 14.1.2.

<sup>605</sup> Concorde, nesse sentido, ao tratar o autorregramento da vontade não como uma inovação do CPC/15, mas como uma realidade ainda à luz do CPC/73 que foi, por aquele, majorada, com YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?** IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 63; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro**. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 44; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos**

verdadeiro microsistema de valorização da resolução voluntária do processo.<sup>606</sup> É o que ocorre, por exemplo, na previsão do art. 3º, §§2º e 3º, do CPC/15,<sup>607</sup> que estabelece a consensualidade e seu papel como objetivo do sistema processual, sempre que possível, como regra.

Além disso, tem-se o art. 200 do CPC/15, reprodução do art. 158 do revogado CPC/73, que estabelece a força normativa dos negócios processuais,<sup>608</sup> independentemente de convalidação pelo juiz, bem como o art. 190 do CPC, com a denominada cláusula geral de negociação processual.<sup>609</sup> Ademais, os arts. 165 a 175 do CPC<sup>610</sup> dedicam-se à mediação e conciliação, inclusive com pessoas da Administração Pública (art. 174); os arts. 334 e 695, estipulando a audiência de conciliação ou mediação, como regra, ao início do procedimento; os arts. 515, III, 725, VIII, e 515, §2º, do CPC, que estabelecem a homologação judicial dos acordos extrajudiciais de qualquer natureza, mesmo que constem objeto que extrapole à lide, e os arts. 141 e 490, com o princípio da congruência e delimitação pelas partes do objeto do processo, bem como os arts. 1.002 e 1.013, com delimitação do objeto do recurso.

Assim, consolidada a valorização da autonomia da vontade não apenas sobre o direito material, mas também sobre a forma de resolução de conflitos, tem-se um campo aberto para a sedimentação das convenções processuais. Dessa feita, fortalecida a autonomia privada,<sup>611</sup> é

---

negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 394-396.

<sup>606</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-25, p. 23.

<sup>607</sup> “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...); §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

<sup>608</sup> “Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Assim entende a doutrina, conforme pacificado no Enunciado n. 261 do FPPC, “o art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190”.

<sup>609</sup> Além, claro, das convenções processuais típicas, ampliadas pelo novo diploma processual. Ver BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código de Processo Civil. *IN* DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376.

<sup>610</sup> Para uma compreensão da mediação à luz do novo CPC, ver TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos**. Disponível em [www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Mediação-no-novo-CPC-Tartuce.pdf](http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Mediação-no-novo-CPC-Tartuce.pdf). Acesso em 14 de novembro de 2017.

<sup>611</sup> Como bem aponta Leonardo da Cunha, “a autonomia privada, por sua vez, é, em regra, identificada como autodeterminação, autorregulação, autovinculação e, até mesmo, autarquia, sendo definida como poder criador ou fonte de direito ou, pelo menos, de produção de efeitos que incidam sobre situações jurídicas” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 29).



compatível com o sistema processual o permissivo para que as partes celebrem negócios processuais atípicos, regulando o procedimento e as suas situações jurídicas processuais.

### 10.2.3. Princípio do *in dubio pro libertate*

A valorização da autonomia da vontade no processo, sem negação, por outro lado, da sua natureza pública,<sup>612</sup> gera, indubitavelmente, um grave problema: a compatibilização da liberdade com o interesse público.<sup>613</sup> O cerne da pertinente dúvida seria qual presunção deve ser assumida, ou seja, o que deve prevalecer para a interpretação das normas convencionais, se sua validade apriorística ou se a máxima publicista de que o não expressamente permitido é proibido.

Foi Peter Schlosser, em obra que merece destaque,<sup>614</sup> que desenvolveu o denominado princípio do *in dubio pro libertate*, que defende a prevalência da liberdade e, em caso de dúvida sobre a higidez de uma norma, a presunção de sua validade.<sup>615</sup> Há, assim, um maior ônus argumentativo para a invalidação da norma convencional, ou sua ineficácia, do que para sua natural utilização, de maneira a se presumir sua validade e dificultar seu afastamento do sistema.<sup>616</sup>

<sup>612</sup> Defende-se, contudo, uma releitura dessa natureza. Ver item 6.

<sup>613</sup> Nesse sentido, Cabral, após apresentar situações de contrato com a administração pública, em processos penais, trabalhistas e, até, nas ações coletivas, conclui que “todas as referências do direito penal e processual penal, administrativo e do trabalho revelam uma clara tendência de reforçar as estruturas consensuais mesmo nas relações publicistas” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 154-161).

<sup>614</sup> Por seu pioneirismo e clarificação da matéria. Não por acaso, foi referenciada quando da apresentação do desenvolvimento do tema na Alemanha (item 6.2.2.1). SCHLOSSER, Peter. **Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 22 e ss., 85 e ss.

<sup>615</sup> SCHLOSSER, Peter. **Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 1 e ss.; 9-15; 43 e ss.

<sup>616</sup> Na Alemanha, adotam a tese: POHLMANN, Petra. **Zivilprozessrecht**. 3. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 122-123; SCHILKEN, Eberhard. **Zivilprozessrecht**. 7. ed. München: Vahlen, 2014, p. 75-77. Na Itália, CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2008, p. 99-120, p. 102; CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. **Rivista di Diritto Processuale**. ano. LXX. n. 1. Padova: CEDAM, jan./fev. 2015. Destacam-se, no Brasil, CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 144-146; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 391. Importa ressaltar, ainda, o artigo publicado por Peter Schlosser no Brasil, em coletânea recente destinada a estudar o fenômeno da convencionalidade processual, em que destaca a inovação brasileira e demonstra interesse em saber as consequências da adoção do modelo pelo sistema brasileiro: “die internationale Welt der Prozessrechtsvergleichung wartet mit Spannung darauf, welche Erfahrungen Brasilien mit seiner neuen Liberalität gegenüber einverständlichem Parteihandeln im Zivilprozess machen wird” (SCHLOSSER, Peter. **Einverständliches Parteihandeln im deutschen Zivilprozess IN**

Diante da nova normativa brasileira, a tese, que fornece interessante solução para a problemática apresentada, é extraível do sistema processual pátrio. É que, ao estabelecer uma restrição ao controle judicial das convenções processuais,<sup>617</sup> fica clara a presunção de validade e de eficácia, *prima facie*, da norma convencional, ou seja, de adoção do princípio do *in dubbio pro libertate*.

De fato, conjugada ao enunciado normativo do art. 200 do CPC/15, que estabelece a eficácia imediata do ato negocial produzido pelas partes,<sup>618</sup> fica sedimentada a posição normativa pelo princípio da validade apriorística das convenções processuais.<sup>619</sup> Por certo, tal presunção não é absoluta, de maneira a poder ser invertida pelo juiz no caso concreto,<sup>620</sup> mas exigirá do magistrado um maior ônus argumentativo,<sup>621</sup> eis que, para inverter a direção apontada pela norma, haverá a necessidade de um maior esforço de justificação.<sup>622</sup>

---

CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 105-130). Em tradução livre: “O mundo internacional do Direito Comparado aguarda, com ansiedade, como e o que a experiência brasileira fará com a sua nova liberal abordagem sobre os atos convencionais sobre o processo”.

<sup>617</sup> É o que se extrai do parágrafo único do art. 190: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. Importa o destaque ao vocábulo “somente”, que aponta um claro viés interpretativo pela higidez apriorística da convenção processual (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 145).

<sup>618</sup> Ver item 4.3.2.2.

<sup>619</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 185 e ss. É fundamento, ainda, ao posicionamento da doutrina arbitral acerca da *kompetenz-kompetenz* do árbitro, ou seja, de sua competência para análise da higidez da convenção arbitral, ou, em termos simples, de sua própria competência (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19). Dinamarco, ainda, assevera que, mesmo em eventual juízo posterior de higidez da arbitragem elaborado pelo magistrado, no caso de uma ação de nulidade (art. 33, Lei 9.307/96), deverá este, na dúvida, respeitar o decidido pelo árbitro (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94-95).

<sup>620</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Intepretação constitucional e sincretismo metodológico. *IN* \_\_\_\_\_ (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143, p. 133 e ss.

<sup>621</sup> SCHLOSSER, Peter. **Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 10; WAGNER, Gerhard. **Prozeßverträge**. Mohr Siebeck, 1998, p. 79 e ss.

<sup>622</sup> Assim, “as precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio – e precisamente por isso são determinações *prima facie* e denominadas de ‘precedências *prima facie*’ ou ‘prioridades *prima facie*’; contudo, estabelecem ônus de argumentação para a precedência do outro princípio no caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio – e, por conseqüência, uma carga de argumentação contra o outro princípio” (STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direito fundamentais. *IN* SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11-53, p. 43). Em outras palavras, “se a conclusão do magistrado é contrária à prioridade *prima facie*, e assim for inverter o sentido natural para o qual pressiona o ordenamento, incide o ônus argumentativo e o juiz devera fundamentar mais intensamente a decisão de invalidade ou que nega aplicação à convenção (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 146).

Assim, destaca-se a sedimentação de uma mudança principiológica relevante no sistema processual, fundamental à interpretação das convenções processuais e ao sistema como um todo. A adoção do princípio, de maneira a, na dúvida, prestigiar-se a convencionalidade, significa um fortalecimento das convenções processuais e, ainda, do papel das partes na condução do processo, de modo a ser compatível com a atual fase da compreensão processual.

#### 10.2.4. Princípio da adequação

O processo, para se desenvolver de maneira eficiente,<sup>623</sup> necessita que suas regras, quer procedimentais, quer situacionais, estejam adequadas ao direito material e à relação processual em disputa.<sup>624</sup> Nesse contexto, tem-se o importante princípio da adequação,<sup>625</sup> do qual é possível se distinguir duas dimensões do princípio: (i) informadora, ou norteadora da produção legislativa sobre matéria processual; (ii) flexibilizadora, ou autorizadora a, *in concreto*, os sujeitos processuais adaptem as normas processuais às peculiaridades do caso.<sup>626</sup>

É dizer, assim, que, pelo princípio da adequação, é possível se extrair um dever legislativo de, atento às nuances dos direitos substanciais a que o processo se destina, prever normas especiais,<sup>627</sup> mas, além disso, um sistema elástico, flexível, que possa se adaptar, casuisticamente, às peculiaridades da relação objeto da demanda.<sup>628</sup> O procedimento deve,

<sup>623</sup> LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *IN* FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro *et al* (coord). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreia. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258, p. 252.

<sup>624</sup> YARSHELL, Flavio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 15-21

<sup>625</sup> Ao ponto de Galeno Lacerda condicionar a importância de uma ciência autônoma do processo à adequação ao direito substancial. Em suas palavras, "o princípio da adequação, nestes termos, funciona, pois, como princípio unitário e básico, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma teoria geral do processo" (LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *IN* FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro *et al* (coord). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreia. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258, p. 253)

<sup>626</sup> Didier prefere subdividir as dimensões em três: (a) legislativa, (b) jurisdicional e (c) negocial (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 116). Prefere-se, aqui, pela aglutinação das duas segundas hipóteses como uma só, visto que "no segundo e no terceiro casos, a adequação é feita *in concreto*, em um determinado processo. Há quem prefira, assim, designar o fenômeno de adaptabilidade, flexibilidade ou elasticidade do processo" (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 116). Além disso, ao dividir em três subcategorias, pode-se gerar a falsa impressão de que o ente jurisdicional não pode participar da adaptação negociada do processo.

<sup>627</sup> É o caso, por exemplo, dos procedimentos especiais possessórios (arts. 554 a 566 do CPC/15), bem como de todo o título III (procedimentos especiais), livro I (do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença) da parte especial do CPC/15. Ver

<sup>628</sup> Sobre a flexibilização *ope judicis*, ver GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Altas, 2008, p. 180 e ss. e

assim, estar adequado às características das partes, ao objeto em disputa e, ainda, à finalidade do procedimento.<sup>629</sup>

Naturalmente, o movimento de fortalecimento das convenções processuais possui forte fundamento no princípio da adequação, que, conjugado com o modelo cooperativo de processo, impõe uma flexibilização do processo por iniciativa das partes.<sup>630</sup> Clara está, portanto, a pertinência constitucional de se admitir as convenções processuais no sistema brasileiro e, ainda, os princípios fundadores de seu fortalecimento.

Nesse sentido, compreendidos os princípios dispositivo, do autorregramento da vontade, do *in dubio pro liberate* e da adequação, sob um viés constitucional, neoprocessualista e cooperativo de fortalecimento da convencionalidade processual, estar-se apto para analisar a limitação das convenções processuais pelas normas fundamentais do processo. É o que se pretende a partir dos próximos itens.

### 10.3. (IR)RENUNCIABILIDADE DAS NORMAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

#### 10.3.1. Distinções conceituais e terminológicas – perda, suspensão, limitação ou restrição, não-exercício, desistência e renúncia.

É fundamental, como vem sendo feito ao longo de todo o trabalho, que o jurista busque a correta utilização dos termos, com significado jurídico bem definido e precisão terminológica,

---

REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil brasileiro**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

<sup>629</sup> Em explicação elucidativa, que merece transcrição, Galeno Lacerda aponta que "em primeiro lugar, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identifica com um cinzel comum. Em segundo lugar, impõe-se que a adaptação se faça ao objeto: atuar sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado. Em terceiro lugar, urge que se considere o fim: trabalhar com bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos" (LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *IN* FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro *et al* (coord). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreia. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258, p. 253).

<sup>630</sup> Inclusive com o juiz (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 121). Essa ideia já foi esboçada no item 9.2.3, sendo retomada aqui apenas para fins de consolidação da conclusão.

haja vista ser a palavra a ferramenta elementar do exercício jurídico.<sup>631</sup> Em processo, naturalmente, não é diferente, sendo que, para a correta compreensão dos conceitos e utilização das estruturas jurídicas, sem confusões e duplos significados, é mister os esclarecimentos conceituais.<sup>632</sup>

Aos direitos fundamentais, sejam eles processuais ou substanciais, a doutrina, tradicionalmente, costuma negar disponibilidade.<sup>633</sup> No entanto, há diferentes acepções possíveis ao termo, de modo que, inicialmente, faz-se essencial a sua correta precisão.<sup>634</sup> A matéria é ainda mais controversa quando analisada sob uma ótica de direito público, como o processual.<sup>635</sup>

Não há consenso, em doutrina e jurisprudência, sobre o correto conceito de disponibilidade.<sup>636</sup> Letícia Martel, em interessante artigo científico sobre a matéria, fornece, a

---

<sup>631</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7; XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Português no direito**: linguagem forense. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 1; WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 81 e ss.

<sup>632</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23

<sup>633</sup> Por todos, SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 183. Muito da negativa expressa à disponibilidade dos direitos se deve, mesmo na melhor doutrina, à redução conceitual do instituto à renúncia, como se dispor significasse, sempre, renunciar.

<sup>634</sup> Importa salientar, não obstante ausência de aprofundamento nesse viés, que o próprio conceito de disponibilidade é de difícil acepção na doutrina. De fato, ora trata-se de conceito empregado como sinônimo de renunciabilidade, ora como patrimonialidade (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 173). A dificuldade é ainda maior quando se observa o fenômeno sob um ponto de vista de direito público, como é o estudo processual. Mais uma vez, reafirmando-se a premissa fundamental adotada neste trabalho (item 2.1), utiliza-se o desenvolvimento conceitual obtido em teoria geral, com as devidas adaptações, para a investigação. Por todos, ver CAVALCANTI, José Paulo. **Da renúncia no direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958; COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. **A renúncia abdicativa no direito civil**: algumas notas tendentes à definição do seu regime. Coimbra: Coimbra, 1995; NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. *IN MIRANDA, Jorge (org.)*. **Perspectivas constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 303. A dificuldade conceitual de indisponibilidade, talvez cerne da grande divergência, é bem apontada por Letícia Martel (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Espaço Jurídico**. v. 11. n. 2. Joaçoba: Espaço Jurídico, jul./dez. 2010, p. 334-372, p. 341 e ss.).

<sup>635</sup> Destacam-se algumas tentativas doutrinárias de conceituação, em sede de direito público, da disponibilidade: SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 70 e ss.; ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 25. Em processo, ver APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Altas, 2011, p. 14-17; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015; SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 292-295.

<sup>636</sup> GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. *IN FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.)*. **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 557-590, p. 584.

partir de uma visão crítica sobre as inconstantes e imprecisas posições doutrinárias e jurisprudenciais, interessantes elementos para construção de um conceito.<sup>637</sup>

Nesse sentido, dispor de um direito, seja ele norma fundamental ou não,<sup>638</sup> significa o enfraquecimento voluntário, por seu titular, de uma situação jurídica, que, por ato comissivo ou omissivo, deixa de valer-se de suas posições jurídicas.<sup>639</sup> Algumas questões limítrofes merecem ser enfrentadas.

Pedro Adamy, em obra de leitura obrigatória sobre o tema,<sup>640</sup> estrutura, de maneira consistente e profunda, a distinção entre as espécies de disposição, bem como outras figuras afins à disponibilidade, fornecendo bons elementos para a compreensão da matéria.<sup>641</sup> Pela importância da construção teórica para a compreensão dos limites constitucionais às convenções processuais, resta fundamental a apresentação, inicialmente, dos institutos próximos, para, depois, compreender bem as espécies de disposição.

Perda do direito fundamental significa, assim como os atos de disposição, um enfraquecimento, mais acentuado, na espécie, da esfera jurídica do seu titular, como consequência de um regramento específico.<sup>642</sup> A principal nota distintiva com relação à

---

<sup>637</sup> Recomenda-se a leitura: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Espaço Jurídico**. v. 11. n. 2. Joaçoba: Espaço Jurídico, jul./dez. 2010, p. 334-372.

<sup>638</sup> Cabe uma ressalva. Todos os conceitos esclarecidos neste item podem ser aplicados a todos os graus de direito, já que, aqui, apenas se intenta delimitar o significado da terminologia empregada nos atos de disposição. No entanto, pelo próprio objeto do trabalho, bem como o tema desenvolvido neste capítulo, há, por coerência metodológica, direcionamento do conceito aos direitos fundamentais.

<sup>639</sup> “Dispor de um direito fundamental é enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer sejam os particulares, permitindo-lhes agir de forma que não deveriam, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Espaço Jurídico**. v. 11. n. 2. Joaçoba: Espaço Jurídico, jul./dez. 2010, p. 334-372, p. 366).

<sup>640</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>641</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29 e ss. É construção que embasou, sobremaneira, as premissas e conclusões adotadas neste capítulo.

<sup>642</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, WÜRTEMBERGER, Thomas, MAUNZ, Theodor. **Deutsches Staatsrecht**. München: Beck, 2008, p. 173; ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30. É o que ocorre, por exemplo, no art. 15 da Constituição Federal, que prevê hipóteses de perda e suspensão de direitos políticos. Nesse sentido: “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

disponibilidade, assim, refere-se à ausência, ou irrelevância, de voluntariedade do titular do direito perdido.<sup>643\_644</sup>

Já na suspensão, também diferenciada da disponibilidade pelo critério voluntariedade, há enfraquecimento temporário da esfera jurídica de seu titular, em função de disposição normativa.<sup>645</sup> Cessada a situação ensejadora da suspensão, contudo, há uma retomada plena dos direitos fundamentais por seu titular.<sup>646</sup>

Ainda é possível, no campo normativo, falar-se em limitações ou restrições a direitos fundamentais, sendo essas inerentes à própria essência de tais normas e independentes de voluntariedade.<sup>647</sup> De fato, ao se admitir a existência de limites às normas fundamentais, sem aplicação absoluta,<sup>648</sup> é natural que se estabelecem limites próprios, oriundo da normativa constitucional e da relação entre os princípios.<sup>649</sup>

Com relação aos atos voluntários, é possível se falar em não-exercício, desistência e renúncia aos direitos fundamentais. O não-exercício, ou não-uso, refere-se a uma situação fática em que o titular do direito, por mera disposição, simplesmente opta por não exercer seu direito constitucionalmente assegurado, sem que isso signifique renúncia ao direito.<sup>650</sup>

---

<sup>643</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. *IN* MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 275.

<sup>644</sup> Em sede processual, é possível se exemplificar com a decadência para apresentação de Mandado de Segurança (art. 23 da Lei 12.016/2009). Independentemente da vontade do titular da pretensão, assim, decai o direito ao *writ* constitucional (art. 5º, LXIX, CF) em 120 dias. É a perda do direito processual.

<sup>645</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33-34.

<sup>646</sup> É o que ocorre, por exemplo, para além dos casos de suspensão previstos no art. 15 da Magna Carta, na situação de estado de defesa e na de estado de sítio, previstas nos arts. 136 a 141 da CF/88.

<sup>647</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35-36.

<sup>648</sup> Assim já decidiu, inclusive, o STF em decisão exarada pelo seu pleno, em sede de MS nº 23.452-RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJU 12.05.2000.

<sup>649</sup> A matéria, que foge ao escopo deste trabalho, ensejaria longa digressão. Por ora, é interessante apenas compreender os conceitos. Ver ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 249 e ss; NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010, p. 119 e ss.

<sup>650</sup> “Um exemplo é esclarecedor: utilize-se o direito fundamental à greve, previsto no art. 9º da CF/1988. Com efeito, a maioria do tempo o direito de greve não é exercido. Isso não significa, contudo, que o direito não mais exista. A normalidade é o não-exercício do direito, em função do exercício de outros direitos fundamentais (liberdade de associação, liberdade de escolha profissional, liberdade de atividade econômica etc.). A anormalidade é o exercício do direito – que, em situações normais, permanece não-exercido, mas intacto” (ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 40-41). De fato, “o facto de um cidadão não impugnar, por exemplo, a cobrança ilegal de um imposto, não afecta em nenhuma medida o seu direito de não pagar impostos ilegais” (NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. *IN* MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 274). No campo processual, o fato de um credor de um título executivo judicial não exercer seu direito ao cumprimento de sentença não importa, *per si*, renúncia ao direito de executar. Da mesma forma, o

Há, ainda, a desistência, situação na qual o titular, a despeito de, inicialmente, exercer seus direitos fundamentais, opta, por voluntariedade e motivos diversos, a, naquela situação específica, não mais invocar as possibilidades que lhe são garantidas.<sup>651</sup> Assim como no não-uso, não há uma renúncia ao direito fundamental, mas sim a uma situação específica decorrente daquele direito.<sup>652</sup>

Por fim, a renúncia é uma declaração de vontade, como forma plena do direito fundamental à liberdade e do próprio direito renunciado,<sup>653</sup> pela qual o seu titular, por mera liberalidade, vincula-se a terceiros, obrigando-se a não-exercer uma ou mais prerrogativas inerentes àquele direito fundamental, com enfraquecimento de sua esfera jurídica.<sup>654</sup> É, por certo, o que ocorre com as convenções processuais,<sup>655</sup> em que as partes, através de uma norma processual convencionada, alteram suas situações jurídicas, ou o procedimento,<sup>656</sup> vinculando-se, reciprocamente, à uma nova normativa.<sup>657</sup>

A questão, que será investigada nos itens *infra*, é se as partes podem convencionar sobre matéria processual, de maneira a estabelecer normas que criem, modifiquem ou extingam, naquela relação, normas processuais fundamentais. Ou, em outras palavras, se o objeto do acordo pode violar as garantias processuais previstas, ou extraídas, da CF/88.

### 10.3.2. Disponibilidade dos direitos fundamentais processuais

---

sucumbente que não interpõe recurso à sentença não renuncia ao devido processo legal, mas, apenas, decide por não utilizar-se do recurso previsto nos arts. 1.009 e ss. do CPC.

<sup>651</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 47-48. Exemplo citado pelo Professor é o art. 77, §4º, da CF/88, que permite, ao candidato eleito em primeiro turno em uma disputa eleitoral ao cargo de presidente, desistir do pleito.

<sup>652</sup> É o caso, por exemplo, da desistência da ação (art. 200, parágrafo único, do CPC). Não se renuncia ao direito de ação, mas apenas àquele processo específico, sendo certo que a parte desistente poderá, inclusive, valendo-se de sua garantia constitucional, intentar nova ação mesmo após a homologação da desistência (art. 485, VIII, do CPC). Nesse sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 114 e ss.

<sup>653</sup> “A renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação” (NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. IN MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 287).

<sup>654</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. IN MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 315; ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 53-55; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 173.

<sup>655</sup> Razão pela qual a renunciabilidade é o título deste item.

<sup>656</sup> Não obstante a mudança do procedimento reflita, ao final, uma alteração da situação jurídica processual das partes, notadamente do devido processo legal. Ver item 10.4.1.

<sup>657</sup> Ver item 4.3.



### 10.3.2.1. *Titularidade das garantias processuais*

Para qualquer ato de disposição, seja o não-exercício, a desistência ou a renúncia, é fundamental, como se extrai dos próprios conceitos, a identificação do titular do direito que se exercita, posto só ele poder dispor sobre o direito fundamental que titulariza. No campo do direito substancial, há enorme preocupação com a matéria, sendo que a delimitação dos direitos fundamentais dos estrangeiros, de pessoas jurídicas, de grupos específicos e suas correlações geram maiores digressões.<sup>658</sup>

Ao menos nesse específico aspecto, de quais sujeitos são destinatários da proteção, as garantias fundamentais à relação processual dispensam maiores digressões: os beneficiários e titulares das proteções serão as partes processuais.<sup>659</sup> Não obstante, tratando-se de seara processual, é evidente que há um interesse público correlato à preservação dos direitos, de modo que a autonomia da vontade do particular titular do direito fundamental sofrerá maiores limitações.<sup>660</sup>

Dessa forma, é evidente que as partes, ou o Estado-juiz, a despeito de titularizarem e serem sujeitos passivos dos direitos fundamentais do processo, respectivamente, não possuem sobre ele ampla disposição.<sup>661</sup> De fato, a convencionalidade, apesar de extraída da própria carta processual, ou, talvez, até mesmo por isso, deve respeitar às demais normas constitucionais do processo, coadunando-se com o ordenamento pátrio.<sup>662</sup>

<sup>658</sup> Por todos, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 210 e ss; SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010, p. 110 e ss.

<sup>659</sup> Aqui, no sentido de particulares jurisdicionados, ou seja, todos os particulares partícipes da relação processual. Essa titularidade, posto o claro interesse público envolvido, significa uma disponibilidade ainda mais reduzida. Sobre a polêmica autonomia da vontade e interesse público do processo, com a secular dicotomia publicismo e privatismo, ver item 6.

<sup>660</sup> Ver item 10.2.

<sup>661</sup> Não que no âmbito particular isso ocorra (ver item 10.2.2). Apenas destaca-se que, em âmbito público, a restrição mostra-se ainda maior.

<sup>662</sup> “Os contratos processuais são vedados, por conseguinte, se violarem os princípios, direitos e garantias que formam a ordem pública processual, desde que se observe real prejuízo aos interesses públicos ditos inafastáveis” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 155). No mesmo sentido, ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 415-418; BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 163. A imprecisão conceitual do termo “ordem pública”,

### 10.3.2.2. *Inviolabilidade do núcleo da norma fundamental processual*

Diante do neoprocessualismo, do modelo cooperativo de processo e do fortalecimento da autonomia da vontade, é factível que as partes possam dispor sobre situações jurídicas processuais, mesmo que tenham por objeto a alteração de direitos fundamentais processuais.<sup>663</sup> De fato, como já restou identificado em sede de teoria geral,<sup>664</sup> é abusivo e autoritário a imposição às partes do significado de seus direitos fundamentais processuais,<sup>665</sup> de maneira a ser plenamente possível a renúncia às normas processuais fundamentais.<sup>666</sup>

---

uma das maiores em sede doutrinária, faz que, neste trabalho, opte-se pela sua não utilização. Isso porque, em verdade, a escolha do que configuraria ordem pública processual é fruto muito mais de uma opção política do que jurídica, de maneira a ser conceito muito amplo, abstrato e que tende a permitir, ou ao menos a justificar, arbitrariedades e autoritarismos. Prefere-se, pois, ao invés de uma referência genérica à ordem pública, submeter o juízo da constitucionalidade, ou validade, do objeto convencional processual às normas fundamentais constitucionais expressamente previstas no ordenamento jurídico pátrio. Sobre as tentativas de conceituação de ordem jurídica processual, conferir APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Altas, 2011, p. 17-21; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015; GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. IN MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 273-307, p. 283.

<sup>663</sup> “Assim, parece-nos evidente que não é possível um total controle estatal sobre a disponibilidade de um direito fundamental. A questão é saber em que limites o indivíduo pode determinar-se, em que medida pode definir o exercício da própria liberdade e o sentido da sua dignidade, restringindo seus próprios direitos” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 177).

<sup>664</sup> Nesse sentido, Novais defende ser inaceitável que, “em nome de uma concepção de dignidade em que o interessado não se revê, a autoridade pública se arrogue o poder de o proteger contra si próprio, impedindo-o, por exemplo, de renunciar a posições protegidas de direitos fundamentais, e transformando o direito à dignidade num ‘dever de dignidade’” (NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. IN MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 329).

<sup>665</sup> Como bem adverte Cabral, apesar de confundir os conceitos de disponibilidade e renúncia, “o problema da renúncia ou disponibilidade é uma questão referente ao exercício da liberdade. Não se pode pensar que, ao estabelecer direitos (mesmo fundamentais) em favor dos indivíduos, estes deverão exercê-los impositivamente. Em se tratando de situações jurídicas de vantagem, o indivíduo tem a livre opção de delas abdicar, ou simplesmente não as exercer, tomando atitude passiva” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 175).

<sup>666</sup> Adota-se, aqui, a mesma compreensão do fenômeno que Virgílio da Silva, que, ao tratar da clássica distinção entre renúncia a um direito e renúncia ao exercício do direito, conclui que “o raciocínio é, sem dúvida correto, mas isso não significa que seja necessário. Quando aqui se faz menção a renúncia a direitos fundamentais ou qualquer tipo de transação que os envolva, não se quer sustentar, obviamente, que seja possível, via declaração de vontade, abdicar do direito em si e a toda e qualquer possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão-somente à possibilidade de renunciar, e uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação. Os efeitos dessa renúncia são válidos para essa situação determinada. E só pode ser assim, quer se trate de direitos fundamentalíssimos, quer se trate de direitos patrimoniais” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 64-65).

No entanto, tal renunciabilidade não é irrestrita, de maneira a jamais poder significar a extinção, mesmo que casuística, temporária e vinculada à situação específica, do direito processual fundamental. De fato, diante das previsões constitucionais, não se pode admitir uma norma convencional que viole o núcleo da norma fundamental processual, ou seja, que macule, mesmo que voluntariamente e temporariamente, a essência da garantia.<sup>667</sup>

Nesse contexto, a convenção processual, cujo objeto disponha sobre situações jurídicas processuais reguladas por norma fundamental do processo, poderá alterar seus efeitos, modificar sua interpretação, majorar a garantia, ou, até mesmo, significar a renúncia de seus celebrantes a efeitos assessórios, mas jamais poderá ofender o seu núcleo duro.<sup>668</sup> Este, apesar da dificuldade,<sup>669</sup> precisa ser identificado e corretamente delineado, de maneira a se exigir a preservação do conteúdo mínimo de eficácia da proteção constitucional.<sup>670</sup>

Em outras palavras, os direitos fundamentais processuais admitem a forma mais gravosa de disposição, a renúncia, de maneira a ser compatível, com o sistema, que o indivíduo, enfraquecendo sua esfera jurídica, possa criar ou modificar uma situação jurídica processual decorrente, ou regulada, da norma fundamental.<sup>671</sup> Não obstante, não será admitida a extinção

---

<sup>667</sup> “A possibilidade de renunciar a determinadas posições fica aberta até o ponto de tornarem ineficazes as garantias do próprio direito fundamental renunciado. Há, entretanto, um núcleo essencial que, embora demandando maior justificação para a sua restrição, em determinado momento chega a um ponto inviolável pouco importando a sua justificação ou os benefícios oferecidos ao renunciante” (ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 132).

<sup>668</sup> É possível, assim, falar-se em uma renunciabilidade parcial, ou mitigada. Essa é a razão do título provocativo “(IR)RENUNCIABILIDADE” para o presente item, de maneira a destacar que é possível, porém, não plena. É dizer, que nem se concorda com a restrição exagerada de ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 148 e ss.; GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. IN MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 273-307, nem com o exagero privatista de CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 305. Encontrar a medida correta da limitação é, de fato, o grande desafio do estudo ora proposto.

<sup>669</sup> “Esses problemas, que são, na sua complexidade, o objeto da tese, já foram analisados até aqui e são, sobretudo, aqueles ligados: (a) à análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições. O que se disse anteriormente pode e deve ser retomado aqui: é da relação dessas variáveis - e de todos os problemas que as cercam - que se define, na visão do trabalho que aqui se resume, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais” (SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. **Revista de Direito do Estado**. n. 4. São Paulo: ABDET, 2006, p. 23-51, p. 41).

<sup>670</sup> Denominando de postulado da proibição do excesso, Ávila afirma que: “o postulado da proibição do excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido. A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir a restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 188).

<sup>671</sup> Conclusão diversa significaria admitir uma hierarquização entre os princípios, entre as próprias normas fundamentais, o que não se coaduna com a compreensão dos institutos principiológicos, já que “não há como se

completa da garantia, ou supressão de sua essência,<sup>672</sup> de maneira que a ordem constitucional, apesar de reger-se pelo princípio da liberdade, não admite atos de disposição que maculem o núcleo das normas fundamentais.<sup>673</sup>

Nesse sentido, para serem válidas, devem as convenções processuais, caso estabeleçam uma vinculação entre as partes de não-uso de uma posição de vantagem garantida pela Constituição, preservarem o conteúdo mínimo da norma fundamental.<sup>674</sup> É por essa razão que,

---

falar em um princípio que sempre tenha precedência em relação a outro. Se isso ocorrer, não estaremos diante de um princípio – pelo menos não na acepção usada por Alexy” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35) e adotada aqui.

<sup>672</sup> Cabral, em obra basilar às convenções processuais, admite a renunciabilidade dos direitos processuais. Nas suas palavras, “os litigantes têm autonomia para invocar suas prerrogativas processuais e exercê-las, mas possuem também a possibilidade de abdicar delas, podendo renunciar às garantias processuais mínimas estabelecidas em seu favor em razão da principiologia do direito processual civil (...). Portanto, à luz das premissas anteriores, e dada a renunciabilidade dos direitos processuais, a combinação dos princípios dispositivo e do debate, ao definir a autonomia das partes no processo, exige que o Estado respeite as opções dos litigantes, comissivas e omissivas, no que tange ao exercício de situações processuais de vantagem. Suas faculdades e direitos podem ser renunciados, em grande parte, no processo” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 143). No item 3.1.13.3, mais à frente, intitulado “Renunciabilidade dos direitos processuais”, oferece inúmeros posicionamentos doutrinários e exemplos jurisprudenciais, pátrios e internacionais, para fundamentar a sua posição (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 177-180). Há, contudo, um certo exagero no posicionamento liberal do Professor, com o qual não se concorda, de maneira a permitir, em um excesso privatista, ou quase hiperprivatista (ver item 7), uma renúncia quase que irrestrita às garantias fundamentais. Há, em verdade, uma certa confusão entre as espécies de disposição. A doutrina citada em sua obra, para fundamentar suas conclusões, não aborda hipóteses de renúncia, mas, sim, de disposições pelo não-uso, ou não-exercício do direito processual, como Jauernig, que se refere ao princípio da inércia e autonomia das partes de iniciar, ou não, o procedimento (JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozessrecht: ein studienbuch**. München: C.H. Becksche, Verlagsbuchhandlung, 1985, p. 84) e Kevin Davis e Helen Hershkoff, que apontam a margem de liberdade e autonomia da vontade das partes na condução do procedimento adversarial (DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. *Contracting for procedure*. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131-178, p. 150). Cita, ainda, os casos *Boddie v. Connecticut* (401 U.S. 371, 1971), *Fuentes v. Shevin* (407 U.S. 67, 1972), *D.H. Overmyer v. Frick Co.* (405 U.S. 174, 1972) e *Mathews v. Eldridge* (424 U.S. 319, 1976), em que a Suprema Corte norte-americana discutiu as exigências, limites, flexibilidade e requisitos do *due process of law*, mas sem adentrar em questões de disponibilidade. Por fim, aborda a “renúncia a um juiz estatal” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 179) e sua aceitação pela CEDH e STF ao julgar a admissibilidade da cláusula arbitral, matéria que será discutida em item próprio (ver item 10.4.4), mas que, antecipa-se, não significa uma renúncia plena a direito fundamental processual. É bem verdade que, em tom mais compatível com a sua própria tese de superação ponderada da dicotomia publicismo vs. privatismo processuais e convergente à aqui adotada, Cabral defende, ao final de sua obra, no último item prévio às conclusões, que a renunciabilidade dos direitos fundamentais se condiciona ao respeito ao núcleo essencial das garantias processuais, de maneira a impor o respeito ao seu conteúdo mínimo, jamais podendo as partes extingui-los, mesmo que casuisticamente (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 179).

<sup>673</sup> Nesse sentido, também, QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 204. No mesmo sentido, referindo-se à adaptabilidade e flexibilidade do procedimento, Bedaque afirma a necessidade de se proteger o conteúdo mínimo das garantias processuais BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 62 e ss.

<sup>674</sup> Note-se que não se trata de um mero não-uso, ou desistência, disposições de vontade que se manifestam no momento do exercício do direito fundamental, mas sim de renúncia, ou seja, de uma vinculação voluntária,

enquanto limites aos acordos processuais, analisar-se-á o núcleo essencial das garantias processuais.<sup>675</sup>

### 10.3.2.3. *Conflitos normativos – a máxima de ponderação*

Admitida a renunciabilidade parcial, restrita ou mitigada às garantias processuais, de maneira a preservar o conteúdo mínimo do princípio da autonomia da vontade, é necessária a compreensão de que, ao dispor sobre as normas fundamentais, mesmo que em seus efeitos assessórios, a validade e eficácia<sup>676</sup> da convenção poderá ser objeto de análise. É preciso algumas ponderações.

De início, em razão do princípio do *in dubio pro libertate*,<sup>677</sup> presume-se a higidez plena da convenção processual. Em outras palavras, caso seja celebrada uma convenção, mesmo que disponha sobre normas fundamentais, só haverá discussões acerca de sua higidez se houver provocação pela parte interessada, ou dúvida fundamentada do juiz, acerca da validade ou eficácia do ato negocial.<sup>678</sup>

Entretanto, questionada a higidez do negócio jurídico celebrado, à luz de ofensa a direito fundamental, deverá o juiz exercer o juízo de sua admissibilidade e constitucionalidade, de maneira a perquirir se o objeto da convenção não viola o núcleo duro da norma. Dessa forma, preservado o conteúdo mínimo da garantia processual, não há que se falar em invalidade do acordo processual.

---

exigível e oponível no futuro, à inaplicabilidade da garantia processual no caso concreto. Por essa razão, não se concorda com Cabral, que, confundindo os conceitos, aponta que “os direitos fundamentais, no seu aspecto subjetivo, são situações jurídicas de vantagem, e assim existem claramente para beneficiar o sujeito de direitos. Isso não significa que sejam inderrogáveis ou irrenunciáveis, o que seria mesmo inimaginável: alguém ser obrigado a exercer um direito!” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 178). Não se trata, contudo, conforme necessária diferenciação conceitual das espécies de disposição, de obrigar a parte ao exercício do direito fundamental, mas sim de vedar que um terceiro, mesmo que fundamentado em ato voluntário praticado pelo próprio indivíduo cujo direito se quer mitigar, imponha-lhe o não-exercício da garantia a despeito de sua vontade de usá-la.

<sup>675</sup> Não se desconhece da posição de Virgílio Afonso da Silva, de que o conteúdo mínimo varia de acordo com cada situação concreta analisada, de maneira que o conteúdo essencial da norma é relativo (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 187 e ss.). No entanto, é possível extrair tal conteúdo, sob a ótica específica da convencionalidade processual, mesmo que em abstrato, de modo a fornecer elementos balizadores para os casos concretos.

<sup>676</sup> Aborda-se a matéria, com mais detenção, em item próprio (item 15.3).

<sup>677</sup> Ver item 10.2.3.

<sup>678</sup> Além de um maior ônus argumentativo para supressão da autonomia da vontade (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 227-228).

Por outro lado, ainda assim, será preciso, à luz das regras de ponderação<sup>679</sup> entre as garantias e os princípios à convencionalidade,<sup>680</sup> aferir se a norma convencional, extraída do enunciado normativo acordado, deverá ser eficaz. Em outras palavras, diante da colisão<sup>681</sup> entre princípios, ou, até, sob a ótica da regra convencionalizada e das regras constitucionais, entre princípios e regras e entre regras,<sup>682</sup> deverá ser adotada a máxima da ponderação.<sup>683</sup>

Assim, as convenções processuais, quando normatizarem algo conflitante com direitos e garantias fundamentais, caso haja questionamento acerca de sua rigidez à luz da normativa

---

<sup>679</sup> Ou, em outras palavras, “segundo os pressupostos da teoria dos princípios, não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, prevêem conseqüências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de relações condicionadas de precedência” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50)

<sup>680</sup> Observadas no item 10.2.

<sup>681</sup> Colisão, ou conflito normativo, compreendido como a situação em que é possível aplicar duas ou mais normas, com conseqüências totalmente, ou parcialmente, conflitante. “Nesse sentido, um conflito normativo nada mais é que a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas conseqüências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47).

<sup>682</sup> Adota-se, aqui, como já antecipado (item 10.1), a teoria dos princípios apresentada por Humberto Ávila, especialmente no tocante ao peso das regras e superação da técnica do “tudo ou nada”, de maneira que a ponderação se aplica ao conflito entre princípios, entre princípios e regras e entre regras, com afastamento casual de suas aplicações sem significação de invalidade. Nas palavras do professor, que merecem transcrição: “nesse aspecto, fica claro que o modelo ora sustentado, no caso das regras, não é nem um modelo formalista puro, que propugna a obediência incondicional às regras, sempre que os fatos previstos na sua hipótese ocorrerem, nem tampouco um modelo particularista puro, em que elas funcionam apenas como conselhos que podem, ou não, ser seguidos, conforme à valoração caprichosa do aplicador. Defende-se, em vez disso, um modelo moderado e procedimentalizado, que valoriza a função e a importância das regras, sem, no entanto, afastara sua extraordinária superação” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 148). Em sentido contrário, com duras críticas à teoria dos princípios construída por Humberto Ávila e mantendo a exclusividade da ponderação apenas para a colisão entre princípios, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 56-64.

<sup>683</sup> É claro que, diante de uma colisão, exige-se profunda fundamentação para a limitação eficaz de uma norma em detrimento da outra. Sem esgotamento da questão, que ensejaria trabalho próprio de fôlego, adota-se a visão de Humberto Ávila, para quem a fundamentação deverá conter, “dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimentos de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados. Sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que explica tudo, mas não orienta nada. E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma ‘caixa preta’ legitimadora de um ‘decisionismo’ e formalizadora de um ‘intuicionismo moral’. Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 148-149).

constitucional, deverão ser analisadas em dois momentos: (1) no plano da validade: respeito ao conteúdo mínimo da garantia processual modificada; (2) no plano da eficácia: ponderação entre as normas conflitantes, de maneira a delimitar seu conteúdo eficaz. Neste capítulo, propõe-se elementos para o primeiro momento da análise, sendo que o segundo será, por opção metodológica, abordado no capítulo seguinte.<sup>684</sup>

#### 10.4. ESPÉCIES NORMATIVAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

Objetiva-se, neste item, estudar, à luz da convencionalidade e relativa disponibilidade, previamente delimitadas, os direitos fundamentais processuais que se relacionam com a convencionalidade processual.<sup>685</sup> Dessa forma, analisar-se-á: (1) o devido processo legal; (2) a coisa julgada; (3) o contraditório pleno, a vedação à decisão surpresa e a ampla defesa; (4) a isonomia; (5) a eficiência; (6) o juiz e o promotor natural; (7) a inafastabilidade do controle jurisdicional e o correlato direito de ação; (8) a fundamentação das decisões judiciais e administrativas; (9) a duração razoável do processo; (10) a publicidade; (11) a vedação à prova ilícita; (12) a cooperação e a boa-fé processuais. É o que será feito nos itens supra.

##### 10.4.1. Devido processo legal

O devido processo legal é norma, ou verdadeiro princípio, fundamental, prevista, expressamente, no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Nesse sentido, prevê a normativa que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>686</sup>

---

<sup>684</sup> Isso porque, pela teoria aqui adotada, a análise é aplicável, também, em função do conflito entre regras infraconstitucionais, sem a necessidade de abstração principiológica para tal construção. Por isso, ao se tratar de elementos para identificação dos limites aplicadas em todo o ordenamento, preferiu-se analisar a questão no item 15.3.

<sup>685</sup> Não se pretende, o que fugiria do escopo do presente trabalho e demandaria, para cada, um trabalho do mesmo fôlego que o atual, aprofundar o estudo e as questões polêmicas de cada norma fundamental. O objetivo será apresentar as espécies, delimitar o seu núcleo, seu conteúdo essencial, e apontar seus aspectos mais relevantes, de maneira a viabilizar o confronto com as convenções processuais. Além disso, também não se objetiva apresentar, exaustivamente, as normas fundamentais do processo, mas apenas aquelas que exigem uma análise à luz da convencionalidade.

<sup>686</sup> “E consubstancia-se, sobretudo, como igualmente visto, numa garantia conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais através da efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a imprescindível concretização de todos os seus respectivos

A locução, que corresponde ao *due process of law*, em língua inglesa,<sup>687</sup> significa que, a todos os sujeitos de direito, é garantido um processo justo, equitativo, eficiente, dialógico, razoável, previsível,<sup>688</sup> ou seja, que todos os processos sejam desenvolvidos conforme o modelo constitucionalmente previsto.<sup>689</sup> É, pois, norma fundamental de conceituação e definição difíceis, eis que possui um forte viés ideológico, filosófico e político, de modo que sua interpretação varia conforme a ideologia dominante.<sup>690</sup>

Trata-se, assim, de princípio fundamental do direito processual,<sup>691</sup> ou seja, de gênero normativo do qual é possível se extrair todas as demais espécies de princípios e de regras constitucionais, explícitas e implícitas, de maneira que bastaria sua previsão para a extração de todas as normas fundantes do processo.<sup>692</sup> Não obstante, optou o constituinte pela previsão

corolários, e num prazo razoável” (TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 19).

<sup>687</sup> DENNING, Alfred Thompson. **The due process of law**. London: Butterworth, 1994; SCHROEDER, Theodore Albert. **Due process of law**. New York City: Free Speech League, 1908; TAYLOR, Hannis. **Due process of law and the equal protection of the laws**. Chicago: Callaghan, 1917. No Brasil, ver MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade – a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Na Alemanha, optou-se pela locução *fairen Verfahren* (DÖRR, Dieter. **Fairen Verfahren: Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland**. Kehl: Engel, 1984). Na Itália, adotou-se o vocábulo “processo giusto” (TARUFFO, Michele. *Verità negoziata? Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 69-98, p. 76). Em Portugal, optou-se pela expressão “processo equitativo” (FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 107)

<sup>688</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 65.

<sup>689</sup> Por essa razão, Alexandre Câmara prefere a locução “devido processo constitucional”, para designar “o princípio responsável por assegurar que os processos (de qualquer natureza, mas, para o que a este texto interessa, especialmente os processos civis) desenvolvam-se conforme o modelo constitucional de processo” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional*. IN DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada: parte geral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 369-382, p. 371).

<sup>690</sup> PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 119.

<sup>691</sup> Por processo, entenda-se não apenas o judicial, mas também o administrativo e, até, o legislativo (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 65-66). Não se ignora, assim, o seu aspecto substancial (SCHROEDER, Theodore Albert. **Due process of law**. New York City: Free Speech League, 1908, *passim*; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade – a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, *passim*; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 110-112; TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 18; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. IN DIDIER JR., Fredie (coord.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 417-431), mas apenas opta-se, pelo objeto deste trabalho, por um corte metodológico conceitual ao seu viés processual.

<sup>692</sup> “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista



expressa de várias espécies de direitos fundamentais processuais, de forma a cristalizar algumas normas extraíveis do princípio.<sup>693</sup>

Nesse contexto, diferentemente do que ocorre em outros países, há, no Brasil, normativas fundamentais derivadas do princípio do devido processo legal, que estão, expressamente, previstas na Constituição, o que significa maior rigidez e cristalização na interpretação do significado do devido processo legal.<sup>694</sup> É dizer, em outras palavras, que o constituinte, ao optar pela previsão expressa da coisa julgada (art. 5º, XXXVI), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII), da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), da publicidade (art. 5º, LX, art. 93, IX), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e da vedação à prova ilícita (art. 5º, LVI), erigiu tais elementos do devido processo legal ao patamar de essenciais.<sup>695</sup>

---

dos Tribunais, 2016, p. 106). Nas palavras de Humberto Ávila, ao defender a essência do devido processo legal como ideal de protetividade, “Os elementos atribuídos ao ‘devido processo procedimental’ não são gratuitos, mas decorrência do ideal de protetividade dos direitos fundamentais: a existência de contraditório e ampla defesa é adequada e necessária à proteção de um direito, pois sem essas condições as partes não poderão produzir provas e argumentos indispensáveis à demonstração da realização ou restrição do referido direito; a existência de um juiz natural imparcial é elemento adequado e necessário à proteção de um direito, pois sem ele as alegações e as provas produzidas não serão avaliadas de modo a demonstrar a realização ou restrição do direito; as exigências de publicidade e fundamentação dos atos praticados são elementos adequados e necessários à proteção de um direito, pois sem elas as partes não têm como tomar conhecimento dos atos e das razões que podem demonstrar a realização ou restrição do direito; e assim por diante. (...) Em outras palavras, só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado” (ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”. **Revista de Processo**. ano 33. n. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2008, p. 50-59, p. 55).

<sup>693</sup> “Deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais. Como, porém, o ideal de protetividade de um direito fundamental é muito amplo, podendo haver problemas de coordenação, conhecimento e controle relativamente a quais são os elementos que podem ser dele deduzidos, o constituinte não apenas incluiu na Constituição um dispositivo a respeito do ‘devido processo legal’, como, ainda, fez constar vários daqueles elementos que dele deveriam ser deduzidos: juiz natural (art. 5º, XXXVII), imparcial (art. 95), ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV), motivação (art. 93, IX), publicidade (art. 5º, LX, art. 93, IX), proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI)” (ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”. **Revista de Processo**. ano 33. n. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2008, p. 50-59, p. 57).

<sup>694</sup> “Ao instituir esses elementos, a Constituição terminou por tornar obrigatório aquilo que poderia ser avaliado como adequado e necessário conforme as circunstâncias de cada caso concreto e, com isso, eventualmente afastado. Enquanto noutros sistemas, como o estadunidense, os elementos do devido processo legal são deduzidos caso a caso, do ideal de protetividade de direitos, no Brasil vários deles são impostos pela própria Constituição” (ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”. **Revista de Processo**. ano 33. n. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2008, p. 50-59, p. 57).

<sup>695</sup> Nessa senda, tais normas poderão ser reinterpretadas, inclusive, à luz da convencionalidade processual, mas jamais plenamente afastados. Ver item 15.3.2. Como será visto nas análises específicas de cada uma das normas constitucionais expressas, tal constatação possui forte impacto na correlação com as normas convencionais processuais.

Além disso de seu caráter normativo geral, o devido processo legal possui, como seu elemento nuclear, o respeito aos ritos procedimentais estabelecidos na legislação processual e previamente idealizados.<sup>696</sup> É que a calculabilidade do procedimento,<sup>697</sup> de sua organização e sequência, bem como a sapiência prévia de todas as regras e princípios que regem o processo, é pressuposto da segurança jurídica<sup>698</sup> exigida para o processamento do litígio, de maneira a gerar o sentimento de justiça para as partes, obtido por um processo justo e sem surpresas.<sup>699</sup>

É evidente, contudo, que o significado do princípio não deve ser pela sua rigidez excessiva, de maneira a se admitir a flexibilização e a adequação do procedimento às nuances do direito material em contenda.<sup>700</sup> De fato, o ideal a ser preservado não é uma rigidez

---

<sup>696</sup> Nas palavras de Carlos Alberto de Oliveira, que merecem transcrição, “para além das garantias correspondentes ao órgão judicial e do caráter fundamental da garantia de acesso à jurisdição, do ponto de vista estritamente processual, o conceito de devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento, permitindo tendencialmente aos litigantes as garantias de publicidade, contato direto do juiz com as partes e tramitação rápida do expediente. Todavia, como o processo não se resume a simples seqüência ordenada de atos, o princípio não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo também a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem por meio do contraditório na formação do convencimento do juiz. Por tais razões, o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório e a ampla defesa. No fundo, a garantia do devido processo legal constitui a expressão constitucional do formalismo processual: o informalismo excessivo (em que as partes perigam sossobrar ao arbítrio e ao poder do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo – o direito material e a justiça – corre o risco de periclitir por razões de forma) estabelecem os seus limites extremos” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85-86). No mesmo sentido, CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 295.

<sup>697</sup> Optou-se, aqui, pela adoção da terminologia conforme a conceituação apresentada por Humberto Ávila. Em suas palavras: “calculabilidade, em substituição à previsibilidade (absoluta), como a total capacidade de antecipar os conteúdos normativos, porque, apesar de a CF/88 conter uma série de regras destinadas a permitir uma antecipação da ação estatal, como são os casos das regras da legalidade e da anterioridade, a natureza do Direito – como será visto em pormenor na Segunda Parte deste trabalho –, vertido em linguagem largamente indeterminada e dependente de processos argumentativos para a reconstrução dos sentidos, impede a existência de univocidade dos seus enunciados” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 270). Esclarecido o conceito, contudo, utilizar-se-á, ao longo do trabalho, o termo “previsibilidade”, largamente adotado na doutrina, como sinônimo de calculabilidade, ou seja, com o significado aduzido pelo Professor.

<sup>698</sup> Aqui compreendida como conceitua Humberto Ávila, em suas palavras: “pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 286).

<sup>699</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 429; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**. ano. 31. n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2006, p. 7-31, p. 8-10.

<sup>700</sup> Ver item 10.2.4.

procedimental, mas uma previsibilidade, capaz de denotar segurança às partes durante a condução do processo.<sup>701</sup>

Natural, pois, que as convenções processuais, em especial após sua previsão expressa pelo diploma processual pátrio,<sup>702</sup> não ofendem, *per si*,<sup>703</sup> o elemento nuclear do devido processo legal.<sup>704</sup> Ao alterar as normas processuais e procedimentais, seja antes ou durante o litígio, as próprias partes promovem, conscientemente, a flexibilização, adequando o processo aos seus interesses e ao direito material em disputa, sem ofender a calculabilidade do sistema.<sup>705</sup>

Essa interpretação do devido processo legal, não mais embasada em uma legalidade como império da lei em sentido formal,<sup>706</sup> mas sim em sua relida compreensão como norma jurídica extraível do ordenamento jurídico,<sup>707</sup> é fundamento claro à constitucionalidade do permissivo às convenções processuais. Dessa forma, diante da superação da visão exegeta e da compreensão de que a norma é fruto da atividade interpretativa dos juristas e dos operadores do

<sup>701</sup> Nas palavras de Leonardo Greco: “a par dessa desejável homogeneidade genérica, é igualmente indispensável uma certa flexibilidade, para assegurar *in concreto* a paridade de armas e a ampla defesa, assim como fazer valer a natureza instrumental dos atos processuais, hoje não mais refém de inúteis formalismos” GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *IN* MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 290-304, p. 302.

<sup>702</sup> Refere-se, aqui, ao art. 190 do CPC, bem como aos demais acordos processuais típicos. Ver itens 4.4.5 e 14.1.2.

<sup>703</sup> É claro que a alteração procedimental ou situacional precisará ser compatível com as demais normas fundamentais extraíveis do princípio, de maneira que, caso viole um de seus elementos, terá sua higidez maculada. “No entanto, pela sua própria natureza, os acordos processuais não trazem surpresas ou sustos às partes, porquanto foram elas próprias que, de comum acordo e objetivando a aplicação de formato mais adequado às particularidades do conflito, estabeleceram as alterações” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 160).

<sup>704</sup> Razão pela qual Lorena Barreiros conclui que “a constitucionalidade do acordo em matéria processual é, pois, consentânea com o princípio do devido processo legal, desde que a convenção seja celebrada de forma livre pelas partes e que não exista disposição cogente em sentido contrário ou incompatibilidade sistêmica ou pragmática, estando o pacto nos limites do escopo da atividade jurisdicional de solução de controvérsias e de concretização do ordenamento jurídico” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 184).

<sup>705</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 159.

<sup>706</sup> Como defende SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Segurança. *IN* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 229-232, p. 231. Curioso que, no mesmo livro, mais a frente, afirma-se que “o conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, do ponto de vista estrutural, mas ao ordenamento jurídico em sentido material. É possível falar-se então em um bloco de legalidade ou de constitucionalidade que englobe tanto a lei como a constituição. Lei, nessa conformação, significa norma jurídica, em sentido amplo, independentemente de sua forma” (MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentário ao art. 5, II. *IN* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 243-249, p. 244).

<sup>707</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 182.

direito,<sup>708</sup> não mais se exige, para a previsibilidade, a rigidez do enunciado normativo legal, mas sim a calculabilidade das normas jurídicas emanadas do ordenamento jurídico.

Não obstante, é certo que, caso a alteração signifique efeitos inesperados às partes negociais, surpreendendo-as e impedindo-as de exercerem suas garantias processuais, haverá nulidade do processo desde o ponto em que o vício gerou prejuízos,<sup>709</sup> de modo que seja assegurado o devido processo legal. As convenções processuais, portanto, não encontram limites absolutos pela faceta previsibilidade do procedimento, nuclear do devido processo legal, eis que não violam o seu conteúdo, de maneira à sua compatibilidade com o princípio depender de sua interpretação, mas seu objeto não poderá significar supressão inesperada de direitos, sob pena de ofensa à norma-princípio segurança jurídica.

#### 10.4.2. Coisa Julgada

A coisa julgada, prevista no art. 5º, XXXVI,<sup>710</sup> é regra fundamental do sistema processual nacional, que denota estabilidade às decisões judiciais. É, como bem definido pela própria legislação pátria,<sup>711</sup> uma autoridade da decisão judicial de mérito,<sup>712</sup> a qual não mais

---

<sup>708</sup> “In sintesi, il principio di legalità della disciplina processuale è riaffermato in un contesto culturale profondamente mutato rispetto a quello ottocentesco. Un contesto nel quale l’interprete teorico e l’operatore pratico del diritto si sono definitivamente liberati dai panni striminziti dell’esegeta, per assumere quelli del coproduttore ed intermediatore di senso delle norme processuali, all’interno di un sistema legale che è come un ‘polmone aperto sull’esperienza” (CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile. Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 99-120, p. 118-119).

<sup>709</sup> Sobre o regime de nulidades e a forma de aplicação, ver item 13.4.

<sup>710</sup> “Art. 5º (...); XXXVI - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>711</sup> Refere-se, aqui, ao art. 502 do CPC. *In verbis*: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Trata-se, de fato, de uma tentativa de aclarar um dos temas mais difíceis do direito processual civil. “O conceito de coisa julgada continua a ser indiscutivelmente um dos temas mais polêmicos e, sem dúvida, um dos mais importantes para a ciência o processo civil” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 455).

<sup>712</sup> Autoridade, importa ressaltar, como uma situação jurídica eficaz da sentença, ou seja, como um efeito do ato judicial transitado em julgado (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.377; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 527).

cabe qualquer recurso,<sup>713</sup> de maneira a estabilizar o sistema, tornando-a imutável<sup>714</sup> e indiscutível.<sup>715</sup>

Trata-se, certamente, de um dos temas mais complexos do estudo processual,<sup>716</sup> sendo que suas nuances, exceções, relativizações<sup>717</sup> e abrangência,<sup>718</sup> vêm exigindo enorme atenção da doutrina. Foge ao escopo do presente trabalho maiores digressões.

<sup>713</sup> Ou, em termos mais técnicos, transitada em julgado, ou, ainda, com prévia coisa julgada formal. Essa, categoria classificatória doutrinária, refere-se à imutabilidade da sentença com projeção apenas aos autos em que foi proferida (ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 531-532).

<sup>714</sup> Por imutabilidade, entende-se a característica de estabilidade da decisão de mérito, ou seja, de inalterabilidade. É regra que, apenas em situações específicas, admitirá exceções (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 528). Tem-se, por exemplo, as hipóteses de ação rescisória (art. 966, incisos, do CPC) e a excepcionalíssima ação de *querela nullitatis*. Sobre a excepcional ação, ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. Sobrevivência da *querela nullitatis*. IN \_\_\_\_\_. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 81-92.

<sup>715</sup> A indiscutibilidade pode ser dimensionada em dois efeitos: (i) negativo, como forma de defesa e objeção, do jurisdicionado, à reapreciação da matéria; (ii) positivo, como forma de vinculação ao julgador à matéria já decidida, ou seja, não como um impeditivo ao novo julgamento, mas como elemento de vinculante da fundamentação (MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 66-68; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 479 e ss.; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 528).

<sup>716</sup> Seu estudo aprofundado exigiria um trabalho de fôlego específico.

<sup>717</sup> Sobre a matéria, há vasto debate doutrinário. O cerne da preocupação, e a base da teoria da relativização, pode ser sintetizada, nas palavras de Dinamarco: “um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcançadora e realça, é o da justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**. ano. 28. n. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003, p. 9-38, p. 13). A produção doutrinária é farta: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO, José Augusto (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Há, por outro lado, aqueles que, ao defenderem ser a coisa julgada um dos pilares da justiça, já que essencial à segurança jurídica (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 9. ed. Rio de Janeiro: Altas, 2016) entendem que “condicionar a prevalência da coisa julgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença redundaria em golpear de morte o próprio instituto. Poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa. Se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter novo julgamento da causa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos de suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. IN \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235-265, p. 249). Ver, ainda, a coletânea ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada** – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005 e, ao analisar a Coisa Julgada tributária, e acrescentando a suficiência dos próprios mecanismos legais de superação do instituto como suficientes para assegurar a justiça, RODRIGUES, Walter Piva. **Coisa julgada tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 116-120.

<sup>718</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 234-297.

Como já antecipado em sede introdutória, há quem defenda a convencionalidade acerca da coisa julgada material,<sup>719</sup> de maneira a admitir que as partes afastem a coisa julgada e determinem que a questão possa ser, novamente, decidida.<sup>720</sup> A relativização consensual da coisa julgada, contudo, parece ofender ao núcleo da regra fundamental, em especial ao interesse público à estabilidade sistêmica,<sup>721</sup> de maneira a não ser admissível.<sup>722</sup>

Assim, a convenção processual não poderá, em seu objeto, afastar coisa julgada, de maneira a preservar a estabilidade sistêmica, assegurar a segurança jurídica e evitar custos

<sup>719</sup> Não se duvida que as partes, a despeito da coisa julgada, possam transacionar sobre o direito material (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 189; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 535). O aspecto estudado, aqui, é a imutabilidade do efeito processual.

<sup>720</sup> Didier, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira, em construção confusa, apontam, inicialmente, que as partes não podem rever, rescindir ou invalidar a decisão transitada em julgado, visto que não podem desfazer, mesmo que consensualmente, um ato estatal, mas, em linhas seguintes, aponta que as partes podem afastar os efeitos da coisa julgada e determinar o novo julgamento (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 534-535). Em suas palavras: “Negar essa possibilidade parece-nos caso de recusa da prestação jurisdicional. Basta pensar que as partes poderiam tranquilamente levar essa mesma questão para o juízo arbitral, que também exerce a jurisdição. Por que não poderiam levar ao juízo estatal?” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 536). Não há, contudo, a aparente pacificidade do entendimento, mesmo em seara arbitral (AYMONE, Priscila Knoll. **A problemática dos procedimentos paralelos**: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 117 e ss.). A lei italiana, inclusive, prevê a nulidade da sentença arbitral em caso de ofensa à coisa julgada prévia (art. 829, 8, do codice di procedura civile italiano). A despeito da ausência da mesma previsão no direito brasileiro, parece que admitir procedimento arbitral para rever caso previamente julgado, com sentença de mérito transitada em julgado, representaria uma insegurança jurídica incompatível com o sistema.

<sup>721</sup> “Die materielle Rechtskraft is nicht nur im Interesse der einzlnen Partei angeordnet, sondern liegt ebenseher im allgemeinen Interesse einer geordneten Rechtspflege und des Rechtsfriedens” (JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozessrecht**: ein studienbuch. München: C.H. Becksche, Verlagsbuchhandlung, 1985, p. +/- 218). Em tradução livre: “a coisa julgada material não se destina exclusivamente ao interesse das partes singularmente consideradas, mas, também, ao interesse geral numa atividade judicial ordenada e na paz social”. Como bem define Tucci, “decisão imutável e indiscutível é aquela que atingiu estágio final de estabilidade, sob o ponto de vista do comando emitido por determinado órgão jurisdicional. A essência da coisa julgada reside exatamente na imutabilidade da sentença. E o interesse resguardado é o da paz social e segurança das relações jurídicas” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 257). Ainda, nas precisas palavras de Barbosa Moreira, “o interesse na preservação da *res iudicata* ultrapassa, contudo, o círculo das pessoas diretamente envolvidas. A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Todos precisam saber que, se um dia houverem de recorrer a ela, seu pronunciamento terá algo mais que o fugidio perfil das nuvens” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual – 9ª série**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235-265, p. 245-246”.

<sup>722</sup> Nesse sentido: GIUSSANI, Andrea. Autonomia privada e presupposti processuali: note per un inventario. **Revista de Processo**. ano. 37. n. 211. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2012, p. 103-111, p. 108; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 181.

sociais processuais inócuos. Dessa maneira, será nulo o objeto convencional que, com ofensa à coisa julgada hígida, afastar a sua incidência.

#### 10.4.3. Contraditório pleno e ampla defesa

Contraditório e ampla defesa,<sup>723</sup> princípios extraíveis do devido processo legal, mas também previstos expressamente no art. 5º, LV, da CF/88,<sup>724</sup> são, talvez, os mais caros à justiça,<sup>725</sup> sendo que sua previsão é constante nos diplomas constitucionais pátrios.<sup>726</sup> A sua compreensão, no entanto, evoluiu.

Tradicionalmente, o contraditório era compreendido como o dever de cientificação às partes do processo e de seus atos, bem como a viabilização de meios de defesa.<sup>727</sup> A visão tradicional e mínima do contraditório,<sup>728</sup> contudo, à luz das garantias processuais, precisou ser reinterpretada.

<sup>723</sup> Vale a ressalva de Didier: “contraditório e ampla defesa formam um belo e conhecido par. (...) Tradicionalmente, a doutrina distinguia ambas as garantias, embora reconhecesse que entre elas havia forte conexão. (...). Atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando um amálgama de um único direito fundamental” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 88-89).

<sup>724</sup> “Art. 5º: (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>725</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 169.

<sup>726</sup> “É da tradição do direito constitucional brasileiro a adoção expressa da garantia ao contraditório no texto da Constituição. O preceito encontrava-se previsto na CI/1984 179 VIII; CF/1891 72 § 16; CF/1934 113 24; CF/1937 122 11; CF/1946 141 § 25; CF/1967 150 § 15; CF/1969 153 § 15” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 242).

<sup>727</sup> É clássico o conceito de Mendes de Almeida, para quem o contraditório significaria a ciência bilateral dos atos processuais e a possibilidade de contrariá-los (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo, [S.I.], 1937, p. 80). Nesse sentido, “entende-se, assim, respeitado o princípio do contraditório quando se dá a todas as partes a oportunidade de defender-se: que o façam, efetivamente, que compareçam em juízo e ofereçam as suas razões, ou permaneçam inativas, depende de sua livre-determinação: o contraditório consiste na ciência, por ambas as partes, do que se faz ou se pretende fazer no processo, e na possibilidade de contrariar” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 93). É importante frisar que, a despeito do posicionamento inicial, a própria Prof. Ada, posteriormente, foi uma das pioneiras na releitura do instituto (GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. *IN* \_\_\_\_\_, **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 1-16, p. 7-8). No mesmo sentido, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 74-76.

<sup>728</sup> Pode ser sintetizada nas palavras de Leonardo Cunha: “O contraditório, em sua versão tradicional, era mais restritivo, pois se limitava a impor a cientificação das partes acerca dos atos processuais e a obediência à bilateralidade da audiência. Enfim, o princípio do contraditório deveria compreender: (a) o direito de ser ouvido; (b) o direito de acompanhar os atos processuais; (c) o direito de produzir provas; (d) o direito de ser informado regularmente dos atos praticados no processo; (e) o direito à motivação das decisões; (f) o direito de impugnar as

Assim, diante do neoprocessualismo e processo cooperativo,<sup>729</sup> o contraditório passa ser interpretado em uma dupla dimensão: (a) efetiva participação dos sujeitos processuais,<sup>730</sup> (b) possibilidade de efetivamente influenciar na decisão do julgador.<sup>731</sup> Em outras palavras, deve ser garantido,<sup>732</sup> às partes, a participação plena no processo,<sup>733</sup> sem limitações injustificadas<sup>734</sup> com garantia de influência<sup>735</sup> e vedação de decisões surpresas.<sup>736</sup>

---

decisões. Para que tudo se realizasse, seria preciso a ciência das partes. A noção inicial e mínima do contraditório relaciona-se, como se percebe, com a tempestiva ciência das partes sobre os atos processuais” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**. ano. 37. n. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2012, p. 349-374, p. 360).

<sup>729</sup> Ver item 9.2. Denominando-o de contraditório substancial, interessante a abordagem de BARRETO, Adalberto Fulco Feitosa Paes. **A flexibilidade do princípio do dispositivo**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídico-Civilistas). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 79-82.

<sup>730</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. *IN* \_\_\_\_\_. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. t. I. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517-528, p. 517; MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 158-159

<sup>731</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81 e ss.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**. ano. 37. n. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2012, p. 349-374, p. 367; THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. ano. 34. n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2009, p. 107-141; NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224 e ss.

<sup>732</sup> É dever do juiz, assim, preservar o efetivo contraditório, como dispõe o art. 7º do CPC/15. Nesse sentido, “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

<sup>733</sup> “Nesse sentido, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” (THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93).

<sup>734</sup> Inclusive na eventual aferição de validade da norma convencional. Nos dizeres de Cabral, “o controle exercido pelo juiz sobre a validade das convenções processuais deve ser empreendido de maneira cooperativa, com respeito ao contraditório, cuja observância é obrigatória mesmo para as questões que o juiz pode conhecer de ofício” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 254). Tal entendimento restou, inclusive, pacificado no Enunciado n. 259 do FPPC, “a decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio”.

<sup>735</sup> Dessa forma, não se considera fundamentada a decisão que não enfrenta, ao menos, os argumentos capazes de modificar o julgamento prolatado. Nesse sentido, “art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...); II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...); IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

<sup>736</sup> Nesse sentido, “art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.



Dessa forma, não poderão as convenções processuais violarem a essência da proteção constitucional ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, significar um empecilho à participação das partes, ou, ainda, ao contraditório-influência.<sup>737</sup> Em outras palavras, atos convencionais que se traduzam em um procedimento não participativo, ou, ainda, que signifiquem um julgamento sem a oitiva das partes, serão nulos, de maneira a não se coadunarem com o direito pátrio.

#### 10.4.4. Inafastabilidade do controle jurisdicional: o direito de ação

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88.<sup>738</sup> Além disso, o CPC/15 prevê, em seu art. 3º,<sup>739</sup> a mesma disposição, com mera alteração de “Poder Judiciário”, para “jurisdicional”, em acertado avanço legislativo, pois a jurisdição nem sempre é exercida pelo judiciário estatal,<sup>740</sup> além da acertada exclusão do termo “Lei” como única fonte limitadora.

---

<sup>737</sup> Pezzani, em sua obra sobre as convenções processuais em matéria probatória, defende a cláusula *solve et repete*, na qual umas ou mais partes negociais renunciam ao direito de apresentar exceções, ou matérias prévias de defesa (PEZZANI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle Prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 148 e ss.). Concorda-se com a autora, desde que não se configure em uma limitação absoluta de defesa, mas apenas uma limitação temporal e/ou formal, de maneira que a defesa poderá ser apresentada em outro momento (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 338). Não se trata de uma convenção processual que ofenda o núcleo da norma fundamental, eis que não desnatura o processo participativo e o direito à influência, mas, sim, mitiga o princípio, oportunizando a defesa em outro momento processual, no que se denomina contraditório diferido. Nas palavras da Professora, “la clausola infatti incide solo sul modo con il quale egli svilupperà le sue difese in giudizio e cioè semplicemente spostata il momento in cui potrà far valere tutte le sue ragioni: dalla fase appena successiva alla proposizione della domanda nei suoi confronti, a quella posticipata al pagamento. Non viene dunque impedita la difesa al convenuto che potrà essere esercitata pienamente anche nello stesso giudizio. Forse si potrebbe parlare di una forma di ‘contraddittorio diferito’, o ‘posticipato’, o ‘eventuale’, di origine convenzionale, relativo ai fatti oggetto di eccezione: le parti infatti si sono semplicemente accordate perchè le eccezioni siano sollevate dopo il pagamento” (PEZZANI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle Prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 153. Em tradução livre: “na verdade, a cláusula incide apenas sobre o modo como se desenvolverá sua defesa em juízo, que, simplesmente, modifica o momento em que se apresentará todas as suas razões: da fase imediatamente após a propositura da demanda contra ele, para a posterior ao pagamento. Não se impede, contudo, a defesa ao convenente, que poderá ser exercitada plenamente naquele mesmo juízo. Talvez se possa falar de uma forma de ‘contraditório diferido’, ou ‘adiado’, ou ‘eventual’, de origem convencional, relativo ao fato objeto de exceção: as partes, de fato, apenas acordam para que as exceções sejam levantadas após o pagamento”. Em sentido parecido, mas abrangendo a leitura do contraditório à arbitragem e ao procedimento administrativo, SILVA, Paula Costa e. Preterição do contraditório e irregularidade de constituição de tribunal arbitral. *Revista de Processo*. ano. 37. n. 212. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2012, p. 301-334, p. 306-313.

<sup>738</sup> Nesse sentido, “art. 5º: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>739</sup> “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

<sup>740</sup> De fato, há casos em que a atividade é exercida pelo poder legislativo, como nos julgamentos pelo Senado (art. 52, I e II, CF/88), e pela arbitragem (art. 3º, §1º, CPC e Lei 9.307/96) (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 179).

Nesse contexto, da inafastabilidade da jurisdição, extrai-se o direito fundamental de ação, também designado por acesso ao Poder Judiciário, à justiça, ou à jurisdição.<sup>741</sup> É dizer que, sem exceções,<sup>742</sup> não poderá uma norma afastar a tutela jurisdicional daquele que se sentir lesado, ou ameaçado de lesão, de maneira que a todos é garantido o direito de provocar o ente jurisdicional competente e dele receber uma resposta.<sup>743</sup>

Importante frisar, contudo, que a garantia não se destina, apenas, ao legislativo, de maneira a limitar leis que vedem ou dificultem o acesso à justiça, mas, também, às demais autoridades<sup>744</sup> e, ainda, às próprias partes. Em outras palavras, apesar de ser o legislador o destinatário principal da norma fundamental,<sup>745</sup> a vedação constitucional à limitação ao acesso à justiça deve ser geral.

Nesse sentido, uma convenção processual que exclua de determinada relação a atividade jurisdicional,<sup>746</sup> de maneira a impedir a heterocomposição, ou solução por terceiro neutro, da lide, é nula, posto violar o conteúdo mínimo da garantia constitucional. É dizer, de

---

<sup>741</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 179.

<sup>742</sup> Para uma visão histórica acerca de algumas exceções à Lei, ver WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 39-41; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 208-209.

<sup>743</sup> Acresça-se, ainda, que, “pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 210).

<sup>744</sup> Apesar de referir-se à lei, o disposto no § 4º do, hoje, artigo 153 da Constituição põe em relevo a garantia do direito de ação não apenas em face do Poder Público, que é o primeiro destinatário da norma, mas de todos quantos, de qualquer modo, possam querer impedi-lo. É que se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá ‘excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’”. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O Estado de Direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício). **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 19. n. 0. Curitiba: UFPR, 1979, p. 243-262, p. 247).

<sup>745</sup> É importante o reforço, diante do objeto do presente trabalho, apesar de as normas jurídicas não possuírem, por essência, destinatário certo e único (ROMANO, Santi. Norme giuridiche [destinatari delle] (verbete). **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Giuffrè, 1947, 135 e ss).

<sup>746</sup> Seja a atividade estatal, seja a arbitral, como já restou pacificado (ver nota 672). Refere-se, aqui, à emblemática decisão de 12 de dezembro de 2001, no processo SE 5.206. Em tal decisão, em que o STF discutiu a constitucionalidade de inúmeros institutos da Lei 9.307/96, com destaque ao entendimento pela ausência de monopólio estatal da justiça, de modo a se considerar acesso à justiça, também, a via arbitral. Dessa feita, como bem resume o enxerto da ementa do paradigmático precedente: “constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o tribunal, por maioria dos votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF”.

outro modo, que o *pactum de non petendo*, por tempo indeterminado e com supressão definitiva do direito de ação,<sup>747</sup> não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio.<sup>748</sup>

#### 10.4.5. Juiz Natural

A garantia do juiz natural é extraível do devido processo legal e, apesar de não previsto expressamente na Constituição, é resultado da conjunção dos incisos XXXVII e LIII,<sup>749</sup> do art. 5º da CF/88.<sup>750</sup> Nesse sentido, o juiz natural deve ser visto, em um processo justo, como o juiz devido, ou o julgador pré-estabelecido por regras gerais e abstratas, sem designação específica, e posterior, a caso ou a pessoa,<sup>751</sup> de modo a assegurar sua independência e imparcialidade.<sup>752</sup>

<sup>747</sup> Admite-se a suspensão temporária, com perda de eficácia do direito de ação por prazo determinado e sem significar exclusão do direito. É o que ocorre, por exemplo, em convenções que imponham, como requisito ao litígio, arbitral ou judicial, a realização prévia de uma mediação.

<sup>748</sup> Correto, nesse sentido, ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 184, bem como o STF, em decisão exarada pelo seu Tribunal Pleno, em RE nº 94.141-SP, rel. Min. Soares Munhoz, DJU 04.03.1983. Em sentido contrário, SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material* IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 297-334, p. 315-327. Ainda, durante os capítulos iniciais de sua tese, CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 239; 246; 299; 329. É bem verdade que, no quinto capítulo da obra, introduzido para a versão comercial da tese, Cabral aponta que “convenções como o *pactum de non petendo*, ou aquelas que imponham mediação ou conciliação antes do ajuizamento da demanda perante o judiciário, ou qualquer outra barreira dilatória ao exercício dos direitos processuais, embora primacialmente válidos e eficazes, não podem ser ilimitados no tempo, sob pena de reduzirem a zero a garantia do acesso à justiça. Também deem ser considerados inválidos se, apesar de submetidos a termo fixo, seu cumprimento puder levar à ocorrência da prescrição ou decadência” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 338). É esse o entendimento que aqui se defende.

<sup>749</sup> “Art. 5º: (...) XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...); LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

<sup>750</sup> Trata-se de garantia processual de enorme relevância, cuja violação é capaz, inclusive, de fundamentar a rescisão do julgado (art. 966, II, do CPC).

<sup>751</sup> Como bem define Ferrajoli, “a garantia do ‘juiz natural’ indica essa normalidade da ordem das competências no juízo, pré-constituída pela lei entendido como competência o ‘limite da jurisdição’ de que qualquer juiz é titular. Ela significa, precisamente, três coisas diferentes ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. ZOMER, Ana Paula *et al* (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 472).

<sup>752</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 129 e ss.

Dessa forma, não se admite o juízo de exceção, ou seja, aquele criado e desenhado, quer antes, quer depois do litígio, para casos específicos<sup>753</sup> de modo que o órgão jurisdicional deve estar previamente estipulado, suas regras de distribuição devidamente previstas e a forma de substituição bem delimitada.<sup>754</sup> Apenas assim é possível se garantir um julgador imparcial, subjetivamente e objetivamente capaz e um processo justo.<sup>755</sup>

O sistema processual prevê, ainda, a competência absoluta de determinados entes jurisdicional para o julgamento da causa, seja por razão da matéria, da pessoa ou da função e, excepcionalmente, do território ou do valor.<sup>756</sup> Tratam-se de regras fixadas para atender, primordialmente, ao interesse público, ou seja, inexistente, pelas partes, a possibilidade de sua alteração.<sup>757</sup>

É possível, assim, extrair-se o conteúdo mínimo do juiz natural: independência e imparcialidade do julgador, bem como respeito às regras de competência absoluta. Não poderão as partes, assim, convencionar de maneira a alterar regras de competência absoluta, seja para

---

<sup>753</sup> “Tribunal de exceção é aquele designado ou criado, por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele ocorrido ou não, irrelevante a existência previa do tribunal. Diz-se que o tribunal é de exceção quando de encomenda, isto é, criado *ex post facto* (ou a posteriori), para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém, tudo acertado previamente. Enquanto o juiz natural é aquele previsto abstratamente, o juízo de exceção é aquele designado para atuar no caso concreto ou individual (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162-163).

<sup>754</sup> “A exigência de pré-constituição do órgão jurisdicional competente, entendendo-se este como o agente do Poder judiciário, política, financeira e juridicamente independente, cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor. Só mesmo as modificações de competência através de normas regularmente editadas, bem como as substituições previstas em lei, o desaforamento e a prorrogação da competência, é que, na oportuna advertência de José Frederico Marques, ‘não entram em colisão com a aludida garantia’, até porque – complementa – efetivados em regime de estrita legalidade” (TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 30).

<sup>755</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 185.

<sup>756</sup> “Se assim se visualiza em função da matéria e da hierarquia, o mesmo não se poderá dizer referentemente ao valor e ao território quando, nestes casos, surge a competência sendo relativa porque, normalmente, é ela determinada em interesse principal e direto das partes conflitantes, o que se evidencia quando consideramos as diversas espécies de competência. Assim sendo, temos que as mesmas partes poderão, expressa ou tacitamente, derrogar as regras indicativas de competência” (ROCHA, José de Moura. A competência e o novo código de processo civil. *IN* WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Doutrinas essenciais: processo civil**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1041-1083, p. 1075).

<sup>757</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 203-204.

derroga-las ou para prorrogar a competência de outro juízo,<sup>758</sup> posto ofender ao interesse público de organização judiciária.<sup>759</sup>

Ademais, não poderão as partes, por convenção processual, mesmo que apenas criem ou alterem as regras de distribuição à juízo absolutamente competente, elegerem um juiz dependente e/ou parcial, de modo a ofenderem o interesse público de preservação do juiz devido.<sup>760</sup> Nesse sentido, é fundamental que eventual acordo firmado, cujo objeto seja a eleição de foro,<sup>761</sup> ou, porque não, de um juiz específico,<sup>762</sup> mantenham o processo justo, com um juiz independente e imparcial e, ainda, não ofendam as normas cogentes de distribuição de competência, sob pena de nulidade.

#### 10.4.6. Fundamentação das decisões judiciais

O art. 93, IX, da CF/88,<sup>763</sup> prevê que todos os atos judiciais, para serem válidos, devem ser devidamente motivados.<sup>764</sup> Ademais, o art. 489 do CPC aponta, como elemento essencial da

<sup>758</sup> Assim prevê, expressamente, o CPC/15: “art. 62. A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes”.

<sup>759</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *IN* WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Doutrinas essenciais**: processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87-117.

<sup>760</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 178; MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. *IN* MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132-155, p. 136.

<sup>761</sup> Expressamente admitido no sistema processual. Nesse sentido, o art. 63 do CPC/15: “as partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações”.

<sup>762</sup> Correto, portanto, Diogo Almeida, ao afirmar que “não vejo qualquer empecilho, ainda, à convenção que escolhe um juiz específico para julgar o conflito, desde que o magistrado nomeado aceite e esteja exercendo jurisdição em vara competente para o processamento de litígios da mesma natureza do caso concreto e não seja ele impedido ou suspeito” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 180). Não se trata, propriamente, de uma aceitação pelo juiz do acordo, posto tratar-se o pacto de um ato determinante (ver item 4.3.2.2). É, contudo, negócio processual plurilateral, que necessitará da participação do juiz como parte negocial. Sobre o papel do juiz nas convenções processuais, ver item 13.3.

<sup>763</sup> “Art. 93 (...); IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>764</sup> Sobre o tema, conferir MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95.

sentença, a fundamentação, indicando em seu §1º, de maneira explícita, os requisitos para se considerar motivada a decisão judicial.<sup>765</sup>

Nesse sentido, a garantia de motivação das decisões judiciais impõe ao julgador que, de maneira clara e precisa, exponha as razões de fato e de direito que convenceram a decidir daquela forma,<sup>766</sup> bem como demonstre os motivos pelos quais outros elementos fáticos e jurídicos aduzidos pelas partes não o convenceram.<sup>767</sup>

Não se trata de regra fundamental de interesse meramente das partes, mas, ainda, principalmente diante de um sistema que admite o precedente judicial,<sup>768</sup> de norma com relevante interesse público, sendo possível se afirmar que a decisão do juiz possui dupla dimensão: interna, de convencimento das partes,<sup>769</sup> e externa, pela formação de precedente

<sup>765</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

<sup>766</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 327; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117-124.

<sup>767</sup> TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici: nozioni generali**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 399; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 110-111.

<sup>768</sup> Ver art. 927 do CPC/15. Sobre o tema precedentes, ver abordagem prévia: BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro. **Revista de Processo**. n. 253. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 347-385. Ver, também, MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>769</sup> Com enorme importância, que pode ser dimensionada em três razões principais: (a) explicação, às partes, do porquê de tal solução, desencorajando-se recursos (b) fundamental para se extrair as razões recursais, ou seja, apenas a uma sentença devidamente fundamentada podem as partes impugnar corretamente; (c) aferir se o órgão julgador sentenciou a causa com legitimidade, ou seja, sem extrapolar suas funções (TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975, p. 374-390). No mesmo sentido, Canotilho: “a exigência de fundamentação das decisões judiciais (CRP, art. 205.º/1) ou ‘da motivação das sentenças’ radica em três razões fundamentais: (1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do caráter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição** – 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 667).

aplicável em demais casos.<sup>770</sup> 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,<sup>771</sup> de sorte que sua ausência deslegitima a atividade jurisdicional e impõe a nulidade do ato.<sup>772</sup>

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.<sup>773</sup> Seria, pois, um acordo processual nulo.

#### 10.4.7. Publicidade

O processo civil, para ser devido, deve ser público, de maneira a evitar arbítrios e julgamentos secretos, bem como permitir a fiscalização da sociedade sobre a atividade jurisdicional.<sup>774</sup> Nesse sentido, prevê o art. 5º, LX, CF/88,<sup>775</sup> reafirmado no CPC/15,<sup>776</sup> que não

<sup>770</sup> AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica**. 2016. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2016, p. 224.

<sup>771</sup> “Acrescente-se que, como garantia para os litigantes e, de maneira mais geral, para os jurisdicionados, impõe o ordenamento ao órgão judicial que explicita, na motivação da sentença, as razões do seu entendimento, seja quanto aos fatos, seja quanto ao direito”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova**. Temas de Direito Processual: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73-83, p. 73; 77). “Nesse fio, como principal fator de legitimação, parte da doutrina tem apontado o critério da aceitação da decisão, aceitação essa que tanto pode se dar no âmbito dos afetados direta ou indiretamente pela sentença, como num universo mais geral, considerando os jurisdicionados ou cidadãos de uma determinada comunidade” (MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. *IN* MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132-155, p. 139).

<sup>772</sup> “Pelas razões de início expostas, o vício que a infirma, na hipótese alvitada, tem a natureza de nulidade insanável, porquanto contraria preceito de interesse público” TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *IN* WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Doutrinas essenciais: processo civil**. v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 323-337, p. 330.

<sup>773</sup> “A ordem pública veda às partes a celebração de qualquer convenção que determine ou apenas permita ao juiz deixar de inserir em suas decisões os motivos pelos quais alcançou seu convencimento” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 177).

<sup>774</sup> ABDO, Helena Najjar. **Observância da regra da objetividade na publicidade do processo realizado pelos meios de comunicação social**. 2006. Tese (doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p. 49-52.

<sup>775</sup> “Art. 5º (...); LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

<sup>776</sup> Nesse sentido, arts. 8º (“ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”) e 11 (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”). Ainda, “art. 189. Os atos

se pode mitigar a publicidade do processo, senão quando for conflitante com a preservação da intimidade ou com outro interesse público.

Nesse sentido, a convenção processual que afastar a publicidade de um processo estatal, sem qualquer fundamento na preservação da intimidade e/ou interesse público, será nula por ofensa à garantia processual.<sup>777</sup> Não podem as partes, assim, consensualmente, denotarem sigilo ao processo, já que ofenderia seu núcleo duro de preservação do interesse social ao devido processo legal.

#### 10.4.8. Duração razoável do processo

Dentre as principais dicotomias havidas em direito, é o embate eficiência e garantia, certamente, bem como celeridade e segurança jurídica, que causa maior dificuldade para a elaboração de um processo devido e eficiente.<sup>778</sup> Nessa seara, vem ganhando cada vez mais peso a defesa de um processo célere, como um objetivo basilar da atividade jurisdicional, principalmente diante da crise do judiciário.<sup>779</sup>

---

processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

<sup>777</sup> Há, ainda, que se destacar a possibilidade de sigilo do processo arbitral. Trata-se de previsão que não ofende à essência da garantia constitucional, eis que não há interesse social na publicização da atividade privada e consensual de resolução e conflitos (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 90). O mesmo não ocorre com a arbitragem envolvendo o poder público (SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 283-285) como restou consolidado no Enunciado n. 15 do FPPC, “as arbitragens que envolvem a Administração Pública respeitarão o princípio da publicidade, observadas as exceções legais (vide art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, com a redação da Lei n. 13.129/2015)”.

<sup>778</sup> “Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo, e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário. Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos – segurança/celeridade –, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, se que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66).

<sup>779</sup> “Um dos notórios objetivos das extensas reformas empreendidas nas leis processuais para debelar o que se costuma designar de ‘crise da justiça’ consiste na celeridade. Apesar de vulgar, a fórmula ‘crise da justiça’ soa excessiva e imprópria. Induz a crença que a justiça em si perdeu-se em algum escaninho burocrático. Na verdade, busca-se nela expressar que a prestação jurisdicional prometida pelo Estado, no Brasil e alhures, tarda mais do que o devido frustrando as expectativas dos interessados. A obra da justiça continua se realizando como sempre, acompanhada, também como sempre, dos demais defeitos inerentes à frágil condição humana” (ASSIS, Araken de. **Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil**. IN FUX, Luiz; NERY JR.,



A razoável duração do processo, princípio basilar previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88,<sup>780</sup> evidencia um interesse não apenas dos jurisdicionados daquele processo, mas também da própria sociedade, na medida em que é critério basilar para se aferir a eficiência do sistema jurisdicional.<sup>781</sup> De fato, o processo deve durar o tempo necessário e adequado para o enfrentamento do conflito, de maneira que seu formalismo deve permitir a correta cognição do juiz,<sup>782</sup> mas não deve extrapolar o razoável, de maneira a ser inaceitável o tempo morto.<sup>783</sup>

Também reverberado no art. 4º do CPC/15,<sup>784</sup> a razoável duração do processo impõe limites claros à convencionalidade processual. É certo que um acordo processual que tenha por objeto prazos processuais, ou, ainda, aspectos procedimentais capazes de alterar seu cronograma natural, deve considerar a razoável duração do processo, de maneira a não violar o interesse social de eficiência da atividade jurisdicional.<sup>785</sup>

Nesse sentido, sob a égide do CPC/73, precisamente em seu art. 182,<sup>786</sup> era vedada a alteração de prazo peremptório por convenção das partes. Havia, certamente, casos em que,

---

Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 195-204, p. 196).

<sup>780</sup> “Art. 5º (...); LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>781</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 144- 145.

<sup>782</sup> OLVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**. ano. 31. n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2006, p. 7-31, p. 24.

<sup>783</sup> Tempo morto, ou buraco negro (*black holes*), são os lapsos temporais inúteis do processo, fruto de atos, normalmente de serventia, que, em virtude principalmente do asoberbamento judicial e ineficiência sistêmica, denotam tempo infinitamente superior ao necessário. Tratam-se, por exemplo, do tempo para a assinatura, pelo juiz, de um ato judicial, para a remessa dos autos à conclusão pela secretaria, para a juntada de um documento aos autos, para publicação de um ato exarado, dentre outros. A despeito de, aqui, apontar-se a relação negativa que um acordo processual pode gerar à razoável duração, fundamental a compreensão de que as convenções processuais buscam, ou deveriam buscar, a otimização do processo, de maneira a contribuir para a diminuição do tempo morto. É o que ocorre, por exemplo, com a calendarização do processo (art. 191 do CPC/15), que “evita os chamados ‘buracos negros’ [*black holes*], isto é, os lapsos inúteis de tempo perdidos (...). Tudo já está antevisto e rigorosamente datado a fim de não haver dilações improdutivas” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. *IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 353-369, p. 356).

<sup>784</sup> “Art. 4º as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

<sup>785</sup> “Não estão vedadas, em absoluto. A ordem pública processual tornar-se-á um obstáculo quando o pacto estabelecido pelos litigantes demonstrar-se capaz de infringir essa garantia. Alguns exemplos da extrapolação do direito de flexibilização dos prazos são a suspensão do processo por tempo excessivo, a modificação injustificada da data de audiência ou a fixação de prazo diferente do previsto em lei, que imponha ao processo uma paralização desarrazoada” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 183).

<sup>786</sup> “Art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias”.

diante da complexidade, era não apenas do interesse das partes, mas, ainda, necessária ao processamento correto da lide, a dilatação dos prazos, para permitir uma instrução condizente com a natureza da demanda.

No entanto, mesmo em tais casos, a doutrina preponderantemente negava validade à convenção, posto o interesse público subjacente.<sup>787</sup> É certo, contudo, que, em tais casos, o interesse público pela razoável duração do processo não conflitava com o desejo, também social, de eficiência e contraditório pleno, que só poderiam ser atingidos pela instrução dilatada e adequada às peculiaridades do caso concreto.

Diante desse cenário, o novo diploma processual, em seu art. 222, §1º,<sup>788</sup> optou por admitir a convenção processual, envolvendo as partes e o juiz, para a redução dos prazos peremptórios. Nesse sentido, é possível se extrair que as partes podem, desde que não se ofenda o conteúdo mínimo da duração razoável do processo, e respaldadas por outras garantias processuais,<sup>789</sup> alterar os prazos processuais, mesmo que peremptórios, de maneira a adequar o procedimento às peculiaridades da causa.

Dessa forma, as convenções processuais cujo objeto incidir sobre o cronograma processual, inclusive aquelas que alterem os prazos processuais peremptórios, são válidas, desde que não signifiquem dilação injustificada do processo, ou seja, macule a essência do princípio da duração razoável do processo.<sup>790</sup> Nesses casos, diante de aumento desarrazoado da duração do processo, faz-se necessária a nulidade do ato convencional.

#### 10.4.9. Vedação à prova ilícita

Importante garantia fundamental é a regra da vedação da prova ilícita, prevista no art. 5º, LVI, da CF/88,<sup>791</sup> que aponta a inadmissibilidade da prova obtida através de meio ilegal.<sup>792</sup>

<sup>787</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre prazos peremptórios e dilatatórios. IN \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 56.

<sup>788</sup> “Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses. § 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes”

<sup>789</sup> Refere-se, aqui, ao contraditório pleno, ampla defesa, eficiência, adequação, cooperação processual, etc.

<sup>790</sup> Concorde-se com ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 185.

<sup>791</sup> “Art. 5º (...); LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

<sup>792</sup> “Trata-se de direito fundamental do jurisdicionado: o direito de não ver produzida contra si uma prova ilícita ou obtida ilicitamente. Esta é uma das regras fundamentais que concretizam o devido processo legal” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 99).

Tal concepção, largamente adotada, em doutrina e jurisprudência, antes mesmo do advento da Carta Magna,<sup>793</sup> é basilar para um Estado Democrático de Direito, já que, caso contrário, arbitrariedades e abusividades seriam fatalmente cometidas.

Há, contudo, exceções à regra.<sup>794</sup> É, por exemplo, os casos dos §§1º e 2º do Código de Processo Penal, que deve ser aplicado por analogia ao processo civil,<sup>795</sup> que podem ser sintetizados como: (a) derivação mediata, ou seja, apenas as provas efetivamente derivadas da ilícita que são inadmissíveis, de maneira que as demais, mesmo em um processo viciado, são consideradas hígidas; (b) prova inevitável, ou cuja obtenção por outra forma era possível, ou seja, desde que fosse, inexoravelmente, obtida por outro meio, é admissível.<sup>796</sup>

Dessa maneira, é evidente que uma convenção processual, diante do elemento nuclear da garantia processual de proteção ao devido processo legal, ou ao processo justo e democrático, jamais poderá, em seu objeto, admitir uma prova ilícita. Esse acordo seria plenamente nulo, posto sua incompatibilidade com a garantia constitucional processual.

Entretanto, pela própria definição de prova ilícita, é possível que essa adjetivação seja fruto de uma convenção processual atípica celebrada entre as partes, que estabeleça que determinado tipo de prova não pode ser admitido no processo referente à sua relação. Há quem aponte, contudo, a invalidade desse tipo de acordo processual, eis que significaria uma negociação sobre a verdade,<sup>797</sup> de maneira a limitar a atuação do juiz na busca pela verdade real,

<sup>793</sup> Por todos, em campo doutrinário, ver GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, *passim*. Na seara judicial, é possível se vislumbrar precedentes do STF tanto em processo civil: RE 85.439, 11.11.77, Xavier, RTJ 84/609; RE 100.094, 28.6.84, Mayer, RTJ 110/798; quanto em processo penal: HC 63.834, 18.12.86, Borja, RTJ 122/47

<sup>794</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>795</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 101.

<sup>796</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 101; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 399-400.

<sup>797</sup> Não se ouvida da difícil questão conceitual acerca da verdade (real, formal, material, etc.) e tantas outras construções acerca da convicção judicial. Apenas foge ao escopo do presente trabalho, e seria consideravelmente inútil se adentrar nesse mérito. Utiliza-se, aqui, o vocábulo “verdade”, da maneira como empregada pela doutrina a que se refere. Contudo, entende-se que a dicotomia verdade formal e verdade material (CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. Roma: Athenaeum, 1915, p. 51-59) não mais se coaduna com o pensamento processual, de maneira que a finalidade da prova não é o alcance da verdade, mas, sim, o convencimento do juiz. Nesse sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. v. 2. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1936, p. 425; AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica**. 2016. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2016, p. 49-52; CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 21; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito**

na medida que restringe a sua atividade probatória, e, ainda, opor-se ao próprio escopo de um processo justo.<sup>798</sup> Nesse sentido, diante do devido processo legal, seria inválida uma avença processual que mitigasse os poderes probatórios do juiz.<sup>799</sup>

---

**Processual Civil.** 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 55-57; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização.** Salvador: Juspodivm, 2014, p. 66. Sobre o tema verdade processual, conferir TARUFFO, Michele. **La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti.** Bari: Laterza, 2009; TARUFFO, Michele. Contro la veriphobia: osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. **Rivista di Diritto Processuale.** LXV (II serie). n. 5. Padova: CEDAM, set./out. 2010, p. 995-1011; CAVALLONE, Bruno. In difesa della veriphobia: considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo. **Rivista di Diritto Processuale.** LXV (II serie). n. 1. Padova: CEDAM, 2010, p. 1-26; CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. **Revista de Processo.** ano. 35. n. 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2010, p. 273-289; AROCA, Juan Montero. **Los principios políticos de la nueva Ley de enjuiciamiento civil: los poderes del juez y la oralidad.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 116; ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial.** 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981, p. 239-250.

<sup>798</sup> Michele Taruffo, em texto em que questiona a possibilidade de uma verdade negociada, tratando de acordos que versem sobre os elementos defesa de uma ação, em especial à Contestação, mas que versa, ainda, do objeto convencional sobre meios de prova, afirma que “questa incertezza potrà essere risolta solo dal giudice nella decisione finale, in base all’esito delle prove. (...) In particolare, appare peregrina l’idea che le parti ‘dispongano’ del fatto che è stato allegato, come se della verità dei fatti si potesse ‘disporre’, con un negozio così efficace da vincolare il giudice a tener per vero quel fatto senza neppure ‘convincersi della sua esistenza’. (...) la verità degli enunciati relativi ai fatti della causa esiste o non esiste in funzione di come si sono svolti i relativi accadimenti nel mondo reale, e non è oggetto di negoziazione o di acordo tra le parti. Come si è già detto, la non contestazione non fa diventare vero ciò che è falso, e neppure fa diventare vero ciò che è già vero di per sé. (...) Tutto ciò equivale a dire che la non contestazione dell’allegazione di um fatto non ha in sé alcun effetto vincolante, né per le parti né per il giudice: non si tratta infatti di un negozio che viene stipulato tra le parti, ma di una situazione nella quale non viene meno il valore della verità come condizione di giustizia della decisione, e risulta comunque opportuno minimizzare l’eventualità che una decisione venga presa senza un accertamento effettivo della verità dei fatti rilevanti”. (TARUFFO, Michele. Verità negoziata? **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** ano. LXII. n. 3. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2008, p. 69-98, p. 85; 92; 98). Em tradução livre: “essa incerteza pode ser resolvida, pelo juiz, apenas na decisão final, com base no êxito das provas (...) Em particular, parece vaga a ideia que as partes ‘dispõe’ do fato alegado, como se pudessem dispor da verdade dos fatos, com um negócio com eficácia vinculante ao juiz, que terá por verdadeiro aquele fato sem apuração, ‘convencendo-se da sua existência’. (...) a verdade das declarações relativas aos fatos da causa, existentes ou não, em função de como os eventos relativos ocorreram no mundo real, não é objeto de negociação ou acordo entre as partes. Como já foi dito, a ausência de contestação não torna verdadeiro o que é falso, mas também não torna falso o que é verdadeiro. (...) Tudo equivale a dizer que a ausência de contestação da alegação de um fato não possui qualquer efeito vinculante, nem para as partes, nem ao juiz: não se trata, de fato, de um negócio que vem estipulado entre as partes, mas de uma situação na qual o valor da verdade não é uma condição de justiça da decisão e resulta, por isso, em minimizar a eventualidade de uma decisão ser tomada sem a verificação efetiva da verdade dos fatos relevantes”. Em sentido crítico à construção do Professor Italiano, com enfrentamento de cada premissa apontada no texto, Beclautte aponta que “não há nenhuma improbidade em estabelecer critérios para se chegar a uma assertiva sobre o fato. Não é negócio que fixa a verdade, mas um negócio que estabelece como o fato poderá ser provado. Aqui, o magistrado deve construir a norma de decisão a partir dos critérios estipulados pela lei e pelas partes. Isto não é novidade. (...) Não se negocia a verdade, mas a verdade é, segundo a prova. Esta pode ser, segundo os meios previstos em lei, ou negocialmente estabelecido pelos interessados. O negócio jurídico processual sobre a prova acaba por estipular o modo como irá ser produzida a norma de decisão. Veicula assim uma norma de estrutura, já que irá estabelecer como outras normas serão elaboradas, modificadas ou extintas” (SILVA, Beclautte Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406, p. 401; 403).

<sup>799</sup> “Definida a abrangência da busca da verdade, é lícito asseverar que a ordem pública processual impede cláusulas ou convenções que proibam a determinação de prova *ex officio* ou vinculem o juiz à aceitação exclusiva de

Há quem defenda, por outro lado, a admissibilidade do acordo que limite os meios de prova em um processo.<sup>800</sup> Nesse sentido, seria lícito às partes delimitarem, por via de acordo,<sup>801</sup> os limites probatórios da investigação processual,<sup>802</sup> de maneira a estabelecerem quais meios de prova, e quando, poderão ser utilizados pelo juiz na instrução probatória.<sup>803</sup>

---

determinado meio de prova, por exemplo, sem conferir-lhe a possibilidade de contribuir, caso julgue necessário, na investigação processual razoável” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 175). Não se concorda. Nas palavras de Godinho, “outro ponto que se costuma apontar como óbice à possibilidade de negócios probatórios está relacionado como difícil tema da finalidade da prova e a busca da verdade, mas essa questão também pode ser submetida ao que foi mencionado sobre a existência de limitações à atividade probatória que naturalmente afetam a cognição. (...) A limitação negociada é apenas mais uma possibilidade que pode ser adotada livremente pelas partes se presentes os pressupostos previstos no art. 190, *caput* e parágrafo único, do novo CPC. O fato de se admitir uma ‘verdade negociada’ deve ser entendido nesse contexto de limitação consensual à atividade probatória, não devendo causar maiores arrepios na medida em que se pode dispor sobre o próprio objeto do processo, limitando totalmente a cognição do juiz” (GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-416, p. 414).

<sup>800</sup> “A hipótese não é nova. O art. 109 do Código Civil prescreve que, “no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”. Nada impede que as partes façam o negócio semelhante, exigindo prova escrita, não necessariamente por instrumento público – o poder de autorregramento da vontade autoriza isso. Assim, com esta cláusula, as partes decidem que determinado negócio jurídico somente pode ser provado por esse ou por aquele meio de prova, tornando ilícito qualquer outro meio de prova” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 102). Nesse mesmo sentido, GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-416, p. 415; SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406, 401-404).

<sup>801</sup> Até porque “o autor e o réu provam como querem e o que querem, mas isso de modo unilateral. Por que não de forma plurilateral?” (SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406, p. 402).

<sup>802</sup> “A admissão dessas provas, contudo, não é absoluta e conta com limitações normativas relacionadas a questões procedimentais, a vedações de meios de prova, impossibilidades materiais, ônus, presunções, relevância lógica e jurídica. A atividade probatória é, portanto, especialmente limitada, de modo que o estabelecimento de limitações consensuais é apenas mais uma possibilidade autorizada pelo ordenamento. O rechaço aos acordos probatórios enseja na realidade uma recusa a admitir o autorregramento da vontade no processo e revela a exacerbação do protagonismo judicial” (GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-416, p. 413).

<sup>803</sup> Até porque o juiz não é, ou não deveria ser, o destinatário da prova, em uma verdadeira relação de protagonismo, mas sim mais um dos sujeitos processuais por ela interessado (ver item 9.2.2). Nesse sentido, “a convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva, os fatos. Essa concepção faz do juiz um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios pré-determinados de avaliação ou a exigência de motivação. Há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio” (GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *IN* \_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 423-470, p. 440-441). Nesse mesmo sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. O projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: “Discovery” brasileira? *IN* \_\_\_\_\_.; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 203-210; GODINHO, Robson Renault. A possibilidade

Essa segunda corrente está mais coerente com o que se defende neste trabalho, ou seja, que a superação da dicotomia publicismo e privatismo, com o neoprocessualista modelo cooperativo de processo, isonomia entre os sujeitos processuais na condução do processo e valorização das convenções processuais, impõe a admissibilidade das convenções processuais acerca de matéria probatória. De fato, esse parece ser o entendimento adotado pelo novo diploma processual, que, nos §§ 2º e 3º do CPC, prevê os negócios processuais típicos da organização consensual do processo e da audiência de saneamento em cooperação com as partes.<sup>804</sup>

Assim, é válida a convenção processual cujo objeto seja limitativo da instrução probatória, ou, ainda, dos meios de prova cabíveis em determinado processo, de maneira a constituir, por norma convencional, meios de prova excepcionalmente ilícitos. Desde que não se ofenda, pois, o conteúdo mínimo do devido processo legal, puro ou das demais normas dele extraídos, é justificável, diante da principiologia valorativa da convencionalidade processual, tal admissão.

#### 10.4.10. Isonomia – a paridade de armas no processo

Do art. 5º, *caput*, da CF/88,<sup>805</sup> é possível se extrair o princípio da igualdade processual, ou seja, da paridade de armas entre os litigantes. A norma fundamental, expressada pelo art. 7º do CPC,<sup>806</sup> significa que deve ser garantido aos litigantes a isonomia, de maneira a ser dever do

---

de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-416, p. 413-414.

<sup>804</sup> “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. Para uma análise mais detida das hipóteses típicas, ver BERTÃO, Rafael Calheiros. *Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código de Processo Civil*. *IN* DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada: parte geral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376, p. 1368-1369.

<sup>805</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

<sup>806</sup> “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

juiz zelar pelo efetivo contraditório de ambas as partes, pela participação paritária e, diante de uma desigualdade, pela equiparação dos litigantes.<sup>807</sup>

É possível, contudo, dimensionar-se o princípio da igualdade processual em três planos: (1) igualdade ao processo, no sentido de fornecer acesso à justiça a todos os jurisdicionados, inclusive mediante o fortalecimento das ações coletivas; (2) igualdade no processo, ou seja, de meios processuais idôneos para a efetivação participação equânime das partes em litígio, de modo a garantir o efetivo contraditório entre as partes e, ainda, o devido processo legal, e (3) igualdade pelo processo, ou, ainda, em uma visão desparticularizada do processo e pautada no interesse coletivo de que os resultados processuais sejam uniformes.<sup>808</sup> A análise da convenção processual deve, assim, considerar essas três dimensões do princípio da igualdade.

As convenções processuais, portanto, independentemente de seu objeto, não serão válidas se firmadas em evidente disparidade entre as partes,<sup>809</sup> seja nas hipóteses legais de presunção de vulnerabilidade,<sup>810</sup> seja se assim constatar o juiz.<sup>811</sup> Dessa forma, caso o acordo processual impute, na condução do processo pelas partes, prejuízos a uma delas notadamente

---

<sup>807</sup> É a máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 128). Para uma visão das estruturas processuais que visam a equiparação entre os litigantes, ver, também, TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, *passim*; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. **Revista de Processo**. ano. 21. n. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1996, p. 70-91, p. 85-91.

<sup>808</sup> Trata-se de um resumo da tese apresentada por ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, *passim*, com a qual se concorda. Didier, sem adotar a terceira dimensão, aponta destrincha as duas primeiras em quatro hipóteses: “a) imparcialidade do juiz (equidistância em relação às partes); b) igualdade no acesso à justiça, sem discriminação (gênero, orientação sexual, raça, nacionalidade, etc.); c) redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça, como a financeira (ex.: concessão do benefício da gratuidade da justiça, arts. 98-102, CPC), a geográfica (ex. possibilidade de sustentação oral por videoconferência, art. 937, §4º, CPC), a de comunicação (ex.: garantir a comunicação por meio da Língua Brasileira de Sinais, nos casos de partes e testemunhas com deficiência auditiva, art. 162, III, CPC) etc.; d) igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 99).

<sup>809</sup> Entende-se que, por exemplo, a parte, ao celebrar uma acordo processual sem a presença de um advogado, é considerada vulnerável. Assim restou pacificado no Enunciado n. 18 do FPPC, “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

<sup>810</sup> Casos, por exemplo, de contrato de adesão (art. 190, parágrafo único, CPC) e/ou dos direitos consumeristas (art. 4º, I, CDC).

<sup>811</sup> Esse é o entendimento, inclusive, do parágrafo único do art. 190, que será estudado no item 14.1.2.

hipossuficiente, que apenas celebrou o pacto em função de sua notável situação vulnerável,<sup>812</sup> a avença será inválida e sua norma desigual deverá ser afastada.<sup>813</sup>

Além disso, os acordos processuais também encontram limites, em função da isonomia processual, com relação ao seu objeto. Dessa forma, caso a avença firmada contenha normativas que imponham dificuldades injustificadas para a propositura de uma demanda, ou para a defesa de uma parte vulnerável,<sup>814</sup> evidente que ofenderá o conteúdo mínimo do princípio e deverá ser invalidada.<sup>815</sup>

Por fim, é importante se destacar que a convenção processual, independentemente de suas hígdas flexibilizações procedimentais e alterações das normas processuais, jamais implicará uma inviabilização do microssistema de precedentes.<sup>816</sup> Em outras palavras, a alteração procedimental não impede que o processo julgado forme precedente judicial e, ainda,

---

<sup>812</sup> Como bem afirma Rafael Abreu, “a convenção desfavorável a uma das partes em termos estratégicos, no processo judicial, não impõe, por si só, a sua não-aplicação. O desequilíbrio que resulta de uma má-escolha consciente acerca de uma estratégia processual não pode releva para fins de desconsiderar-se a manifestação autônoma de vontade que deu origem ao negócio. A igualdade que se pretende tutelar é aquela no momento do conhecimento dos riscos inerentes ao negócio e da sua lavratura (mas não a igualdade após o insucesso da estratégia traçada. Isso significa que o controle dos negócios processuais deve levar em conta a plena capacidade das partes em exercitar o contraditório, mantendo-se como hígdas as manifestações de vontade que derivem de estratégias processuais (ainda que mal sucedidas) nas quais se permitiu a compreensão dos riscos. O tão só fato de que tenha resultado em desequilíbrio entre os sujeitos processuais em termos de desempenho futuro de suas posições processuais não significa que a manifestação de vontade seja inválida” (ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 193-214, p. 210-211).

<sup>813</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 168-169.

<sup>814</sup> Seria o caso, por exemplo, de uma convenção que imponha custos desarrazoados à parte vulnerável, inclusive em função de alterações das circunstâncias fáticas da demanda, ou, ainda, que altere aspectos técnicos do procedimento, dificultando-o para uma parte que celebrou o pacto sem a devida assistência jurídica, ou, por fim, que dificultem o acesso geográfico de uma das partes à tutela jurisdicional, em razão do foro eleito (ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 193-214, p. 208-209).

<sup>815</sup> Cabe a ressalva feita por Cabral, de que “é viável que apenas um dos sujeitos renuncie a situação de vantagem (acordos unilaterais). Esta 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” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 322).

<sup>816</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 193-214, p. 211-213.



poderá ser considerada inválida se, violando tal elemento nuclear do princípio da igualdade, significar uma restrição à aplicação do sistema de precedentes.<sup>817</sup>

#### 10.4.11. Eficiência e economia processual

O processo, para ser devido, deve ser eficiente, de modo a ser inconcebível um processo justo, mas ineficiente.<sup>818</sup> Nesse sentido, para que se verifique o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da CF/88 e no art. 8º do CPC, é necessária a observância, diante do processo civil pátrio, do juiz natural, da isonomia, do contraditório pleno, da duração razoável, da adequação, enfim, dos elementos do devido processo legal.<sup>819</sup>

Dentre as principais características do processo eficiente, está a resolução adequada dos conflitos, ou seja, o cumprimento de seus escopos, com o menor custo possível.<sup>820</sup> Trata-se do princípio da economia processual, que consiste na solução processual menos dispendiosa às partes do litígio.<sup>821</sup>

As convenções processuais, pois, cujo objeto se traduzirem em custos desarrazoados, quer para os sujeitos processuais, quer para a coletividade,<sup>822</sup> serão inválidos e deverá sua normativa ser afastada. Em outras palavras, o acordo processual deve respeitar o conteúdo mínimo dos princípios da eficiência e da economia processual, de modo a significar uma otimização sistêmica pela melhor adequação das regras processuais ao caso.

<sup>817</sup> Para uma visão da *Stare Decisis*, ver BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro. **Revista de Processo**. n. 253. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 347-385.

<sup>818</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 100.

<sup>819</sup> “A eficiência constitui, na verdade, mais uma qualidade do devido processo legal. O processo devido deve, além de adequado, ser eficiente. O *due process of law* exige que o processo seja adequado e eficiente: haverá eficiência, se houver observância do juiz natural, da isonomia, da duração razoável, do contraditório, da adequação, enfim, o processo judicial deve ser adequado e eficiente” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**. ano. 39. n. 233. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014, p.65-84, p.78).

<sup>820</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 92.

<sup>821</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 57. ed. v. 1. Rio de Janeiro: forense, 2016, p. 64.

<sup>822</sup> Imagine-se uma convenção, firmada apenas pelas partes, que altere o procedimento, de maneira a estipular a realização de centenas de audiências para a instrução probatória. Naturalmente, para além de dispor sobre objeto de titularidade alheia (ver item 15.2.2.1), o acordo ofenderia o conteúdo mínimo da economia processual e, por conseguinte, da eficiente, de maneira a ser nulo.

#### 10.4.12. Cooperação e boa-fé objetiva processuais

Diante do neoprocessualismo, ganham importância os princípios da cooperação processual<sup>823</sup> e da boa-fé objetiva. Nesse contexto, não se analisa os aspectos subjetivos da conduta das partes, mas, sim, a atuação conforme às expectativas sociais dos padrões de conduta dos litigantes.<sup>824</sup>

As convenções processuais, assim, que violarem o conteúdo mínimo da boa-fé objetiva, ou seja, que sejam permissivas a condutas de abuso de direitos processuais,<sup>825</sup> bem como aquelas que violarem a essência do princípio cooperativo, afastando-os,<sup>826</sup> não serão válidas e deverão ser afastadas do sistema. Da mesma forma, a interpretação e aplicação das normas convencionais deverá se pautar na boa-fé e na cooperação, de modo a manter coerência sistêmica.<sup>827</sup>

### 11. À GUIA DE CONCLUSÕES PARCIAIS

A pretensão deste capítulo foi apresentar, à luz da interpretação constitucional, os limites às convenções processuais. Buscou-se, assim, contextualizar o neoprocessualismo, seu consequente modelo cooperativo de processo e os conceitos necessários para a compreensão do estudo, para, sempre com base na leitura constitucional do processo, apresentar os princípios norteadores da convencionalidade em sede processual e, ainda, realizar o necessário confronto entre os acordos processuais e as normas fundamentais do processo.

É possível se concluir, após a abordagem, que as convenções processuais não podem violar o conteúdo mínimo das normas fundamentais do processo, sejam esses princípios ou regras, de maneira a encontrarem limites claros na dogmática constitucional. Em outras

<sup>823</sup> Ver item 9.2.2.

<sup>824</sup> CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, ano. 30. n. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2005, p. 59-81, p. 77. Ver, ainda, VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 157 e ss.; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 183 e ss.

<sup>825</sup> Sobre abuso dos direitos processuais, ver ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>826</sup> Esse entendimento restou pacificado no Enunciado n. 06 do FPPC, “o negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

<sup>827</sup> Assim restou pacificado no Enunciado n. 407 do FPPC, “nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”.

palavras, caso o pacto viole a essência da garantia processual, o negócio será inválido e sua admissão restará prejudicada. Ademais, em caso de um eventual conflito normativo entre a avença e uma norma fundamental, sem que haja violação do núcleo duro desta, a norma convencional será válida, mas deverá, pela técnica da ponderação, ter sua eficácia devidamente modulada.



## CAPÍTULO IV – LIMITES LEGAIS ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

### 12. APRESENTAÇÃO

O presente capítulo buscará analisar os limites normativos, inclusive constitucionais,<sup>828</sup> às convenções processuais, de maneira a estabelecer parâmetros claros e precisos à limitação da convencionalidade processual. O objetivo, assim, é sistematizar, a título de uma teoria geral dos acordos processuais, os elementos básicos para a existência, validade e eficácia da norma negociada.

Com esse intuito, inicialmente, serão apresentadas as premissas teórico-processuais ao ato negocial processual, ou seja, os elementos conceituais, extraíveis do ordenamento jurídico, balizadores da atividade negocial dos sujeitos processuais. Em outras palavras, buscar-se-á, inicialmente, a sistematização dos elementos trazidos nos capítulos anteriores, a análise dos aspectos subjetivos da negociação e o regime jurídico aplicável aos negócios processuais.

Consolidados os vetores normativos, será possível a abordagem da cláusula geral de negociação processual, ou, em outros termos, do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015. Nesse momento, serão antecipados os requisitos expressos no inovador permissivo normativo às convenções processuais, de modo a estabelecer, de forma clara, a limitação imposta pelo próprio enunciado normativo.

Por fim, serão apresentados, com método referenciado na teoria dos planos de análise dos fatos jurídicos,<sup>829</sup> os limites às convenções processuais. A partir das premissas metodológicas, marco-teóricas e conceituais do presente trabalho, os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia das convenções processuais serão aprofundadas, de maneira a sistematizar os fundamentos já apresentados ao longo do estudo e, ainda, apresentar os institutos processuais limitativos à negocialidade.

---

<sup>828</sup> Tema central do Capítulo III, precedente, mas que, aqui, será sistematizado, sob um viés metodológico ponteano.

<sup>829</sup> Apresentado no Capítulo I. Ver item 3.3.

Dessa forma, restará analisado o objeto de pesquisa e a problematização propostos, ou, de maneira sintética:<sup>830</sup> à luz do ordenamento jurídico pátrio, quais os limites teóricos dogmáticos à convencionalidade processual?

### 13. PREMISSAS TEÓRICAS À CONVENCIONALIDADE

#### 13.1. AUTONOMIA DAS PARTES E SUPERAÇÃO DOS DOGMAS PROCESSUAIS

Diante dos princípios processuais à convencionalidade,<sup>831</sup> frutos da necessária superação da dicotomia publicismo e privatismo processual,<sup>832</sup> do neoprocessualismo<sup>833</sup> e da adoção do modelo cooperativo de processo,<sup>834</sup> resta superado o dogma da irrelevância da vontade<sup>835</sup> e, por conseguinte, consolidada a autonomia da vontade das partes.

A título introdutório da limitação aos acordos processuais, algumas questões merecem atenção. Dentre os principais dogmas aduzidos pelos publicistas, fundamento à vedação da negociabilidade de normas processuais,<sup>836</sup> está a concepção de que toda normativa processual decorre da lei, inadmitindo-se alterações consensuais,<sup>837</sup> além de, ao menos majoritariamente, ser cogente, imperativa e inderrogável.<sup>838</sup>

---

<sup>830</sup> Ver introdução.

<sup>831</sup> Ver item 10.2.

<sup>832</sup> Ver item 6.2.

<sup>833</sup> Ver item 9.2.

<sup>834</sup> Ver item 9.2.2.

<sup>835</sup> Nesse sentido, pela fundamental crítica ao dogma da irrelevância da vontade no processo, ver SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, *passim*.

<sup>836</sup> Ver item 6.1.

<sup>837</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 41-43; 65-67; 105.

<sup>838</sup> Em análise específica ao projeto de novo CPC, Marcelo Machado afirma que, “pelo narrado predomínio do interesse público sobre o privado, no processo civil, as normas processuais têm – na sua vasta maioria – natureza de normas cogentes. Daí porque a doutrina tradicional enquadra a disciplina do direito processual no âmbito de análise do direito público (posição enciclopédica do direito)” (MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 339-361, p. 334). Nesse mesmo sentido, apenas com divergência quanto à relação de causa e efeito, Cintra, Dinamarco e Grinover afirmam que “a natureza do direito público da norma processual não importa dizer que ela seja necessariamente cogente. Embora o processo estatal não seja regido por convenções celebradas entre as partes (como se dá no arbitral), mesmo assim

É curioso, no entanto, como bem aponta Cabral,<sup>839</sup> que, ao mesmo tempo em que a doutrina processual defende a inegociabilidade das normas processuais, e, conseqüentemente, a inflexibilidade do procedimento em função da vontade das partes, sustenta, ao tratar dos meios alternativos de solução de conflito,<sup>840</sup> que as partes são os “melhores juizes da causa”, de modo a incentivar a resolução consensual da lide.<sup>841</sup> De fato, se há uma compreensão da consensualidade como melhor meio de solução de conflitos, nada mais natural do que a valorização da flexibilização convencional do processo estatal, para adequar às peculiaridades do caso concreto e, ainda, aos interesses dos litigantes.<sup>842</sup>

Além disso, sempre se admitiu, como fonte normativa de direito processual, regras de outra natureza, até mesmo costumeiras,<sup>843</sup> de maneira que o devido processo legal não exclui,

---

em certas situações admite-se que a aplicação da norma processual fique na dependência da vontade delas – o que acontece em vista dos interesses particulares dos litigantes, que no processo se manifestem. Têm-se, no caso, as normas processuais dispositivas (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 112). Não se concorda, pelas razões expostas no corpo do texto.

<sup>839</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 164.

<sup>840</sup> Adota-se a terminologia empregada, majoritariamente, em doutrina, sem embargo à crítica, com a qual se concorda, de seu emprego. É que, a bem da verdade, a solução autônoma de seus conflitos, pelas partes, é a forma natural de resolução de conflitos, de maneira que os verdadeiros métodos alternativos à natureza humana de solução de litígios seriam os heterocompositivos. Nesse sentido, “sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação e conciliação). Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos adequados de solução de litígios, não a alternativos. Um sistema multiportas de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33).

<sup>841</sup> Por todos, TARUFFO, Michele. Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 152. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2007, p. 319-331; WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *IN* YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690; CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32-33.

<sup>842</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 164-166; GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 557-590, p. 573-576. A tese já era defendida, antes mesmo das discussões legislativas acerca do novo diploma processual, por Yarshell, que sustentava que “o tema merece alguma reflexão, tanto mais quando ganham corpo as chamadas formas alternativas de composição de litígios que, embora sem afetar a estrutura do processo jurisdicional, emprestam-lhe novas cores. De fato, quando se pensa que, pelo compromisso arbitral, é possível estatuir as regras disciplinadoras do processo perante o árbitro, não se deve descartar que, no meio-termo, o processo perante o Judiciário possa ser flexibilizado também pela vontade das partes” (YARSHELL, Flavio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 189, nota 26a).

<sup>843</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 115.

diretamente, normas de outras fontes que não as legislativas.<sup>844</sup> Naturalmente, adotada a corrente valorativa da autonomia da vontade e da superação do dogma da irrelevância da vontade, as convenções processuais devem ser admitidas como fontes normativas processuais.<sup>845</sup>

Por outro lado, a natureza cogente da norma processual, como critério limitativo às convenções processuais, tão comumente citada pela doutrina tradicional,<sup>846</sup> não se mostra como o mais adequado.<sup>847</sup> De fato, a dificuldade de se estabelecer quais regras seriam cogentes ou não, já que prepondera, com relativa pacificidade,<sup>848</sup> a compreensão de que nem todas as normas processuais são imperativas e inderrogáveis,<sup>849</sup> denota enorme dificuldade na adoção e aplicação prática de tal parâmetro limitativo.

<sup>844</sup> A matéria já foi trabalhada no item 10.4.1.

<sup>845</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 165; GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 111 e ss.

<sup>846</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375. Certamente fruto de uma visão exageradamente publicista do processo, através do largamente adotado pensamento de Bülow de que o processo tem natureza pública e não se admite as convenções processuais, ou vedação ao *Konventionalprozeß* (BÜLOW, Oskar von. **Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche kraft der Rechtsordnung** apud CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 162). Para uma visão crítica da tese, ver SCHIEDERMAIR, Gerhard. **Vereinbarungen im Zivilprozeß**. Bonn, Röhrscheid: 1935, p. 71; CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. **Rivista di Diritto Processuale**. ano. LXX. n. 1. Padova: CEDAM, jan./fev. 2015, p. 45-60, p. 49; MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo processual e gestão compartilhada do processo. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 147-159, p. 150.

<sup>847</sup> De fato, Barbosa Moreira, há muito, já afirmava a dificuldade em se distinguir normas processuais cogentes e dispositivas, de maneira a não ser um critério seguro para a limitação às convenções processuais (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual – 3ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 91).

<sup>848</sup> RAATZ, Johann Georg. **Vollstreckungsverträge**. Berlin: Heymann, 1935, p. 26; SOEHRING, Kay. **Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozeßverträgen**. Köln: Heymann, 1968, p. 13; CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile: le azioni; il processo di cognizione**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 104-105; CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. **Rivista di Diritto Processuale**. ano. LXX. n. 1. Padova: CEDAM, jan./fev. 2015, p. 45-60. p. 49; 53; DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. *Contracting for procedure*. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131-178, p. 142-143; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 112; YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 71-72.

<sup>849</sup> “Hoje em dia, é tão absurdo pensar que no direito público não haveria flexibilidade, quanto que no direito privado não haveria regras imperativas. É possível haver direito privado cogente e direito público dispositivo” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 163). No mesmo sentido, WAGNER, Gerhard. **Prozeßverträge**. Mohr Siebeck, 1998, p. 59; 106.



Dessa forma, diante da autonomia da vontade e, ainda, do princípio do *in dubio pro libertate*,<sup>850</sup> consolidado pela legislação brasileira,<sup>851</sup> não mais se coadunam argumentos limitativos das convenções processuais a partir de termos abertos, como cogência normativa, exclusividade da lei como fonte normativa processual e, ainda, ordem pública processual.<sup>852</sup> Assim, os limites às convenções processuais precisam ser bem delineados, de modo a permitir, de maneira clara e compatível com os princípios regentes da convencionalidade, o afastamento das normas negociais inexistentes, com vícios de validade, ou ineficazes.

### 13.2. RELAÇÃO AUTÔNOMA ENTRE A CONVENÇÃO E O INSTRUMENTO

A norma convencional, extraível de um enunciado normativo ínsito em um instrumento,<sup>853</sup> é, deste, autônoma e independente. Em outras palavras, a convenção processual é autônoma ao documento em que está inserida, quer um contrato particular, quer um ato judicial conjunto, de maneira que vícios formais deste, ou até mesmo materiais relativos às demais cláusulas que contém, não eivarão aquele.<sup>854</sup>

Trata-se de questão já abordada neste trabalho, de maneira que sua construção, conceitual e teórica, bem como sua fundamentação, já foram trabalhadas no Capítulo I.<sup>855</sup> Importa, contudo, diante do estudo dos limites às convenções, compreender suas consequências na análise da higidez do ato negocial.

É que, ao se analisar a existência, validade e eficácia do acordo processual, deverá o julgador considerar, apenas, para fins de seu eventual afastamento, os requisitos próprios da

---

<sup>850</sup> Ver item 10.2.3.

<sup>851</sup> Nesse sentido, é preciso o parágrafo único do art. 190 do CPC/15, com a previsão de que “de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. Exige-se, pois, um ônus argumentativo, pelo julgador, para a configuração das hipóteses limitativas do acordo. Ver item 13.3.2.

<sup>852</sup> Termos abertos, que podem, por isso, respaldar controle arbitrário da liberdade das partes. Ver nota 662.

<sup>853</sup> Ver itens 4.2.2 e 13.2.

<sup>854</sup> Trata-se de matéria já consolidada em doutrina arbitral, elevada à posição de princípio. Ver nota 203. Por todos, além dos já citados na referida nota, ver VETTA, Maddalena. **Cessione del contratto, cessione del crédito e circolazione della clausola compromissoria**. 2013. Tese (Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Arbitrato Interno ed Internazionale). Libera Università Internazionale Degli Studi Sociali, 2014, p. 42 e ss., p. 126 e ss; MARTINS, Pedro A. Batista. Autonomia da cláusula compromissória. **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**. v. 2. Brasília: Grupo de Estudo, 2003.

<sup>855</sup> Especificamente no item 4.2.2.

convenção processual,<sup>856</sup> pouco importando, ao menos *per si*, eventual vício da cártula em que se insere.<sup>857</sup> Um exemplo, apesar da necessidade de antecipação de conceitos que serão melhor trabalhados em itens próprios, pode ser ilustrativo.

A convenção processual pode estar ínsita ao ato processual petição conjunta, e.g., elaborado, conjuntamente, por todas as partes de um determinado processo, durante o trâmite procedimental. Dentre os requisitos para a análise de um ato jurídico, seja ele substancial ou processual, está a capacidade das partes,<sup>858</sup> que, no exemplo apresentado, pode se subdividir em capacidade processual e capacidade postulatória.<sup>859</sup>

Não resta dúvidas de que, para a higidez da petição conjunta, faz-se necessária a capacidade postulatória do advogado, pois, sem ela, não se poderia falar em juízo.<sup>860</sup> Por outro lado, não se exige tal requisito para a celebração de convenções processuais, que independem da participação de advogado para sua validade.<sup>861</sup>

Assim, caso a cártula seja assinada por partes desprovidas de capacidade postulatória, haverá uma mácula à petição apresentada, que será nula, de maneira a eivar a comunicação válida ao juiz. Entretanto, no que tange ao fenômeno negocial, a falta de capacidade técnica não

---

<sup>856</sup> Sobre o regime jurídico aplicável ao acordo processual, ver item 13.4. Já para os requisitos, em si, ver item 15.2.

<sup>857</sup> Correto Pedro Nogueira, que se posiciona com concordância à “separação entre o negócio jurídico e o ato processual judicial envolvente. Ao mesmo tempo, vislumbramos, ao lado do negócio jurídico de direito material, também, um negócio jurídico processual” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 168).

<sup>858</sup> A capacidade, como requisito do acordo processual, será estudada no item 15.2.2.2.

<sup>859</sup> A matéria é apresentada de maneira simplória e superficial, apenas para facilitar a compreensão dos efeitos da autonomia da convenção processual na análise que se propõe. O tema capacidade será aprofundada em item próprio (ver item 15.2.2.2).

<sup>860</sup> “A capacidade postulatória somente é exigida para a prática de alguns atos processuais, os postulatórios (pelos quais se solicita do Estado-juiz alguma providência)” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 335).

<sup>861</sup> Concorda-se, assim, com Yarshell, para quem “assim ocorre porque, como não se trata da prática de ato processual”, ou, de maneira mais precisa, de ato do processo, “não vigora a exigência de capacidade postulatória” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 76).

invalidará a convenção processual,<sup>862</sup> de maneira à convenção processual ser ato plenamente válido.<sup>863</sup>

Fica clara, portanto, a importância de se analisar as convenções processuais sob o prisma de sua autonomia à cartula em que se insere. Essa é premissa fundamental à compreensão dos limites às convenções processuais, bem como da importância de delimitação precisa do regime jurídico que lhe é aplicável.

### 13.3. O DUPLO PAPEL DO ÓRGÃO JURISDICIONAL NA NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

#### 13.3.1. O juiz como parte negocial

Há, em doutrina, enorme controvérsia acerca de quem deteria legitimidade para figurar como sujeito do negócio jurídico processual, especialmente com relação à possibilidade de o órgão jurisdicional ser parte da negociação.<sup>864</sup> Verificam-se três correntes, quanto ao papel do

---

<sup>862</sup> Por evidência, para que produza seus efeitos sobre aquele processo, deverá ser apresentada, ao juiz, por sujeito detentor de capacidade postulatória. Em verdade, caso apenas uma das partes possua capacidade postulatória, parece que o ato comunicativo já é plenamente eficaz. No entanto, caso seja um vício presente em todas as partes celebrantes do negócio processual, haverá a necessidade de seu saneamento, ao menos para um dos partícipes, e reapresentação, do mesmo documento, já válido, através de outra petição de simples juntada. É dizer, em síntese, que o ato negocial exemplificado é válido, porém, sua eficácia sobre o processo, ou imposição à parte negocial resistente, depende, assim como qualquer convenção processual, da sua apresentação por instrumento hígido (ver item 15.3.1).

<sup>863</sup> Não se concorda, portanto, com Cabral, para quem, com relação à capacidade postulatória, há uma distinção entre a convenção processual prévia e incidental (ver item 4.4.3). Nesse prisma, caso a convenção processual seja firmada no curso do processo já insaturado, que exija a participação de advogado, haverá a necessidade de advogado para sua validade. O Professor ainda utiliza, em suas explanações, outro exemplo. Vale a pena transcrever: “portanto, a regra é a desnecessidade de advogado. Entretanto, há duas exceções. A primeira é o caso de a lei exigir advogado para a celebração do negócio jurídico de direito material. Por exemplo, a Lei nº 11.441/2007, que permite inventário, partilha e divórcio por escritura pública lavrada em cartório, exige a assistência de advogado. Em sendo a convenção processual firmada no mesmo momento (ainda que não no mesmo instrumento), a assistência por advogado far-se-á necessária também para o acordo processual. A segunda exceção diz respeito às convenções processuais firmadas incidentalmente a um processo judicial já instaurado. Nestas, como regra, deve ser exigida a assistência por advogado” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 279). São conclusões, contudo, que ignoram o princípio da autonomia do ato ao instrumento, que, curiosamente, é adotado por Cabral em sua tese (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 249-251). Dessa forma, parece incongruente afirmar que, a despeito da autonomia do ato ao instrumento, caso este esteja inserido em um ato do processo judicial, ou, ainda, em um contrato cuja celebração exija capacidade, para além da substancial, técnica, o ato negocial será nulo em função de um requisito próprio da cartula, que deve abarcar, por evidência, o conteúdo a ela vinculado. Não parece ser, assim, a melhor compreensão do fenômeno.

<sup>864</sup> Em trabalho anterior, já se manifestou o entendimento de que o juiz pode, sim, ser parte do ato negocial: BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código

Estado-juiz na negociação processual: (i) jamais poderá ser parte na convenção processual;<sup>865</sup> (ii) excepcionalmente, em função da fonte de legitimação excepcional, poderá ser parte de alguns acordos processuais típicos;<sup>866</sup> (iii) pode, em convenções típicas ou atípicas, ser parte da relação negocial.<sup>867</sup>

É possível sistematizar a posição contrária à convencionalidade processual pelo Estado-juiz em dois argumentos: (1) incapacidade negocial do órgão jurisdicional, i.e., não há autonomia de vontade e liberdade ao juiz para celebrar convenções processuais;<sup>868</sup> (2) incongruência entre a participação e o controle exercido pelo magistrado, ou seja, caso o juiz pratique o ato negocial, não poderia controlar a sua validade.<sup>869</sup>

---

de Processo Civil. IN DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376, *passim*.

<sup>865</sup> ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1273; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 222 e ss.; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. IN \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual – 3ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 94; 98; YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 79.

<sup>866</sup> AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 246. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2015, p. 219-238, *passim*; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 230; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. v. 1. Rio de Janeiro: forense, 2016, p. 485.

<sup>867</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 143; AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 401-424, *passim*; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 203-204; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2015, p. 489-517, p. 495; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 190. IN CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 316-325, p. 319-320; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 387; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 112. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2015, p. 463-487, p. 484.

<sup>868</sup> “A capacidade negocial é o poder jurídico conferido pela ordem jurídica aos indivíduos para, em conformidade com as normas jurídicas gerais e com base em sua autonomia e liberdade, produzirem normas jurídicas individuais. Nesse sentido, a capacidade negocial não é própria da função jurisdicional. (...). Por outro lado, ainda que concebamos que o juiz age voluntariamente, e que esta vontade produza efeitos, de qualquer maneira a vontade externada pelo Estado-juiz não decorre de uma escolha livre; é uma vontade autoritativa” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 223-224).

<sup>869</sup> “Deve ser rememorado, ainda que o juiz, como se verá em sequência, exerce função de controle sobre a validade das convenções, função que seria incompatível com a tomada de posição a favor de interesses, fossem esses interesses das partes ou do próprio Estado (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 224). Assim, “a participação do juízo não vai substancialmente além do que já ocorre em relação ao controle do negócio processual; e nem poderia. Ainda que ele esteja autorizado a incentivar as partes e até sugerir a composição do calendário, rigorosamente ele não é parte do negócio; do contrário, a presença do

Já para a posição intermediária, que defende a possibilidade de participação do juiz apenas nas convenções processuais típicas, o fundamento central é o de que a cláusula geral de negociação processual, prescrita no art. 190 do CPC, é permissivo normativo da negociação atípica apenas às partes, de maneira a inexistir fonte legitimadora negocial geral ao Estado-juiz.<sup>870</sup> Dessa forma, apenas nas hipóteses típicas, com previsão expressa da participação do juiz na convenção processual, haveria que se falar no órgão jurisdicional como partícipe do ato.<sup>871</sup>

A temática é fundamental para se estabelecer os limites à convencionalidade processual, uma vez que, caso não se admita a possibilidade de o juiz celebrar atos negociais, muitas questões que envolvem direitos/poderes titularizados pelo magistrado não poderão ser objeto de convenções processuais. Fundamental, pois, dialogar com os argumentos dos refratários à participação do juiz, para, então, posicionar-se acerca da matéria.

#### 13.3.1.1. *A capacidade negocial do Estado-juiz*

O primeiro argumento elencado pela doutrina refratária à participação do magistrado no negócio processual, a ausência de interesse particular na causa e de autonomia de vontade livre pelo órgão jurisdicional, parece, de antemão, insuperável. É que, de fato, o Estado-juiz, no

---

juiz como ‘parte’ impediria que fizesse o já mencionado controle do negócio processual” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 79). Paradoxalmente, em trecho anterior, o Professor afirma que: “afora a hipótese particular de fixação de calendário (art. 191), o juiz (ou o órgão judicial) não é agente do negócio” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 67), dando a impressão de que, nessa hipótese típica, o juiz seria partícipe. Parece, contudo, diante das conclusões exaradas ao final do texto, tratar-se apenas de uma construção textual mal-empregada, evidenciando-se a posição refratária do Professor. De forma mais implícita, no mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. IN \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 94; 98.

<sup>870</sup> “É que, quando o legislador permite que sejam efetivados negócios jurídicos a respeito de ‘direito que admitam autocomposição’, deixa entendido que a hipóteses do art. 190 (atipicidade dos negócios processuais) não e aplica ao juiz, pois ele não titulariza pessoalmente direito (no sentido de situação jurídica substantiva subjetiva) posto em debate como objeto do processo (...). Além disso, explicitamente se fala que ‘às partes’ é permitido estipular as mudanças no procedimento de forma atípica. Assim, excluída está a figura do magistrado da hipótese do art. 190” (AVELINO, Murilo Teixeira. *A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais*. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 246. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2015, p. 219-238).

<sup>871</sup> “Há negócios que em que se exige a participação do juiz, como sucede com o calendário processual (art. 191). Nesse caso, a manifestação de vontade judicial compõe o núcleo do suporte fático dessa modalidade de negócio, que é um típico negócio jurídico plurilateral, mas assim o é porque a própria regra jurídica do art. 191, *caput*, o estabelece” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 230).

desempenho da atividade jurisdicional, não titulariza interesses, como no caso das partes,<sup>872</sup> e, ainda, não possui o mesmo grau de liberdade dos jurisdicionados.<sup>873</sup>

No entanto, de tais acertadas premissas, adotadas para a recusa à negocialidade pelo magistrado, parece ser mais adequado, quando ponderadas com os princípios norteadores da convencionalidade e, ainda, com o neoprocessualismo e o consequente modelo cooperativo de processo, extrair conclusões diversas.<sup>874</sup> É que, a despeito de não possuir o mesmo grau de liberdade que as partes, em que a garantia se traduz em autonomia, ou autorregramento, plena da vontade, o magistrado possui, sim, discricionariedade na sua atuação.<sup>875-876</sup>

De fato, há, na condução do processo pelo magistrado, inúmeras situações em que o procedimento atribui ao magistrado verdadeiro poder de escolha.<sup>877</sup> É o caso, por exemplo, do

---

<sup>872</sup> “De se notar que o órgão jurisdicional, exercente da função pública, não titulariza tais interesses, mas por eles deve zelar” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 207).

<sup>873</sup> Soa, de fato, estranha a ideia de livre atuação, pelo magistrado, durante a atividade jurisdicional. No entanto, não é novidade a existência de discricionariedade judicial, não pelo tradicional critério de conveniência e oportunidade aferido no âmbito da administração pública, mas sim na função criativa do juiz, i.e., na atividade interpretativa de criação de normas jurídicas ao caso concreto (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 206, nota 43).

<sup>874</sup> Concorde-se com a tese apresentada por Lorena Barreiros, para quem “O modelo cooperativo, resgatando o necessário equilíbrio, confere responsabilidade a todos os sujeitos processuais na busca da pacificação dos conflitos com justiça, efetividade e em tempo razoável. De se notar que o órgão jurisdicional, exercente de função pública, não titulariza tais interesses, mas por eles deve zelar. Se não lhe cabe, por um lado, defender o interesse material desta ou daquela parte, sem dúvida que lhe compete, por outro, gerir o processo em busca do resguardo de tais interesses públicos. Ao órgão jurisdicional cabe, portanto, ‘tomar parte’ em favor desses interesses, sem que com tal postura se dispa quer de sua imparcialidade, quer de sua imparcialidade” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 207).

<sup>875</sup> Assim, nos dizeres de Lorena Barreiros, “não se nega que o Estado-Juiz não possua liberdade tal como se reconhece às partes. Mas essa diferença de ‘poder de autorregramento’, conquanto existente, é quantitativa mais do que qualitativa. O espaço de liberdade atribuído às partes é maior do que aquele destinado ao Estado-Juiz; ali, qualifica-se como poder de autorregramento o que aqui se regula como âmbito de discricionariedade judicial” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 208). Em sentido contrário, negando, veementemente, poderes discricionários ao órgão julgador, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 148.

<sup>876</sup> Nesse sentido, “there will be points where the existing law fails to dictate any decision as the correct one, and to decide cases where this is so the judge must exercise his law-making powers” (HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994, p. 273). Em tradução livre: “Haverá momentos em que a lei existente falhará em tornar qualquer decisão como a correta e em decidir casos, de modo que o juiz deverá exercer seu poder de criação normativa”. Mauro Cappelletti vai além, ao defender que a diferença entre a atividade jurisdicional e a legislativa, ambas enquanto funções criadores de direito, está nos limites impostos a ambos, sendo que o juiz possui uma limitação muito maior do que a do legislador (CAPPELLETTI, Mauro. **Giudici legislativi?** Milano: Giuffrè, 1984, p. 63 e ss.).

<sup>877</sup> “Certas normas atribuem ao juiz o poder de escolha de situações jurídicas processuais que vincularão, no procedimento, as partes e até mesmo o próprio órgão jurisdicional” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 210).

art. 303, § 1º, I, do CPC,<sup>878</sup> que permite que o juiz, diante das nuances do caso prático, estabeleça prazo maior que os quinze dias previstos à parte autora para o aditamento de sua petição inicial, no caso de deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.<sup>879</sup>

Além disso, diante da admissão, com relativa pacificidade,<sup>880</sup> da flexibilização procedimental por iniciativa do juiz,<sup>881</sup> de maneira a adequar, por decisão, o procedimento às peculiaridades do caso concreto, e, ainda, da não tão pacífica possibilidade de flexibilização por iniciativa exclusiva das partes, é evidente que admitir a convencionalidade entre o juiz e partes é ainda mais coerente.<sup>882</sup> É certo que, tratando-se de um sistema cooperativo de processo,<sup>883</sup> deveria ser mais tangível um acordo processual que envolva todos os sujeitos processuais, do

---

<sup>878</sup> “Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. § 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo: I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar”.

<sup>879</sup> Pedro Nogueira, denotando natureza de negócios jurídicos processuais unilaterais do magistrado a tais atos, apresenta mais exemplos: “assim sucede, além de noutras: i) na decisão fixadora do prazo de citação na ação rescisória (CPC-2015, art. 970), podendo ser de 15 a 30 dias, à opção do relator, que, ainda quando orientado por certos critérios (v.g. a complexidade da causa, ou a quantidade de documentos trazidos pelo autor), terá inegável margem de discricionariedade para eleger o prazo; ii) na decisão monocrática proferida pelo relator negando seguimento a recurso inadmissível (CPC-2015 art. 932, III), hipótese em que lhe cabe a escolha da forma de julgamento (monocrático ou colegiado) (...); iii) na sentença de julgamento liminar de improcedência (CPC-2015, art. 332, §1º), há, a cargo do juiz, pelo menos, a escolha do regime jurídico decorrente de seu ato (...), com mudança, a depender da escolha, não só do procedimento, mas nas situações jurídicas das partes; iv) na decisão liminar em sede de tutela provisória cautelar (CPC-2015, art. 297), quando o juiz poderá escolher medidas adequadas a preservar o provável direito subjetivo posto em situação de perigo, dentre mais de uma que se apresente adequada para a tutela de prevenção na situação concreta; v) na decisão que fixa o prazo para realização da alienação por iniciativa particular, na execução por quantia certa (CPC-2015, art. 880, § 1º), para a qual não há prefixação do intervalo de tempo até a consumação da alienação; vi) na decisão que fixa a ordem de produção das provas” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 210-211).

<sup>880</sup> Ver nota 546.

<sup>881</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Altas, 2008, p. 180 e ss.; REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil brasileiro**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

<sup>882</sup> Concorde-se com Lorena Barreiros, ao afirmar que “um ajuste consensual do procedimento é muito mais consentâneo com a ordem jurídico-constitucional pátria (participação cidadã dos jurisdicionados na conformação do procedimento, princípios do devido processo legal, do contraditório, da razoável duração do processo, dentre outros) do que aquele feito unilateralmente pelo juiz. E analisando-se o microsistema de negociação processual, a existência de negócios jurídicos processuais unilaterais praticados pelo órgão jurisdicional e disciplinados na lei reforça esse posicionamento favorável à aceitação do juiz como possível sujeito do acordo processual” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 208).

<sup>883</sup> Já se apresentou o mesmo argumento, como justificativa de admissão da flexibilização procedimental por iniciativa das partes. Por natural, a tese se aplica, com ainda maior legitimidade diante do modelo cooperativo, à flexibilização por iniciativa conjunta dos sujeitos processuais. Ver item 9.2.3.

que normas convencionais criadas, exclusivamente, pelas partes, ou, ainda, adequações procedimentais impostas pelo órgão jurisdicional.

Ademais, apesar de não haver, para o juiz, o mesmo grau de liberdade dado às partes, de maneira que sua vontade não seja livre, tal fato não significa a total negação do autorregramento por parte do magistrado. Isso porque, a despeito do entendimento contrário,<sup>884</sup> a liberdade negocial admite graus, ou seja, apesar da evidente maior limitação negocial sofrida por aqueles que defendem interesses públicos, a legitimação diminutiva não significa a negação de disponibilidade em certas hipóteses.

É caso, por exemplo, dos entes públicos, quando funcionam como parte no processo. Entretanto, é pacífico, nesse sentido, o entendimento de que a Fazenda Pública<sup>885</sup> e o Ministério Público,<sup>886</sup> a despeito de possuírem um grau de liberdade menor do que a dos particulares para tais negociações,<sup>887</sup> podem celebrar convenções processuais.

No caso do Estado-juiz, a atividade jurisdicional é exercida através de poderes-deveres, justamente porque os atos praticados pelo juiz não são, por ele, titularizados, mas sim praticados em defesa da sua própria função pública.<sup>888</sup> É, justamente, pela defesa do interesse público, diante de toda a principiologia regente do sistema processual,<sup>889</sup> e permissiva às convenções processuais, que é possível se identificar uma capacidade negocial aos órgãos jurisdicionais.

Dessa forma, não há qualquer vedação ao Estado-juiz para a celebração de convenções processuais, desde que respeitada suas características essenciais: sua discricionariedade,<sup>890</sup> sua

---

<sup>884</sup> Assim, Cabral, ao afirmar que a vontade do magistrado não decorre de escolha livre, mas é fruto da “vontade autoritativa” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 224).

<sup>885</sup> Entendimento tão pacificado em doutrina, que originou o Enunciado 256 do FPPC, “a Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”

<sup>886</sup> Assim restou consolidado no Enunciado 253 do FPPC, “o Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”

<sup>887</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 301 e ss.

<sup>888</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 206.

<sup>889</sup> Ver item 10.2.

<sup>890</sup> Compreendendo a discricionariedade como um poder-dever do magistrado, subjetiva e por ele titularizada, é possível se identificar uma margem de disposição do magistrado, especialmente quando se tratar do rito processual (MARENCO, Roberto. Note in tema di discrezionalità del giudice civile. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 158-173, p. 160-165). “Ecco, poi, perché il giudice civile, di regola, non è dotato di discrezionalità rispetto ai provvedimenti di merito, ma soltanto a quelle di rito” (MARENCO, Roberto. Note in tema di discrezionalità del giudice civile. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 158-173, p. 168). Em tradução livre: “Isso, pois, porque o juiz civil, em regra, não é dotado de discricionariedade a respeito do provimento de mérito, mas, apenas, àquele relativo ao rito”.



competência, sua imparcialidade<sup>891</sup> e sua imparcialidade,<sup>892</sup> bem como se constatado ser o objetivo da convenção o ajuste normativo processual ao caso concreto, devidamente justificado pelos princípios da adequação, eficiência, duração razoável do processo, dentre outros.<sup>893</sup> Deveria, a contrário senso, haver incentivos doutrinários à convencionalidade subjetiva do órgão jurisdicional, ao menos por aqueles que defendem a adoção de um sistema processual negociável, uma vez que a participação de todos os sujeitos processuais na flexibilização conjunta do processo traduz-se em um processo democrático pleno.

### 13.3.1.2. *O duplo-papel do órgão jurisdicional no processo*

O segundo argumento trazido pelos que negam, plenamente, a convencionalidade por parte do magistrado, é de que, caso se admita a legitimidade do órgão jurisdicional para celebração de convenções processuais, como verdadeira parte negocial, não seria possível que esse mesmo ente realizasse o essencial controle de higidez daquele ato.<sup>894</sup> Tal assertiva, contudo,

---

<sup>891</sup> Concorde-se com Lorena Barreiros, que aponta que “há de se reconhecer, pois, capacidade processual negocial aos órgãos jurisdicionais, pautada esta não na liberdade de conduta nos moldes conferidos às partes privadas, mas, sim, no trinômio discricionariedade (margem de opção), competência e imparcialidade (capacidade de agir)” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 209).

<sup>892</sup> Sobre a diferenciação entre imparcialidade e imparcialidade, recomenda-se a leitura do artigo publicado por Cabral, no qual o Professor apresenta os elementos distintivos entre os dois conceitos. Enquanto que imparcialidade denota um requisito anímico, subjetivo e voltado à pessoa física do juiz, de maneira a averiguar sua relação pessoal com as partes e os interesses envolvidos no conflito processual, imparcialidade seria um atributo objetivo do órgão jurisdicional, enquanto terceiro alheio ao conflito que irá julgá-lo, de modo a impor certas características diferenciadoras do papel das partes (CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2007, p. 339-364, p. 341-347). Nesse sentido: “dizer, por conseguinte, que o juiz deve ter imparcialidade (*Unbeteiligtheit*), é apontar um divisor de águas que exclua do seu atuar qualquer função que seja típica das partes. Logo, a imparcialidade é um estatuto, aferível objetivamente, pertinente apenas à estrutura e organização do labor procedimental, da distribuição de funções processuais entre os vários envolvidos” (CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2007, p. 339-364, p. 346-347). Diferenças, contudo, que não devem ser interpretadas de maneira extrema. De fato, é evidente que o Estado-juiz não possui interesse no objeto e não possui a mesma liberdade negocial das partes, no entanto, sob um viés de proteção dos interesses macro que tutela, há, sim, legitimidade para convencionar.

<sup>893</sup> “O órgão jurisdicional terá capacidade processual negocial quando o ajuste procedimental estiver no âmbito do exercício de um poder-dever discricionário (no caso dos negócios atípicos, esse poder-dever decorre, precipuamente, do princípio da cooperação e da própria cláusula geral de negociação processual – arts. 6º e 190 do CPC/2015), detiver ele competência (poder jurídico) para a prática do ato e guardar imparcialidade para fazê-lo” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 209).

<sup>894</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 224; YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *IN* CABRAL, Antonio do

quando adotadas as premissas apresentadas neste trabalho, não se coaduna com o sistema processual vigente.

De fato, diante do modelo cooperativo de processo, em que os sujeitos processuais colaboram, entre si, para a condução do procedimento, sem protagonismos e com relação de simetria,<sup>895</sup> bem como, sob um outro viés, a superação da dicotomia publicismo e privatismo,<sup>896</sup> a defesa de que o papel ativo do magistrado na condução processual o impediria de julgar não se sustenta.<sup>897-898</sup> É, em verdade, pensamento que mais se coaduna com a visão garantista do processo,<sup>899</sup> do que com a visão neoprocessual cooperativista.

Entende-se, assim, uma dupla-posição do magistrado no processo: simétrica, durante a condução, e assimétrica, no momento decisório, sem que seus poderes/deveres cooperativos, instrutórios, ou, porque não, convencionais, signifiquem mácula à sua imparcialidade ou imparcialidade.<sup>900</sup> Dessa forma, o juiz, enquanto parte negociada, não se torna parte do processo,

---

Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 79.

<sup>895</sup> E assimétrica no momento da decisão. É a dupla posição do magistrado, extraível do modelo cooperativo de processo (ver item 9.2.2.1).

<sup>896</sup> Por essa razão, de fato, surpreende a posição defendida por Cabral. Parece um contrassenso à essência de sua tese, de que a convencionalidade é adequada ao sistema processual, diante da necessária superação da dicotomia publicismo vs. privatismo (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, *passim*).

<sup>897</sup> Ver Capítulo III, especialmente item 9.2.

<sup>898</sup> Razão pela qual não se concorda com Yarshell, ao afirmar que “a presença do juiz como ‘parte’ impediria que fizesse o já mencionado controle do negócio processual” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 79).

<sup>899</sup> De fato, é isso que propugna a teoria garantista: permitidos poderes instrutórios ao juiz, e.g., ao realizar o magistrado a iniciativa probatória, estaria ele ofendendo sua imparcialidade, agindo como se parte fosse, de maneira a perder sua condição de terceiro julgador (AROCA, Juan Montero. *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária*. IN \_\_\_\_\_(coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 130-165, p. 155-156) e violar a igualdade entre as partes (VELLOSO, Adolfo Alvarado. *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*. IN AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 217-247, p. 246-247). Para uma visão crítica do garantismo, ver BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Reflexões sobre o garantismo processual: será o modelo adversarial a única medida certa para essa doutrina?* IN DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 429-441. Curioso que, em trabalho anterior à obra cuja tese ora se rebate, Cabral, ao abordar a iniciativa probatória do juiz, afasta as conclusões garantistas, defendendo que a produção probatória por parte do juiz, quando necessária, não ofenderia sua imparcialidade (CABRAL, Antonio do Passo. *Imparcialidade e imparcialidade*. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2007, p. 339-364, p. 355-358).

<sup>900</sup> Concorda-se com Lorena Barreiros, para quem “os interesses por ele resguardados no acordo não o tornam parcial, não corrompem quer sua imparcialidade, quer sua imparcialidade, já que lhe cabe por eles zelar ainda quando ausente qualquer convenção processual” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 211).

mas, diante do modelo cooperativo, busca aprimorar as normas processuais, adequando-as às peculiaridades fáticas do caso concreto.<sup>901</sup> É dizer, em síntese, que, se todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si para a solução mais eficiente do litígio, é evidente que podem estabelecer convenções.

Por evidência, contudo, ao convencionar respaldado na busca por otimização normativo-processual, à luz da principiologia regente da convencionalidade, é certo que o Estado-Juiz, caso perceba que a convenção celebrada não cumpre as suas expectativas, ou, pior, contém vício ignorado na sua celebração e/ou representa inesperada mácula ao conteúdo mínimo de um direito fundamental, tem o dever de afastá-la. Nesse momento, atuando em posição assimétrica, o juiz, terceiro julgador no processo, exerce seu papel de controle, que, não obstante a convenção, permanece inalterado.

### 13.3.1.3. *A fonte legitimadora da participação do magistrado na negociação processual atípica*

Há, ainda, um terceiro argumento que merece enfrentamento, aduzido por aqueles que defendem a existência excepcional da convencionalidade pelo órgão julgador. Para tais autores, apenas diante das hipóteses típicas, em que expressamente esteja prevista a participação do juiz na convenção processual, é possível se falar em negócio processual com sua presença.<sup>902</sup>

Para tal corrente, bem sistematizada por Avelino, o art. 190 não seria fonte legitimadora da convencionalidade atípica pelo magistrado, eis que direcionada, exclusivamente, às partes. Para sustentar tal argumento, o Professor defende, primeiramente, que a cláusula geral aponta,

---

<sup>901</sup> “Ao celebrar um negócio jurídico processual, o órgão jurisdicional objetiva resguardar os escopos públicos do processo (...). Nada impede, pois, que, ao constatar um vício que macule a validade desse acordo, o Estado-Juiz decrete a sua invalidade. O órgão jurisdicional figura como sujeito do acordo, o que não o aproxima da noção de parte no sentido processual do termo” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 210-211).

<sup>902</sup> Era a posição defendida por Murilo Avelino (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 246. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2015, p. 219-238), que superou seu entendimento em texto posterior (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 401-424). Adota tal pensamento, também, sem a detida fundamentação apresentada por Avelino, Pedro Nogueira (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 230) e Humberto Theodoro Júnior, fazendo este, inclusive, referência expressa a Avelino (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 57. ed. v. 1. Rio de Janeiro: forense, 2016, p. 485).

como requisito à convencionalidade atípica processual, o objeto “direitos que admitam autocomposição”, o que afastaria a possibilidade de o juiz negociar, e, ainda, que, ao se referir às “partes”, o permissivo normativo prevê, expressamente, o destinatário da norma.<sup>903</sup>

Trata-se, contudo, de interpretação com a qual não se concorda. Isso porque, por um lado, confunde critério objetivo estipulado pela normativa, qual seja, processos cujo direito litigado admita autocomposição,<sup>904</sup> que sequer será o próprio objeto da avença processual, como se subjetivo fosse,<sup>905</sup> e, por outro, adota uma interpretação literal do enunciado normativo, incompatível com a compreensão teórica da norma e contrária à consolidada doutrina moderna do papel interpretativo do jurista,<sup>906</sup> de maneira que essa não pode ser a interpretação extraída da expressão “parte” ínsita na normativa.<sup>907</sup>

Assim, entende-se que o art. 190 é fonte legitimadora da capacidade negocial atípica do órgão jurisdicional,<sup>908</sup> eis que os argumentos contrários, insustentáveis perante a melhor

<sup>903</sup> AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 246. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2015, p. 219-238, p. 233-234.

<sup>904</sup> O tema será melhor abordado no item 15.2.1.1.

<sup>905</sup> É possível, ainda que com ressalvas, tecer-se um paralelo, utilizando-se mais uma vez da consolidada experiência arbitral, com a arbitralidade objetiva. A questão dos “direitos patrimoniais disponíveis”, prevista no art. 1º da Lei 9.307/96, sem embargos da dificuldade conceitual (ver APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**. ano. XXXII. n. 116. São Paulo: AASP, jul. 2012, p. 174-192; CAMELO, Antônio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano. 7. n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2010, p. 129-161), não se confunde com as “pessoas capazes de contratar” (art. 1º da Lei 9.307/96), sendo que, através da reforma introduzida pela Lei 13.129/2015, que introduziu os §§1º e 2º no citado artigo, passou-se a admitir, expressamente, a arbitrabilidade subjetiva da Fazenda Pública (matéria já bastante defendida em doutrina. Ver LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 123 e ss.; SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 207 e ss.; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração pública consensual e a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano. 9. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2012, p. 107-133, p. 115 e ss.). Natural, contudo, que convencionalidade objetiva, não se confunde com convencionalidade subjetiva. Pior, retomando a construção de Avelino, o critério objetivo levantado sequer se confunde com o próprio objeto da convenção processual. O argumento aduzido poderia ser utilizado, pela falsa interpretação de inegociabilidade subjetiva do ente público, para se afastar a possibilidade da Fazenda Pública e do Ministério público firmar convenções processuais, o que, como visto, já foi pacificamente afastado pela doutrina. Nesse sentido, concorda-se com Lorena Barreiros, ao afirmar que “somente se admite negócio processual atípico, *a priori*, se celebrado este no bojo do processo em que se discuta direito autocomponível. De se notar, porém, que esse direito não é objeto do negócio processual; logo, pouco importa que o sujeito celebrante do negócio disponha ou não de situação jurídica subjetiva material, já que esta não será objeto da negociação. O objeto da convenção processual de que trata o art. 190 do CPC será sempre o procedimento ou situações jurídicas processuais. Sobre ambos pode o órgão jurisdicional convenionar, dentro, logicamente, de limites previamente definidos” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 212-213).

<sup>906</sup> Ver item 10.1.

<sup>907</sup> Ver item 15.2.2.2.

<sup>908</sup> Razão pela qual, apesar de se concordar com as conclusões, entende-se equivocados os fundamentos aduzidos por Avelino em sua releitura da posição do magistrado diante das convenções processuais. Aponta o Professor

interpretação da cláusula geral de negociação processual, não convencem. Dessa forma, também o terceiro argumento refratário não é adotado no presente trabalho.

### 13.3.2. O juiz como aplicador, incentivador e controlador do negócio processual

Enquanto órgão julgador, assimétrico às partes, o juiz possui o dever de aplicar as normas regentes da relação processual posta em juízo,<sup>909</sup> de maneira que deverá se vincular à normativa convencional, quer quando versar sobre matéria por ele titularizada, e cuja celebração contou com sua participação,<sup>910</sup> quer nos casos em que a matéria titularizada pelas partes reduza ou impeça a sua atuação.<sup>911</sup> Ou seja, o juiz possui o poder-dever de garantir aplicação ao pactuado.

Dessa forma, apenas nos casos de invalidade ou ineficácia da convenção processual celebrada entre os sujeitos processuais, poderá o magistrado negar-lhe aplicação.<sup>912</sup> Nesse sentido, deverá o juiz, com amplo ônus argumentativo para o afastamento,<sup>913</sup> desempenhar o papel de controle dos acordos processuais, ou seja, investigar se as partes respeitaram os limites do ato, de modo a vincular-se, apenas, às convenções hígdas.<sup>914</sup>

No entanto, para além da vinculação ao acordo processual já celebrado, o juiz possui, diante do microssistema processual negocial adotado pelo CPC/15,<sup>915</sup> em especial pelo dever de promoção das soluções consensuais,<sup>916</sup> o dever de incentivo à celebração de novos acordos processuais e, ainda, de preservação das avenças já firmadas.<sup>917</sup> Assim, é esperado que o juiz

---

que “a capacidade negocial do juiz, no que refere aos negócios jurídicos processuais no NCPC deve buscar guarida em fonte diversa, pois a norma que consagra a atipicidade dos negócios processuais não se destinada a ele. Para nós, a fonte da capacidade negocial do magistrado está no princípio da adequação” (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 401-424, p. 417).

<sup>909</sup> SCHLOSSER, Peter. **Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 43 e ss.; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 226.

<sup>910</sup> Ver item 13.3.1.

<sup>911</sup> WAGNER, Gerhard. **Prozeßverträge**. Mohr Siebeck, 1998, p. 688-689; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 226.

<sup>912</sup> Matéria que será trabalhada, com profundidade, no item 15.2.

<sup>913</sup> Isso em virtude do princípio do *in dubio pro libertate*. Ver item 10.2.3.

<sup>914</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 229.

<sup>915</sup> O tema será melhor abordado no item 14.1.3.

<sup>916</sup> “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

<sup>917</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 227.

esclareça as partes das vantagens e desvantagens da convencionalidade processual, clarificando-as, inclusive pelo próprio dever de cooperação,<sup>918</sup> acerca das possibilidades que o sistema convencional lhes propicia.<sup>919</sup>

### 13.3.3. À guisa de conclusão parcial

Por todo o exposto neste tópico, parece claro que o juiz, enquanto sujeito processual do processo colaborativo, participe do contraditório e defensor do processo justo, eficiente e adequado, pode, sim, celebrar convenções processuais com as partes, desde que, à luz das normas fundamentais do processo, esteja o ato fundamentado em sua discricionariedade e este não macule sua competência, imparcialidade e imparcialidade. Dessa forma, concebida a simetria entre os sujeitos processuais na condução do processo, é certo que o juiz será participe da relação negocial.

Por outro lado, seja participe ou não do acordo processual, o juiz se vinculará, enquanto ente decisório assimétrico, ao pacto, de maneira a desempenhar a função de aplicador, controlador e incentivador dos acordos. Deve, assim, exercer o juízo de admissibilidade da norma convencional, ou seja, perquirir sua existência, validade e eficácia.<sup>920</sup>

Dessa forma, apenas com a compreensão do duplo papel do magistrado,<sup>921</sup> será possível aplicar corretamente o processo constitucional cooperativo, de maneira a respeitar à principiologia do novo diploma processual.

## 13.4. REGIME JURÍDICO APLICADO ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

A partir da aceitação de convenções processuais, com verdadeira releitura dos institutos processuais publicistas e adoção, em processo, de um instituto tradicionalmente vinculado ao

---

<sup>918</sup> Explorado no item 9.2.2.2.

<sup>919</sup> “O fomento do Estado-juiz à celebração das convenções processuais será especialmente relevante nos acordos pactuados incidentalmente no processo. Incidem também os deveres de diálogo (ou engajamento do debate), esclarecimento e consulta, que obrigam o magistrado a indicar as possibilidades que o processo põe à disposição dos litigantes, clarificando as vantagens e desvantagens, consequências e os efeitos que essas condutas podem acarretar. Ao incentivar a celebração de convenções processuais, o juiz deve alertar as partes sobre possíveis defeitos formais na formação do acordo, que poderiam no futuro levar à invalidade (dever de prevenção)” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 227).

<sup>920</sup> Ver item 15.

<sup>921</sup> Conferir o item 13.3.1.2.

direito substancial, urge-se precisar o regime jurídico aplicado à análise do instituto. Em outras palavras, os limites às convenções processuais regem-se pelas regras do direito processual e/ou do direito material?

Em verdade, como já sinalizado por Barbosa Moreira,<sup>922</sup> com construção consentânea com as premissas adotadas neste trabalho,<sup>923</sup> aplica-se às convenções processuais um regime jurídico misto,<sup>924</sup> ou seja, o acordo processual deve ser analisado com base em regras de direito processual e material.<sup>925</sup> É preciso se extrair algumas conclusões.

De início, deve ser considerado o regime jurídico de direito substancial à análise de higidez da convenção processual, o que significa dizer que, para a investigação do elemento volitivo, inerente às convenções processuais, é relevante a adoção, com as vênias processuais, do regramento relativo à vontade, em especial dos seus vícios,<sup>926</sup> construído dogmaticamente pelo direito civil.<sup>927</sup> Além disso, aplica-se à análise das convenções processuais o art. 104 do

<sup>922</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 94-96.

<sup>923</sup> Refere-se, aqui, à aplicabilidade das normas e interpretações de direito material ao direito processual. Ver item 2.1. A matéria ora abordada foi, inclusive, aprofundada em itens próprios (ver itens 4.3.2.4 e 4.5).

<sup>924</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 273-274; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 95; GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 138; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 170; TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+nego+cios+juridicos](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+nego+cios+juridicos). Acesso em 11 de janeiro de 2016; YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 68; 76-77.

<sup>925</sup> Em sentido diverso, Trícia Cabral defende que o regime jurídico varia conforme a sede do ato convencional. Em suas palavras, “inicialmente, deve ser registrado que há diferenças entre o regime jurídico das convenções firmadas extrajudicialmente e judicialmente. No âmbito extrajudicial adotam-se as normas de direito material para a sua constituição. Já no campo processual, devem ser respeitadas as regras de direito material e também as de direito processual, em uma espécie de regime jurídico misto” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2015, p. 489-517, p. 508). Não se concorda. É que, conforme o conceito de convenção processual aqui adotado (ver item 4.3), a natureza da convenção processual não se altera por ter sido praticada endo ou extraprocessualmente, importando, apenas, seus efeitos.

<sup>926</sup> A compreensão é elementar às construções do item 15.2.2.4.

<sup>927</sup> Concorde-se, assim, com Pedro Nogueira, ao afirmar: “as regras sobre vícios de vontade nos atos jurídicos de direito civil, quando compatíveis com o processo, podem ser invocadas. Todavia, a arguição dessas invalidades, no curso do procedimento, estará obviamente sujeita aos limites estabelecidos nas regras processuais, até mesmo no que concerne à preclusão e às hipóteses de sanção, o que reduz as possibilidades desse tipo de questionamento” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 167). No mesmo sentido, “o sistema das invalidades do direito civil é diferente do sistema das invalidades processuais. Ao sistema de invalidade processuais, todavia, aplicam-se todas as noções da teoria geral do direito sobre o plano da validade dos atos jurídicos” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 407).

Código Civil,<sup>928</sup> ou seja, para aferição dos limites às convenções processuais, é fundamental a análise da capacidade do agente, da licitude, possibilidade, determinação e precisão do objeto e o atendimento à forma.<sup>929</sup>

É certo, por outro lado, que às convenções processuais é aplicável a máxima *pas de nullité sans grief*, ou seja, de que não há nulidade sem prejuízo,<sup>930</sup> de modo que, constatado um vício em um ato processual, seja fruto da normativa processual, seja da substancial, a efetiva nulidade do ato deve ser a *ultima ratio*.<sup>931</sup> Em outras palavras, é imprescindível, e isso gera um forte ônus argumentativo por parte do magistrado,<sup>932</sup> que a decisão de nulidade de uma convenção processual seja devidamente motivada,<sup>933</sup> para, apenas quando a avença inválida gerar efetivo prejuízo às partes celebrantes, ou à sociedade,<sup>934</sup> ser possível se afastar a presumida validade do ato.<sup>935</sup>

Nesse sentido, para além do princípio do *in dubio pro libertate*, já abordado neste trabalho,<sup>936</sup> o regime de invalidade processuais, em especial a regra prevista no art. 282, §§1º e 2º, do CPC/15,<sup>937</sup> impõe que, para o afastamento de uma convenção processual, deva haver

<sup>928</sup> “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

<sup>929</sup> Assim restou pacificado, inclusive, no Enunciado 403 do FPPC, “a validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

<sup>930</sup> MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro. **Revista da AJURIS**. v. 31. n. 96. Porto Alegre: Ajuris, out./dez. 2004, p. 69-91.

<sup>931</sup> Didier apresenta interessante critério: “há um roteiro a seguir: o juiz deve avaliar se o defeito é irrelevante, se não é possível aproveitar o ato como se fosse outro ou se não é possível corrigir o defeito; caso nada disso possa ser feito, então, e somente então, o ato deve ser invalidado” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 407).

<sup>932</sup> Sobre as preferências normativas, a ensejar o ônus argumentativo para superação das presunções, ver item 10.2.3.

<sup>933</sup> Concorde-se, assim, com a tese de Cabral, que propõe uma leitura da teoria das invalidades processuais consentânea com os princípios do debate, contraditório e da boa-fé. Defende, assim, a validade *prima facie* do ato processual (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 189-192; 267-268).

<sup>934</sup> O entendimento restou, inclusive, pacificado no 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”.

<sup>935</sup> Não obstante, a conservação do negócio jurídico processual também pode ser defendida à luz do direito material, cuja doutrina tem, cada vez mais, defendido e adotado o princípio da conservação dos negócios jurídicos, ou do aproveitamento dos negócios jurídicos. Para uma digressão mais aprofundada sobre a conservação dos negócios jurídicos, que foge ao escopo do presente trabalho, ver MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 307 e ss.; ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 221 e ss.

<sup>936</sup> Ver item 10.2.3.

<sup>937</sup> “Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida



efetivo prejuízo pela manutenção de seus efeitos.<sup>938</sup> Assim, mesmo se houver ofensa do núcleo duro de uma garantia fundamental,<sup>939</sup> o que denotará invalidade ao acordo processual,<sup>940</sup> apenas com o efetivo prejuízo a nulidade gerará a sanção do afastamento.<sup>941</sup>

É evidente, contudo, que a aferição da ocorrência, ou não, dos prejuízos, foge à abstração necessária para a delimitação dos limites às convenções processuais, ora proposta, sendo que, em sede teórica, basta compreendê-la como requisito para a efetiva nulificação do ato negocial. Por conseguinte, a análise aqui desenvolvida, por clareza metodológica, prende-se à identificação dos aspectos maculadores da existência, validade e eficácia do ato, sendo que, apenas na casuística, quando identificada a invalidade do ato convencional, fará sentido a investigação da presença do critério do efetivo prejuízo, até porque as suas conclusões dependerão das nuances concretas.

## 14. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### 14.1. A CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

#### 14.1.1. A cláusulas gerais processuais

Há um sentido plurissemântico na locução cláusula geral, sendo que lhe é possível extrair três significados: (a) modalidade de técnica legislativa; (b) espécie de enunciado

---

quando não prejudicar a parte. § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

<sup>938</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 274; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 254-255; GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 138; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 170.

<sup>939</sup> “A doutrina tem sério e inafastável compromisso com os direitos fundamentais. Assim, obviamente não pode dizer amém a um procedimento que, embora dotado da elogiosa ambição de dar otimização à resolução das demandas, viola o direito fundamental de ser ouvido e de influenciar o juiz. Não obstante, a invalidade constitucional de um procedimento é resultado extremo, que deve ser evitado quando se pode corrigi-lo de modo a dar-lhe legitimidade constitucional” (MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. **Revista de Processo**. ano. 40. v. 249. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 399-418, p. 409).

<sup>940</sup> Ver item 11.

<sup>941</sup> Sobre a invalidade como sanção, ver itens 3.2.5.

normativo, e (c) as normas que se produzem a partir daquele texto.<sup>942</sup> Surge como uma reação à técnica legislativa casuística, com previsão rígida, imutável e pretendente de completude, que, diante da complexidade social e velocidade de sua evolução, mostrou-se insuficiente para responder a seus anseios.<sup>943</sup>

Assim, diante da necessária superação do juiz como mero vetor expressivo da vontade do legislador, ou “boca da lei”,<sup>944</sup> e, por conseguinte, da técnica de subsunção do fato à norma,<sup>945</sup> houve a necessidade de concepção de um sistema que, superando a exclusividade da normativa rígida, fosse composto de vetores, *standards*,<sup>946</sup> cânones interpretativos, ou máximas de conduta, de maneira a prever, em linguagem vaga, aberta e imprecisa,<sup>947</sup> enunciados

<sup>942</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 286. Tem-se, contudo, majoritariamente, vinculado a acepção do termo à técnica legislativa, como uma superação da técnica casuística. Nesse sentido, “as cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei ‘clara, uniforme e precisa’, como na célebre dicção voltaireana –, foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como kanon abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana” (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**. ano. 35. n. 139. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1998, p. 05-22, p. 07). No mesmo sentido, “as cláusulas gerais são compreendidas como um novo método de legislar, que impõe o preenchimento de sua moldura pelo juiz, como se considerássemos a norma jurídica oriunda do exercício da interpretação e corolária da ‘atividade judicial criadora’” (HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. **Revista de Processo**. ano. 33. n. 155. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2008, p. 335-364, p. 337-338).

<sup>943</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 172-173.

<sup>944</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *IN* MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (org.). **O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413-466.

<sup>945</sup> “Indessen: Schon mit dem Versuch einer Aufzeichnung, sei es auch nur zum Zwecke genauerer Überlieferung, erst recht aber mit der bewußten Formung und Gestaltung des Rechts durch einen Gesetzgeber ergibt sich die Notwendigkeit, die Regel als solche, abgelöst von dem einzelnen ‘fall’, in Worte zu fassen, das, was ‘allgemein’, für alle derartigen Fälle gilt (oder gelten sol), zu fixieren, von dem, was jeden Fall zu einem ‘besonderen’ macht, zu abstrahieren” (LARENZ, Karl. **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Berlin/Göttingen/Heidelberg: Springer-Verlag, 1960, p. 146). Em tradução livre: “no entanto, cabe um breve apontamento: é possível apenas com a formação e conformação consciente do direito pelo legislador, a impor a necessidade de expressar com as palavras as regras como tais, sem vinculação com o ‘caso’ concreto, de maneira a prever, ‘de modo geral’, o que rege, ou deve reger, para todos os casos similares, abstraindo todos os casos em um caso ‘especial’”.

<sup>946</sup> A doutrina define os *standards* como um argumento apriorístico, utilizado como fundamento interpretativo. É o caso, por exemplo, da “boa-fé”, “diligência mínima de um homem comum”, “cooperação processual”, dentre outros (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010, p. 69-83, p. 72, nota 7). Ver LARENZ, Karl. **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Berlin: Springer-Verlag, 1960, 273 e ss.; ESSER, Josef. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956, p. 141-147. Para uma melhor compreensão de seu significado, em língua portuguesa, ver VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 395-397.

<sup>947</sup> “A vagueza da proposição normativa é esclarecida paulatinamente pelas decisões judiciais, que mediante exemplos ‘ilustrativos’ e, em seguida, ‘por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de ideias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, conseguem enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente

normativos<sup>948</sup> permissivos à, mediante o juízo de interpretação do juiz, extração da melhor norma ao caso concreto.<sup>949</sup>

Isso não significa, nem poderia significar, a superação total dos enunciados normativos casuísticos, o que representaria, diante do exagero inverso ao predomínio da técnica casuística, enorme insegurança jurídica.<sup>950</sup> Na verdade, o que se pretende, e se verifica na realidade sistêmica,<sup>951</sup> é um modelo híbrido, que contenha normas rígidas, claras e precisas, mas, também, cláusulas gerais norteadoras da interpretação.

---

‘indeterminada’, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado entre modelos de resolução em que possam ser arrumados, a sua maioria, nos casos a julgar” (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010, p. 69-83, p. 76).

<sup>948</sup> Está implícita a diferenciação entre cláusula geral e princípio. Este, é norma extraída a partir dos enunciados normativos (ver item 10.1), enquanto que aquele é tipo de texto normativo, ou seja, “são institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo” (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010, p. 69-83, p. 79). No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 321-324. Importa, também, a diferenciação entre as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, de certo que “os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do ‘fato’ em exame com vistas à aplicação do direito. (...) Por essa razão, ‘uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. O caso é, pois, de subsunção. Não haverá, aí, ‘criação do direito’ por parte do juiz, mas apenas interpretação. Já por aí se percebe que, inobstante conter a cláusula geral, em regra, termos indeterminados, tais como os conceitos de que ora se trata (alguns destes conceitos indeterminados podendo indicar também princípios), a coincidência não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 326). Ver também BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 174.

<sup>949</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 173; DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010, p. 69-83, p. 76-77. Inclusive, cada vez mais, com a concretização das garantias fundamentais, eis que “a utilização das cláusulas gerais processuais está inserida na idéia de jurisdição constitucional e é corolário do neoconstitucionalismo e da supremacia dos direitos fundamentais” (HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. **Revista de Processo**. ano. 33. n. 155. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2008, p. 335-364, p. 338).

<sup>950</sup> Essa insegurança, contudo, é um risco que permanece mesmo com a coexistência dos dois tipos de enunciados normativos. De fato, “as cláusulas gerais trazem consigo, entretanto, o sério risco de insegurança jurídica. (...) Há o perigo quase inevitável da fuga para as cláusulas gerais (*Die Flucht in die Generalklauseln*), conforme célebre expressão de Hedemann. Como parece inevitável a existência de cláusulas gerais no ordenamento jurídico, inclusive no direito processual, cabe à teoria jurídica e à jurisprudência desenvolver técnicas dogmaticamente adequadas de manejo destas espécies normativas” (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010, p. 69-83, p. 78-79).

<sup>951</sup> “Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causaria uma sensação perene de insegurança) ou em regras casuísticas (o que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies” (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010, p. 69-83, p. 72-73).

Dessa forma, no segundo viés da acepção da cláusula geral, que mais importa para esse trabalho, é possível conceitua-la como um enunciado normativo, cuja hipótese fática é composta por termos vagos e imprecisos e, além disso, seu consequente é abstratamente indeterminado<sup>952</sup> Em direito processual, é possível se identificar vários exemplos, como: (1) cláusula geral executiva (art. 139, IV do CPC/15);<sup>953</sup> (2) poder geral de cautela (art. 301 do CPC/15);<sup>954</sup> (3) cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º do CPC/15);<sup>955</sup> (4) cláusula geral da cooperação processual (art. 6º do CPC/15);<sup>956</sup> (5) cláusula geral da paridade de armas e do efetivo contraditório (art. 7º do CPC/15),<sup>957</sup> dentre outras.<sup>958</sup>

Nesse contexto, ganha destaque, pelo objeto da presente pesquisa, a cláusula geral de negociação processual, prevista no art. 190 do CPC, que, através de termos conscientemente vagos, abertos e imprecisos, estabelece a licitude da convencionalidade processual, como

---

<sup>952</sup> “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto de termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico-normativa” (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010, p. 69-83, p. 70).

<sup>953</sup> “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Interessante, ainda, as provocações de Lênio Streck e Dierle Nunes, que concluem, em posição bastante congruente a aqui adotada, que “todas estas digressões nos fazem retornar ao problema inaugural: seria possível com base no artigo 139, IV do CPC/2015 restringir unilateralmente, a partir da visão utilitarista do magistrado, direitos individuais para obter a satisfação de obrigações pecuniárias como defendido pelos respeitáveis autores? Nos parece que, em regra, não! Apesar de respeitarmos esses entendimentos, parece-nos que as medidas abertas do preceito normativo do CPC, junto com o artigo 190, podem gerar negociações executivas de cumprimento, como seria recorrente para implementação de direitos sociais (com abertura de verificação das potencialidades de cumprimento mediante programas executivos/planificação executiva) de demandas de reintegração de posse em caso de ocupações sociais, de gradual reestruturação do sistema público de saúde, de imposição de medidas de fazer e não fazer no campo ambiental e consumerista etc., que deixem de ser impostas unilateralmente do Judiciário e passem a ser dimensionadas mediante a participação ativa e em rede de todos os envolvidos” (STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em 23 de março de 2017).

<sup>954</sup> “Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito”.

<sup>955</sup> “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

<sup>956</sup> “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>957</sup> “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

<sup>958</sup> A bem da verdade, o novo diploma processual, ao estipular o “Livro I- DAS NORMAS PROCESSUAIS CIVIS”, inova, com relação ao anterior, ao estabelecer, expressamente, um conjunto de enunciados normativos abertos, verdadeiras cláusulas gerais, que fundamentam a atividade judicial.

verdadeira fonte legitimadora<sup>959</sup> das convenções processuais atípicas, de modo que seu regramento serve como regra geral às normas convencionais do processo.<sup>960</sup> É preciso, contudo, e esse é, reiteradamente, o objeto da presente pesquisa, desenvolver, diante da imprecisão e risco de segurança jurídica,<sup>961</sup> elementos à aplicação do vetor, identificando seus limites e suas possibilidades eficaciais.

#### 14.1.2. O art. 190 do CPC/15 – fonte legitimadora e limitativa da convencionalidade processual – a vinculação do juiz à convenção

O art. 190, *caput*, prevê que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Do próprio enunciado normativo geral, dessa forma, é possível se identificar balizas para a licitude de um acordo processual firmado, de maneira que sua análise é fundamental para a compreensão dos limites às convenções processuais.

É possível se identificar, assim, quatro requisitos para as convenções processuais: (1) critério objetivo, ou convencionalidade objetiva, extraível do trecho “direitos que admitam autocomposição”; (2) critério subjetivo, ou convencionalidade subjetiva, extraível do enxerto “partes plenamente capazes”; (3) delimitação objetiva, ou objeto do acordo processual, do enxerto “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, e (4) critério

---

<sup>959</sup> Ver item 14. Cabral emprega as expressões “norma de atribuição de competência”, ou “norma de habilitação”, para referir-se a tal característica da nova normativa (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 147).

<sup>960</sup> É evidente, contudo, que a norma também é um vetor interpretativo às convenções processuais típicas, sendo que estas devem ser lidas, com as devidas adaptações à sua própria previsão normativa, conforme os cânones interpretativos da normativa geral. Nesse sentido, “No caso dos acordos processuais típicos, como vimos, o art. 190 pode servir como parâmetro interpretativo, até porque contém limites genericamente aplicáveis a todas as convenções processuais (como a vulnerabilidade). À cláusula geral, somam-se todas as exigências formais que o legislador expressamente previu para cada regramento setorial, para cada negócio jurídico especificamente tipificado” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 330).

<sup>961</sup> DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010, p. 69-83, p. 78-79.

temporal, do trecho “antes ou durante o processo”. Por uma questão metodológica, os requisitos serão abordados, neste trabalho, no tópico seguinte.<sup>962</sup>

Já no seu parágrafo único, o art. 190 traz a seguinte previsão: “de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. Nesse sentido, na própria normativa permissa às convenções, há previsão dos casos limítrofes à negociabilidade, de modo a exigir análise.

Nesse contexto, prevê o texto normativo, com pretensões de esgotamento,<sup>963</sup> que o magistrado poderá afastar a aplicação da convenção sempre que: (a) houver nulidade;<sup>964</sup> (b) estiver inserida de forma abusiva em contrato de adesão; (c) identificar vulnerabilidade de uma das partes. As hipóteses limitativas serão estudadas em itens próprios.<sup>965</sup>

É certo que, conforme a previsão normativa, poderá o juiz controlar a aplicação da norma convencionada pelas partes, seja por provocação destas, seja de ofício, mas, nestes casos, deverá o magistrado, em respeito ao contraditório pleno e à cooperação,<sup>966</sup> oportunizar, previamente, às partes a manifestação, de maneira a, antes de afastar a presunção de aplicabilidade da convenção processual, evitar decisões surpresas.<sup>967</sup> Dessa forma, por toda a principiologia envolvente à convencionalidade processual,<sup>968</sup> bem como ao papel do magistrado

<sup>962</sup> Respectivamente, nos itens 15.2.1.1, 15.2.1.2, 15.2.2 e 15.2.3.1.

<sup>963</sup> Não por acaso, utiliza-se da locução “somente”, para se referir aos casos em que o juiz afastará a convenção processual.

<sup>964</sup> Por certo, a despeito do termo empregado, também não aplicará quando o ato negocial for inexistente, ou quando, mesmo que válido, for ineficaz. Ver item 3.3. Ademais, o controle do ato pode significar uma modulação à aplicação, em função de alguma limitação à eficácia do ato (ver item 15.3.2)

<sup>965</sup> Com relação à primeira hipótese prevista, genérica, a abranger todos os limites possíveis no confronto com o ordenamento jurídico, a análise permeará todo o item 15.2.

<sup>966</sup> Concorde-se com Cabral, para quem “o controle exercido pelo juiz sobre a validade das convenções processuais deve ser empreendido de maneira cooperativa, com respeito ao contraditório, cuja observância é obrigatória mesmo para as questões que o juiz pode conhecer de ofício” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 254). Tal entendimento restou, inclusive, pacificado no Enunciado n. 259 do FPPC: “a decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio”. Ver itens 9.2.3 e 10.4.3.

<sup>967</sup> A normativa processual, inclusive, possui texto expresso nesse sentido, da qual se extrai a regra da vedação às decisões surpresas, ou seja, de que, caso a decisão seja exarada sem prévia oitiva, é nula (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p 84-85). Nesse sentido, os arts 9º e 10 do CPC/15, “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

<sup>968</sup> Em especial o princípio do *in dubio pro libertate*. Ver item 10.2.3.

perante os acordos processuais,<sup>969</sup> apenas assim o Estado-juiz poderá, através de decisão motivada que esgote seu ônus argumentativo para tal, afastar a norma convencional.

É certo, contudo, que os requisitos de validade não se esgotam no enunciado normativo da cláusula geral, sendo que a análise deve perfazer todo ordenamento jurídico. Assim, ao restringir o afastamento do ato negocial aos casos de invalidade, é certo que a norma a ser extraída do texto abrange a inadmissibilidade, também, de um acordo ineficaz, em todas as hipóteses legais possíveis.<sup>970</sup>

Ademais, a doutrina processual admite a utilização dos requisitos definidos pela legislação material, na teoria geral do direito,<sup>971</sup> ao estudo dos fatos jurídicos processuais.<sup>972</sup> Tratando-se do estudo das convenções processuais, principalmente diante do reconhecimento de um regime jurídico híbrido à convencionalidade processual,<sup>973</sup> é certo que devem ser considerados como parâmetro os requisitos da lei civil.

Dessa forma, é extraível, do art. 104 do Código Civil, os requisitos da capacidade do agente capaz, objeto lícito, preciso e determinável, com ampla aplicação ao estudo que se propõe.<sup>974</sup> Por essa razão, o estudo das invalidades dos acordos processuais deverá considerar a normativa da lei civil.

Dessa forma, adota-se a seguinte classificação para a análise dos limites à convenção processual: (1) pressupostos de existência: (1.a.) previsão legal; (1.b.) sujeitos negociais; (1.c.) manifestação plurilateral de vontade; (2) requisitos de validade: (2.a.) critérios objetivos; (2.b.)

---

<sup>969</sup> Ver item 13.3.

<sup>970</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 221 e ss; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 268 e ss; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 119 e ss.

<sup>971</sup> Compatível, assim, com a premissa basilar, adotada neste trabalho, de que as regras de teoria geral se aplicam ao estudo dos fatos jurídicos processuais (ver item 2.1).

<sup>972</sup> Por todos, CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19.; 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. 183-201, p. 187-191; THEODORO JUNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano 8. n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1983, p. 38-60, p. 38-39; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 141 e ss.

<sup>973</sup> Ver item 13.4.

<sup>974</sup> Dessa forma entende, pacificamente, a doutrina, de maneira a restar pacificado o entendimento no Enunciado 403 do FPPC, “a validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

critérios subjetivos; (2.c.) critérios de forma; (3) condições de eficácia. No próximo tópico o assunto será abordado de maneira mais detida, sendo que, antes, faz-se necessário, ainda, compreender algumas consequências sistêmicas da adoção da cláusula geral de negociação processual.

#### 14.1.3. O microssistema de negociação processual

O art. 190 não representa, *per si*, uma revolução normativa do direito processual, sendo que sua importância e maior relevância é a previsão, por enunciado normativo expresso, da convencionalidade atípica. É dizer, assim, que não há um rompimento com a sistemática anterior,<sup>975</sup> da qual já era possível extrair a convencionalidade, especialmente, a partir do art. 158 do CPC/73,<sup>976</sup> mas apenas uma consolidação do entendimento que, alhures, já era defendido por parte da doutrina.<sup>977</sup>

É bem verdade, contudo, que, até pelos excessos publicistas e pelo dogma da irrelevância da vontade,<sup>978</sup> já trabalhados em capítulos anteriores,<sup>979</sup> houve a necessidade, para efetiva admissão da figura negocial sobre a matéria processual,<sup>980</sup> do posicionamento expresso.

---

<sup>975</sup> Discorda-se, assim, daqueles que defendem que a nova sistemática é inovadora ao ponto de romper, ou exigir o rompimento, com a sistemática passada. Por todos, DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-25; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 190. *IN* \_\_\_\_\_; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral**. São Paulo: Forense, 2015, p. 613-632, p. 614). No mesmo sentido: REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 149. São Paulo: Dialética, ago. 2015, p. 09-16, p. 15.

<sup>976</sup> “CPC/73 - 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”.

<sup>977</sup> Por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual – 3ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-70; TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 54. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 190-192. Ver item 6.2.3.

<sup>978</sup> É leitura fundamental, pelas críticas fundamentais ao dogma da irrelevância da autonomia da vontade em sede processual, o trabalho de Paula Costa e Silva (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, *passim*), citado, em várias ocasiões, neste trabalho. Ver item 10.2.2.

<sup>979</sup> Em especial, nos capítulos II e III.

<sup>980</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 193-194.



A normativa, portanto, merece aplausos e sua aplicação deverá ser incentivada, para, paulatinamente, trazer a desejada mudança cultural, também, à seara processual estatal.<sup>981</sup>

Fato é que, ao se analisar o sistema processual brasileiro,<sup>982</sup> percebe-se a existência de um conjunto de normas que buscam disciplinar a resolução pacífica, amigável e consensual do litígio, não apenas pela mera transação do direito em disputa, mas, ainda, na formulação do método resolutivo. Trata-se, por certo, de um verdadeiro microssistema de negociação processual,<sup>983</sup> que impõe sensíveis consequências à atividade jurisdicional.

Um microssistema jurídico pode ser conceituado como um conjunto de normativas, ínsitos no ordenamento jurídico, através do qual é possível se extrair uma lógica autônoma e orgânica.<sup>984</sup> É dizer, em outras palavras, que é possível, dentro de um sistema, observar-se a

---

<sup>981</sup> Para, quem sabe, não apenas pelos alcunhados métodos alternativos de resolução de conflitos, mas, inclusive, no próprio trato processual, os juristas passem a conceber a consensualidade como mote condutivo do sistema, com superação da alcunhada “cultura da sentença”. Talvez, assim, atenda-se à previsão de Watanabe, ao defender que “a atual cultura da sentença será, com toda a certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação” (WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. IN YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690, p. 690).

<sup>982</sup> Entende-se, neste trabalho, que o microssistema de negociação processual já existia à luz do revogado diploma processual de 1973, como já aduzido em sede introdutória. Isso porque, ao se analisar o CPC/73, percebesse-se: (i) uma norma geral, ínsita no art. 158 daquele diploma, da qual, através de processo hermenêutico compatível com o neoprocessualismo, é possível se extrair a convencionalidade atípica; (ii) várias hipóteses típicas de convenções processuais (ver nota 5); (iii) normas incentivadoras da convencionalidade em geral (dentre outras, os seus arts. 125, IV, 277, 331, 448 e 740). A questão já foi defendida trabalho anterior (BERTÃO, Rafael Calheiros. *Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo Código de Processo Civil*. IN DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376, p. 1362-1365). Ver, com posicionamento similar, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro*. IN CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62, p. 42-44; 40; YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 63; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 394-396.

<sup>983</sup> “Há um conjunto de normas que disciplinam a negociação sobre o processo. Esse conjunto pode ser considerado um microssistema. O art. 190 e o art. 200 do CPC são o núcleo de microssistema e devem ser interpretados conjuntamente, pois restabelecem o modelo dogmático da negociação sobre o processo no direito processual civil brasileiro” (DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 112). Em defesa, também, da existência de um microssistema negocial no novo diploma processual, BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 193-199; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 224.

<sup>984</sup> IRTI, Natalino. *Decodificazione*. IN **Digesto delle discipline privatistiche**: sezione civile. v. 5. 4. ed. Torino: UTET, 1998, p. 142-148, p. 144; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 195.

existência de normas que possuem teleologia e funções próprias, diferentes daquelas observadas na normativa geral.<sup>985</sup>

O CPC/15, assim, ao trazer no seu bojo normas valorativas da solução convencional pelas partes, hipóteses típicas de convenções processuais, e, especialmente, a cláusula geral de negociação processual e o regime de eficácia imediata dos acordos processuais, extraível do art. 200 do diploma processual,<sup>986</sup> normatiza verdadeiro microsistema. Isso traz duas importantes consequências para a atividade processual.

Por um lado, ao tratar, em sede processual, das questões relativas à consensualidade, seja ela material ou substancial, os sujeitos processuais deverão considerar a autonomia, organicidade<sup>987</sup> e regime normativo próprio do microsistema negocial, de maneira a utilizarem-se, prioritariamente, de seus vetores interpretativos e regramentos próprios para suprimento de eventual lacuna.<sup>988</sup> Ademais, em sentido inverso, a relação do microsistema convencional com o processo não é unidirecional, ou seja, a partir de seus preceitos é possível se extrair critérios hermenêuticos aplicados a todo o sistema.<sup>989</sup>

<sup>985</sup> É o caso, por exemplo, do microsistema consumerista, que rompe com a lógica civilista (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67). Em processo, fala-se, e.g., em microsistema de precedentes judiciais (DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 18. n. 36. Belo Horizonte: PUCMG, 2015, p. 114-132; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 320 e ss.), em microsistema de tutela coletiva (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. v. 4. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 53-56) e em microsistema de resolução de demandas repetitivas (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017; GUIMARÃES, Amanda de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2017. Dissertação (mestrado em direito processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 137).

<sup>986</sup> “Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Ver item 4.3.2.2.

<sup>987</sup> IRTI, Natalino. Decodificazione. *IN Digesto delle discipline privatistiche*: sezione civile. v. 5. 4. ed. Torino: UTET, 1998, p. 142-148, p. 147.

<sup>988</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 198.

<sup>989</sup> Concorde-se, assim, com Barreiros, para quem “a cláusula geral do art. 190 do CPC/2015 guarda em si um potencial de interferir e modificar na função e eficácia de diversos institutos e mecanismos (regras de competência, legitimidade, intervenção de terceiros, atividade probatória, saneamento processual, recursos liquidatários, execução, medidas de urgência, dentre outros)” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 199). De fato, a normativa tem potencial de alterar todo o sistema processual, propondo uma nova visão do processo e fornecendo um novo vetor interpretativo das normas processuais. No mesmo sentido, Talamini afirma que “potencialmente, essa norma tem o condão de alterar de modo substancial a função e a eficácia dos mais diversos institutos e mecanismos – sejam aqueles que ora surgem como novidade, sejam os que, em si mesmos considerados, mantêm-se formalmente iguais ao que antes eram” (TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos). Acesso em 11 de janeiro de 2016).

#### 14.1.4. Vantagens e desvantagens de um sistema processual convencional

É possível se falar, por toda a construção realizada nos itens anteriores, que, diante da formulação do microssistema negocial em matéria processual, vigora no Brasil um sistema processual convencional, ou seja, um regime jurídico negocial sobre a própria atividade jurisdicional. É certo, contudo, que, assim como qualquer sistema desenvolvido por seres humanos,<sup>990</sup> há vantagens e desvantagens, ou acertos e falhas, em suas construções, sendo que o que motiva a sua superação é a saturação social com as suas mazelas,<sup>991</sup> que passam a não mais ser justificáveis pelo lado positivo do instituto.

Em célebre artigo científico, com visão crítica ao movimento de valorização às resoluções consensuais de controvérsias, Owen Fiss<sup>992</sup> apresenta dois principais argumentos contrários à autonomia da vontade e afastamento do judiciário: (a) a inexistência de igualdade, em especial financeira, entre as partes, de maneira que não dispõe dos mesmos recursos para obter informações prévias e necessárias à previsibilidade do pacto e são influenciadas de maneira distinta pela ameaça do litígio;<sup>993</sup> (b) a verificação prática de ausência de consentimento

---

<sup>990</sup> “A segunda observação consiste em que se deve ter presente que este Código não vai resolver todos os problemas da prestação jurisdicional no Brasil. Aliás, nem este código e nenhum outro. A mudança da lei não tem senão um papel de coadjuvante nas mudanças sociais. Apenas numa certa medida terá um novo diploma legal o condão de produzir alterações visíveis no plano empírico. De fato, o excesso de litigiosidade, que é um problema social, é indiretamente responsável pela morosidade dos processos e isso não se resolve com mudanças nas regras processuais. Que isso não seja, todavia, visto como algum tipo de desestímulo a que haja aprovação do novo CPC!” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Há lugar para certo otimismo em relação ao novo CPC**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-fev-04/teresa-arruda-alvim-lugar-certo-otimismo-relacao-cpc>. Acesso em 23 de junho de 2015. No mesmo sentido, BASILIO, Ana Tereza; FREIRE, Alexandre; RODOVALHO, Thiago. Modernização da Lei de Arbitragem - algumas reflexões. *IN* CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). **Arbitragem**: Estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49-65, p. 50

<sup>991</sup> No caso específico do processo rígido, publicista, pautado pelo dogma da irrelevância da vontade, ver item 6.2.1.

<sup>992</sup> FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**. v. 93. n. 6. Connecticut: Yale University, maio 1984, p.1073-1090.

<sup>993</sup> “The disparities in resources between the parties can influence the settlement in three ways. First, the poorer party may be less able to amass and analyze the information needed to predict the outcome of the litigation, and thus be disadvantaged in the bargaining process. Second, he may need the damages he seeks immediately and thus be induced to settle as a way of accelerating payment, even though he realizes he would get less now than he might if he awaited judgment. All plaintiffs want their damages immediately, but an indigent plaintiff may be exploited by a rich defendant because his need is so great that the defendant can force him to accept a sum that is less than the ordinary present value of the judgment. Third, the poorer party might be forced to settle because he does not have the resources to finance the litigation, to cover either his own projected expenses, such as his lawyer's time, or the expenses his opponent can impose through the manipulation of procedural mechanisms such as discovery. It might seem that settlement benefits the plaintiff by allowing him to avoid the costs of litigation,

legítimo, com inúmeras situações de conflito de agência, em que o representante das partes celebra acordos que lhe interessam, em detrimento dos verdadeiros interesses do representado.<sup>994</sup> À luz do regramento pátrio sobre a convencionalidade processual, contudo, as críticas parecem superáveis.<sup>995</sup>

Com relação à primeira crítica, diante da normativa processual brasileira, notam-se instrumentos jurídicos para proteção da parte vulnerável, de sorte que não será válida a convenção que se valer da situação desigual entre as partes,<sup>996</sup> de maneira que as críticas do Professor podem ser consideradas acatadas e controladas pelo próprio sistema.<sup>997</sup> Por outro lado,

---

but this is not so. The defendant can anticipate the plaintiff's costs if the case were to be tried fully and decrease his offer by that amount. The indigent plaintiff is a victim of the costs of litigation even if he settles" (FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**. v. 93. n. 6. Connecticut: Yale University, maio 1984, p.1073-1090, p. 1076). Em tradução livre "As disparidades de recursos entre as partes podem, de três maneiras, influenciar o acordo. Em primeiro lugar, a parte mais pobre pode ter menos possibilidade de acumular e analisar a informação necessária para prever as consequências do litígio, e, por isso, possui desvantagens no processo de barganha. Ademais, ela pode precisar, imediatamente, dos reparos que busca e isso pode induzi-la ao acordo como uma forma de acelerar o pagamento, mesmo que compreenda que poderá ganhar menos agora do que se aguardar o julgamento. Todos os litigantes querem seus ressarcimentos imediatamente, mas um necessitado pode ser explorado por um mais dotado de recursos, porque sua necessidade é tão grande que o adversário pode forçá-lo a aceitar um valor menor do que ordinariamente julgado. Por fim, a parte mais pobre pode ser forçada a acordar, porque ele não possui os recursos para financiar o litígio, para cobrir tanto suas próprias despesas, como as de seu advogado, quanto as despesas que o seu oponente pode impor pela manipulação dos mecanismos do procedimento, como a *discovery*. Pode parecer que o acordo signifique benefícios ao litigante, para evitar os custos do litígio, mas não é isso. O defensor pode antecipar os custos do litigante se o caso for para o julgamento e diminuir a sua oferta com essa base. O litigante necessitado é vítima dos custos do litígio até mesmo quando acorda".

<sup>994</sup> FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**. v. 93. n. 6. Connecticut: Yale University, maio 1984, p.1073-1090, p. 1078-1082.

<sup>995</sup> É bem verdade, contudo, que disfunções podem ocorrer, assim como na condução do processo diante da figura do magistrado. O professor resume seu pensamento, afirmando que: "settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised" (FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**. v. 93. n. 6. Connecticut: Yale University, maio 1984, p.1073-1090, 1075). Em tradução livre: "O acordo é, para mim, o análogo civil à argumentação de barganhas: consentimento é, usualmente, coercitivo; a barganha pode ser atingida por alguém sem autoridade; a ausência de julgamento judicial torna problemático o envolvimento judicial posterior; e, apesar de os registros serem controlados, a justiça pode não ser feita. Como a barganha, o acordo é a capitulação à condição de sociedade massificada e não deve ser nem encorajada, nem elogiada". Não se trata, no entanto, de uma particularidade do processo negocial, sendo certo que, mesmo diante de um juiz ativo, as disparidades financeiras e as desigualdades sociais entre as partes pesam no modo de conduzir o processo judicial. De fato, até pela diferença técnica entre os seus patronos, uma parte financeira mais dotada terá vantagens no processo estatal (GALANTER, Marc. **Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change**. Disponível em [citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.128.6122&rep=rep1&type=pdf](http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.128.6122&rep=rep1&type=pdf); Acesso em 02 de dezembro de 2017, p. 21-26), sendo que, cabe ao magistrado, assim como na apreciação da validade e eficácia de acordo processual, equilibrar a relação.

<sup>996</sup> Ver itens 10.4.10 e 15.2.2.3.

<sup>997</sup> Esse é o entendimento de Lorena Barreiros, para quem "o art. 190 do CPC/2015 busca minimizar os inconvenientes derivados da disparidade financeiras verificável entre as partes (e de outras situações de

no que tange à questão do consentimento legítimo, é claro que o procurador, público ou privado, das partes deverá atuar conforme os interesses dos seus clientes<sup>998</sup> e, com relação específica às convenções processuais, necessitará de procuração com poderes específicos para atuar em seu nome.<sup>999</sup> Entende-se, assim, que a valorização dos negócios jurídicos processuais está atenta com as preocupações elencadas pelo professor americano, de modo a disponibilizar instrumentos de controle.

É possível, a partir da análise da doutrina, sistematizar as vantagens do sistema processual negocial. Em primeiro lugar, a participação das partes na adaptabilidade do procedimento, que, como maiores conhecedores das especificidades do caso e detentores de mais tempo para apreciar as alterações necessárias do procedimento, estão mais aptos a propiciar uma flexibilização adequada das normas processuais do que o juiz.<sup>1000</sup>

Um segundo argumento, em prol do sistema negocial, é o de que a convencionalidade representa a efetiva participação das partes na condução do processo, em respeito ao princípio cooperativo do processo,<sup>1001</sup> de maneira a fomentar a gestão compartilhada do processo. Dessa forma, aumentam os limites ao exercício abusivo, ou excessivo, dos poderes do juiz<sup>1002</sup> e, ainda, a legitimação das decisões prolatadas, de uma vez que significa representa um processo pautado num procedimento acordado, de modo a diminuir as chances de futuras alegações de nulidades.<sup>1003</sup>

---

desequilíbrio capazes de influir na justiça do acordo celebrado), resguardando a parte vulnerável. Também em negócios típicos há regras protetiva que buscam neutralizar, tanto quanto possível, as disparidades entre os litigantes, a exemplo da ineficácia de cláusula de eleição de foro abusiva (art. 63, § 3º, do CPC/2015) e da vedação à prova diabólica (art. 373, §3º, II, do CPC/2015)” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 295).

<sup>998</sup> Concorde-se com Lorena Barreiros, no sentido de que, “quanto ao consentimento legítimo, a ausência poderá conduzir à responsabilização do advogado que contraria os interesses do cliente, não devendo, contudo, servir de fundamento para inviabilizar a celebração dos negócios processuais. Em relação aos órgãos governamentais, diferentemente dos negócios que versem sobre o objeto litigioso do processo, alguns negócios acerca do procedimento e de situações jurídicas processuais poderão ser realizados pelo próprio Procurador atuante no feito, nada impedindo que o consentimento legítimo seja ofertado prévia e genericamente por quem de direito” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 295-296).

<sup>999</sup> Ver item 15.2.2.2.

<sup>1000</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo processual e gestão compartilhada do processo. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 147-159, p. 153.

<sup>1001</sup> Nesse sentido, ver item 9.2.3.

<sup>1002</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 148.

<sup>1003</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo processual e gestão compartilhada do processo. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz,

É possível, ainda, num terceiro viés, apontar que as normas convencionais podem ser utilizadas para dar maior dinamismo ao processo judicial, de modo a permitir sua modernização pactuada, com adoção, e.g., de novas tecnologias para sua tramitação.<sup>1004</sup> Dessa forma, independentemente de uma reforma legislativa para tal, podem as partes, conjuntamente, ou não, a depender da situação jurídica negociada, com o Estado-juiz, convencionar pela adoção de técnicas modernas para facilitação do trâmite processual e constituição probatória.

No entanto, para além das vantagens,<sup>1005</sup> a doutrina aponta, também, algumas desvantagens da adoção. A primeira disfunção seria relativa à vagueza do enunciado normativo permissivo e abertura desregrada do sistema,<sup>1006</sup> de modo a tornar o sistema mais difícil de ser aplicado pelos jurisdicionados, com sérios riscos de insegurança jurídica.<sup>1007</sup>

Trata-se, verdadeiramente, de uma crítica à própria técnica legislativa das cláusulas gerais, com a abertura sistêmica à interpretação normativa pelo Estado-juiz, de maneira que, com sua adoção justificada,<sup>1008</sup> não inviabilizam, *per si*, a admissibilidade do sistema

---

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 147-159, p. 157.

<sup>1004</sup> Nesse sentido, PEYRANO, Jorge W. **Teoria y practica de los negocios jurídicos procesales**. Disponível em [http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/teoria\\_y\\_practica.pdf](http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/teoria_y_practica.pdf). Acesso em 13 de novembro de 2017, p. 03-06. Poderia, assim, ter facilitado a introdução de teleconferência para realização de audiências, quando houvesse interesse dos envolvidos e necessidade, para melhorar a tramitação.

<sup>1005</sup> Cabral prefere uma abordagem voltada às vantagens da previsão de uma cláusula geral de convencionalidade, de modo a analisar os ganhos da adoção expressa do princípio da atipicidade. Aponta, assim, para além do incremento da participação das partes na condução do processo, as seguintes vantagens da positivação do art. 190: (1) o encerramento do debate acerca da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais; (2) o fornecimento de uma fonte de legitimação à convenção, de maneira que as partes não se limitam mais aos acordos processuais típicos; (3) o incremento da maleabilidade do sistema, fornecendo elementos interpretativos mais amplos para a doutrina e a jurisprudência; (4) a viabilidade de superação da rigidez normativa, já que o legislador não consegue prevê, como gostaria a técnica casuística, todas as hipóteses fáticas possíveis, e (5) a possibilidade de incremento da interpretação dos acordos típicos, à luz dos princípios norteadores da convencionalidade, de maneira a otimizar a interpretação das normas convencionais firmadas à luz das disposições específicas (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 148-149). Concorde-se, de modo que suas conclusões sintetizam, bem, aquilo que foi defendido ao longo deste trabalho.

<sup>1006</sup> Assim, Cabral aponta que “há relevante preocupação em termos de segurança jurídica porque o ordenamento processual deve ser previsível, e quanto mais vago e genérico o texto legal, menor a cognoscibilidade da norma. Isso sem mencionar que o art. 190 encerra um regramento conciso, que não disciplina, nem mesmo em termos genéricos, inúmeros aspectos fundamentais dos acordos processuais” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 150).

<sup>1007</sup> No mesmo sentido, Biavati, sem se referir expressamente às convenções processuais, aponta que o sistema processual flexível encontra claro óbice doutrinário em face da falta de previsibilidade do sistema, de modo a poder denotar riscos às garantias processuais, sendo que, para a superação de crítica, o instituto da flexibilização procedimental deve ser utilizado com razoabilidade (BIAVATI, Paolo. *Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana*. IN ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 207-224, p. 219-220).

<sup>1008</sup> Ver item 14.1.1.

negocial.<sup>1009</sup> É bem verdade, contudo, que há a necessidade de doutrina e jurisprudência<sup>1010</sup> fornecerem limites e parâmetros bem delimitados à utilização dos acordos processuais, de maneira a reduzir a complexidade do sofisticado instituto e, assim, permitir sua verdadeira aplicabilidade.<sup>1011</sup>

Há, ainda, um segundo viés crítico, aduzido em interessante texto científico de autoria de Taynara Tiemi Ono, que, ao examinar os sistemas inglês e português, conclui que o

---

<sup>1009</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 298.

<sup>1010</sup> A jurisprudência pátria, timidamente, começa a decidir sobre acordos processuais firmados. Não há, ainda, julgados do STF ou do STJ sobre a matéria, mas já há decisões de alguns tribunais de justiça pátrio, a se destacar as exaradas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O TJSP, ao analisar um acordo processual firmado pelas partes, que alterou as regras de citação e suprimiu a exigência de citação pessoal do executado, de maneira a se aceitar a citação recebida por qualquer terceiro desde que no endereço declinado, deu provimento ao agravo de instrumento interposto, para reformar a decisão *a quo* e considerar válida a citação não-pessoal do executado: “AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO MONITÓRIA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Intimação para os fins do artigo 475-J do CPC/1973 Ré executada sem advogado constituído nos autos INTIMAÇÃO PESSOAL DESNECESSÁRIO Partes que estipularam mudança no procedimento para ajustá-lo a especificidade da demanda NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PREVISTO NO CPC/2015 CABIMENTO - Intimações a serem realizadas no endereço declinado, ficando autorizado o recebimento de intimação por quaisquer terceiros que nele se encontrem. AUTOCOMPOSIÇÃO E CAPACIDADE PLENA DAS PARTES. DISPONIBILIDADE DOS INTERESSES A PERMITIR O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL - Inteligência do art. 190, do CPC/2015. DECISÃO AGRAVADA REFORMA. AGRAVO PROVIDO” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2045753-87.2016.8.26.0000**. Agravante: Conexão Desenvolvimento Empresarial Ltda. Agravada: Milka Nascimento Souza. Relator: Juiz Luis Fernando Nishi. São Paulo, 22 de setembro de 2016. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>. Consultado em 08 de janeiro de 2018). Já o TJRS, ao analisar negócio jurídico processual firmado em audiência de conciliação, que designou nova audiência e determinou que o prazo para apresentação de contestação apenas se iniciaria após a segunda audiência, anulou a sentença exarada pelo juízo *a quo*, reconhecendo a nulidade do ato que julgou o processo sem oportunizar a nova audiência: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. ACORDO PARA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO, COM REALIZAÇÃO DE NOVA AUDIÊNCIA, A PARTIR DA QUAL CORRERIA O PRAZO PARA CONTESTAR. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL VÁLIDO. ART. 190 DO CPC. NÃO OBSTANTE, JUÍZO DE ORIGEM CONDUZIU O PROCESSO AO ARREPIO DO ACORDADO PELAS PARTES, EM INEQUÍVOCO PREJUÍZO À RÉ S&K, CUJO PRAZO CONTESTACIONAL FOI TOLHIDO. ERROR IN PROCEDENDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. DERAM PROVIMENTO AO APELO DA RÉ S & K PRODUTOS PARA SAUDE LTDA., RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO DA PARTE AUTORA. UNÂNIME” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 0313361-11.2017.8.21.7000**. Apelante: Tiago Leonardo Kaercher e S & K Produtos Para Saude LTDA. Apelada: Alliage SA Industrias Medico Odontologico. Relator: Juiz Paulo Sergio Scarparo. Porto Alegre, 06 de dezembro de 2017. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/ppe/signin>. Consultado em 08 de janeiro de 2018). Os julgados, que já indicam uma tendência de reconhecimento da validade e eficácia de convenções processuais firmadas, quer no processo, quer extrajudicialmente, não realizam maiores digressões sobre os limites dos acordos, de maneira que ainda há um longo caminho a ser percorrido para a compreensão da matéria.

<sup>1011</sup> Como bem adverte Talamini: “Mas também é possível que os negócios processuais sejam um malogro em termos práticos. Não seria a primeira nem a última vez que isso estaria acontecendo: um instituto a despertar a atenção dos estudiosos, por sua sofisticação e riqueza de possibilidades, e a afugentar os práticos exatamente pelos mesmos motivos” (TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos). Acesso em 11 de janeiro de 2016).

movimento de majoração do protagonismo do juiz naqueles países melhor contribuiria para resolver o problema do judiciário brasileiro, qual seja, sua morosidade.<sup>1012</sup> Para a autora, assim, ao adotar a flexibilização procedimental voluntária, em clara aproximação ao modelo adversarial e diminuição dos poderes do juiz, o instituto está fadado ao fracasso, de maneira a, ou não ser utilizado na prática, ou agravar ainda mais os problemas do judiciário brasileiro.<sup>1013</sup>

Trata-se, contudo, de crítica que merece ser superada, por três fatores: (a) apropria-se das experiências estrangeiras sem a atenção para o fato de que, naqueles países, há uma saturação da flexibilização, enquanto que, no sistema brasileiro, é identificável uma saturação do protagonismo do juiz;<sup>1014</sup> (b) adota, implicitamente, a ideia de que o processo é um campo de batalha, em que as animosidades impediriam a convencionalidade processual, sem se atentar, contudo, para a possibilidade de convencionalidade prévia ao processo, em momento amistoso, e, ainda, à evolução cultural que vem se desenvolvendo no Brasil; (c) prevê uma adoção indevida do instituto, sem considerar o papel da doutrina e jurisprudência nos ajustes necessários à viabilidade do instituto. Não impõe, assim, ou ao menos não deverá impor, a inutilização do sistema processual convencional.

Por fim, há um terceiro ponto crítico, diante da possibilidade de as convenções processuais gerarem a ineficiência do sistema processual, já que a alteração pontual das normas processuais, especialmente as procedimentais, podem impactar negativamente a atividade judicial.<sup>1015</sup> É ideia, contudo, que apenas se concretizará se não forem definidos, corretamente, os limites às convenções processuais, sendo que, como já abordado neste trabalho,<sup>1016</sup> o acordo processual jamais poderá macular o princípio da eficiência, sob pena de nulidade, devendo ser

---

<sup>1012</sup> ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. **Revista de Processo**. ano. 41. n. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2016, p. 407-427, p. 423-425.

<sup>1013</sup> “Pode-se concluir que, com a redação do art. 190 do novo CPC, muito provavelmente, a flexibilização voluntária gerará efeitos diversos ao imaginado inicialmente pelo legislador. Sobre esse dispositivo, duas hipóteses foram expostas neste tópico: (a) não terá utilidade prática, porque as partes não estarão dispostas ao consenso e, assim, o sistema processual continuará ineficiente; ou, (b) será utilizada, mas de modo indevido, agravando ainda mais os problemas por que passa o sistema processual brasileiro. Portanto, as previsões com relação ao art. 190 indicam para uma negativa atuação do dispositivo” (ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. **Revista de Processo**. ano. 41. n. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2016, p. 407-427, p. 422).

<sup>1014</sup> Ver item 6.2.1.

<sup>1015</sup> Assim aponta Gajardoni, apesar de referir-se a essa percepção de maneira crítica: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O negócio jurídico processual a favor do Poder Judiciário**. Disponível em <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-negocio-juridico-processual-a-favor-da-eficiencia-do-poder-judiciario-30-112015>>. Acesso em 13 de janeiro de 2016.

<sup>1016</sup> Ver item 10.4.11.



utilizado, a contrário senso, como mecanismo de otimização e melhoramento da eficiência judicial.<sup>1017</sup>

De fato, assim como qualquer sistema processual, ou qualquer criação humana, um modelo processual negociável possui vantagens e desvantagens. A medida que aquelas justificam estas, pela saturação sistêmica e social de um modelo anterior, é plenamente justificável a sua adoção, como uma tentativa razoável de otimização.

É claro que, adotado um instituto novo pela normativa processual, caberá aos juristas estabelecerem os critérios, parâmetros e limites de sua aplicação, de forma a mitigar as desvantagens das convenções processuais e, assim, permitir sua utilização salutar. É a essa difícil missão que se tenta, nesse trabalho, contribuir.

## 15. LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

### 15.1. PLANO DA EXISTÊNCIA – PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA

#### 15.1.1. Fonte normativa juridificante das convenções processuais

Adotada a teoria do fato jurídico processual, já devidamente explanada neste trabalho,<sup>1018</sup> o primeiro elemento de existência do ato negocial deve ser a previsão normativa permissiva, ou, ainda, uma fonte de direito capaz de legitimá-la. É que o fato natural, para ser jurídico e processual, ou seja, para ser transplantado para o mundo jurídico-processual, precisa ser interpretado a partir de uma norma legitimadora.<sup>1019</sup>

---

<sup>1017</sup> “Os negócios jurídicos processuais, dentro de alguns limitadores óbvios, podem (e devem) ser utilizados, inclusive com incentivo dos juízes, para aumentar a eficiência do Poder Judiciário. De fato, mesmo com um razoável esforço de simplificação, há ainda no CPC/2015 algumas condicionantes formais desnecessárias que poderiam ter sido suprimidas, além de diversas regras processuais que, no afã de preservar as partes ou suas posições processuais, acabam por tornar o processo civil brasileiro menos célere e efetivo. Pois com a possibilidade de as partes, através das convenções do art. 190 do CPC/2015, disciplinarem, em certa medida, o processo e o procedimento, parece ser plenamente possível que estes fatores limitadores da efetividade da Justiça sejam afastados por elas, com acentuados ganhos de celeridade e eficiência da máquina judiciária” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O negócio jurídico processual a favor do Poder Judiciário**. Disponível em <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-negocio-juridico-processual-a-favor-da-eficiencia-do-poder-judiciario-30112015>>. Acesso em 13 de janeiro de 2016).

<sup>1018</sup> Ver item 3.1.

<sup>1019</sup> Ver item 3.3.1 e 14.1.2.

Assim, é necessário que haja um permissivo normativo capaz de legitimar o ato negocial processual, para que, a partir de então, possa se falar em negócios jurídicos existentes. O tema foi, largamente, abordado ao longo do trabalho,<sup>1020</sup> sendo certo que vigora no Brasil uma cláusula geral de negociação processual, legitimadora da convencionalidade atípica, e, ainda, normas esparsas com previsões de negócios jurídicos processuais típicos.<sup>1021</sup>

Em síntese, há, no ordenamento jurídico pátrio, normas abstratas permissivas à convencionalidade processual, de modo a restar cumprido o primeiro elemento de existência.

### 15.1.2. Sujeitos das convenções processuais e partes do processo

A cláusula geral prevê, ainda, como requisito subjetivo à celebração das convenções processuais, ou, adequando, mais uma vez, a consolidada terminologia arbitral, como elemento da convencionalidade subjetiva, ser celebrada por “partes plenamente capazes”. É certo que a interpretação da normativa, para delimitação do quem poderia praticar um ato negocial processual, é fundamental para se falar em existência do ato.

Não é cabível, como já apontado neste trabalho,<sup>1022</sup> uma interpretação literal do vocábulo “parte”, de maneira que a interpretação da normativa impõe uma hermenêutica sistêmica e teleológica. Nesse sentido, o enunciado normativo não se destina, exclusivamente, às partes do processo, mas, sim, a todos os sujeitos processuais, que podem, notadamente, serem partes no negócio.<sup>1023</sup>

Dessa forma, ao interpretar o dispositivo normativo, é fundamental incluir-se no significado da delimitação subjetiva do texto legal, para além das partes,<sup>1024</sup> extraíveis em uma

<sup>1020</sup> Ver, nesse sentido, itens 6.2.3 e 14.

<sup>1021</sup> Ver item 14.1.2.

<sup>1022</sup> Ver item 14.1.2.

<sup>1023</sup> Dentre eles o Estado-juiz. Ver item 13.3.1.

<sup>1024</sup> Não se ouvida da celeuma conceitual do termo “parte”, sendo que, aqui, adota-se, por se tratar de conceituação mais restritiva e coerente para a argumentação proposta, o conceito apresentado por Chiovenda. Nesse sentido, o professor italiano define as partes como todo o sujeito que demanda e aquele contra o qual se demanda (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. v. 2. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1936, p. 214). No Brasil, adota o conceito BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3. Em outro sentido, Liebman conceitua as partes como todo o sujeito interessado na relação processual, parcial, que, de alguma maneira, atua no processo (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 69-70). Essa conceituação, que pode abranger, inclusive, os terceiros partícipes da relação, é adotada, no Brasil, por Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 16).

hermenêutica literal, os terceiros,<sup>1025</sup> o Estado-Juiz, os serventuários da justiça, o Ministério Público,<sup>1026</sup> mesmo enquanto fiscal da ordem jurídica, enfim, todos aqueles que participam, de alguma forma, da relação jurídica processual, de maneira a se permitir, nos limites de sua discricionariedade e autonomia,<sup>1027</sup> que convençionem sobre matéria processual.

Isso porque, diante do neoprocessualismo, do modelo cooperativo de processo e das normas regentes da sistemática processual e negocial,<sup>1028</sup> é essencial que todos os sujeitos processuais cooperem, dialoguem e exerçam a atividade jurisdicional e ministerial com fito a denotarem, ao procedimento, maior eficiência. Assim, em respeito à cooperação, ao contraditório, à razoável duração do processo e todas as demais normas fundamentais do processo derivadas do devido processo legal,<sup>1029</sup> não há razão para a limitação subjetiva, pela natureza do sujeito, à convencionalidade.<sup>1030</sup>

### 15.1.3. Elementos do suporte fático – manifestação plurilateral de vontade

Para que seja existente a convenção processual firmada, por fim, é fundamental que haja a manifestação de vontade por dois ou mais sujeitos. É certo, contudo, que essa declaração pode ser expressa, quando efetivamente declarado, ou tácita, quando extraída de atos comissivos indiretos, ou de posturas omissivas, desde que o silêncio seja suficiente para tal interpretação.<sup>1031</sup>

---

<sup>1025</sup> É evidente que a participação de algum sujeito terceiro à relação jurídica processual na convenção, desde que não importe algum outro vício, não significará a invalidade do ato. De fato, estando as partes envolvidas e titulares do direito processual, ou destinatárias, ou protetoras dos interesses sociais, na celebração hígida do negócio processual, a presença de um terceiro em nada a eiva. Questão mais interessante, na verdade, é com relação aos terceiros intervenientes, ou que, de alguma forma, participam da relação processual (e.g., um banco que fornece informações de compensação de um título de crédito bancário objeto de disputa processual). Nesses casos, é interessante o debate acerca do limite eficaz de um acordo processual sem sua participação, ou, ainda, restritivos de sua intervenção, mesmo que com sua anuência. A matéria será melhor explorada no item 15.3.5.

<sup>1026</sup> Desde que, à luz das normas fundamentais do processo (ver item 10), respeite sua discricionariedade e não macule sua competência e imparcialidade. Ver comentários à capacidade negocial do Estado-juiz, plenamente aplicáveis à negocialidade do *Parquet* enquanto *Custos Legis* (Ver item 13.3.1.1).

<sup>1027</sup> Deve se tratar, portanto, de objetivo do qual possa dispor, sem impactar interesses de terceiros. Ver itens 15.2.2.1 e 15.3.5.

<sup>1028</sup> Ver Capítulo III.

<sup>1029</sup> Ver itens 10.2 e 10.4.

<sup>1030</sup> Posição já defendida, com maior profundidade, no item 13.3.1.

<sup>1031</sup> Concorde-se, assim, com Cabral, para quem “deve-se ter em conta que essa manifestação de vontade pode-se dar tanto por comportamentos comissivos (quando não tiverem função manifestativa direta, mas sinalizarem o assentimento), quanto omissivos, quando a inércia ou o silêncio são suficientes para indicar a expressão volitiva” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 259).

Ademais, é possível que a o acordo seja firmado pela junção de manifestações de vontade sucessivas, ou ocorridas em momentos distintos, de maneira que as declarações não precisam ser efetuadas no mesmo momento.<sup>1032</sup> É o que ocorre, por exemplo, pela propositura de uma ação em foro relativamente incompetente, cuja compreensão é de que se trata de uma proposta, pelo autor, de eleição de foro diverso ao previamente previsto, que, caso não impugnada pelo réu, torna-se tacitamente aceita por ele.<sup>1033</sup>

É certo, ainda, que meras tratativas não se consubstanciam em convenções processuais, de modo a não completarem os elementos do suporte fático da norma convencional, já que não manifestam a vontade para a produção de tais efeitos.<sup>1034</sup> No entanto, diante da própria característica progressiva do ato negocial, é certo que as afirmações prévias à sua celebração, em verdadeira atividade convencional, geram responsabilidade extrapactuais ao contratante.<sup>1035</sup>

Diverso, contudo, é o caso da convenção preliminar processual,<sup>1036</sup> em que as partes, previamente, celebram o conteúdo mínimo do encontro de vontades, para, posteriormente, finalizarem as negociações e complementarem elementos cuja consensualidade não fora possível.<sup>1037</sup> Nesses casos, há uma convenção vazia, que apenas deverá ser complementada

---

<sup>1032</sup> BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936, p. 285; CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Diritto Processuale Civile**. v. II. Padova: CEDAM, 1938, p. 342 e ss. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 262.

<sup>1033</sup> É o que se extrai da própria legislação processual. Nesse sentido, o art. 65 do CPC/15, afirma que “prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação”.

<sup>1034</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes (trad.). Coimbra: Almedina, 1988, p. 105 e ss.

<sup>1035</sup> “No entanto, embora sem consentimento negocial, as tratativas preliminares representam uma atividade convencional, mostrando que os acordos podem-se formar em caráter progressivo. Por isso, atraem certos deveres laterais de boa-fé e cooperação, podendo gerar responsabilidade” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 264). Isso porque “antecedenti alla conclusione del contratto o all’entrata in vigore del precetto contrattuale: ci rimettiamo a quanto si è visto per gli obblighi di buona fede attinenti alla lealtà del trattare. Si tratta talvolta di un effetto prodromico della buona fede contrattuale, di un atteggiamento che è già qualcosa di più che la semplice correttezza, la quale impone soltanto doveri negativi” (BETTI, Emilio. **Teoria Generale delle obbligazioni**. Milano: Giuffrè, 1953, p. 95). Em tradução livre: “antes da conclusão do contrato, ou da entrada em vigor do objeto contratual: referimo-nos a quanto se deve pelas obrigações de boa-fé, atinentes à legalidade do negociar. Isso se trata de um efeito relativo à boa-fé contratual de um ato que é já qualquer coisa mais que a simples correção, a qual se impõe, unicamente, deveres negativos”. Eg., “uma hipótese típica de responsabilidade pré-contratual é a da ruptura das negociações. Porém, aqui, a exigência de tutelar a parte desiludida na sua legítima confiança em torno da conclusão do contrato, deve conciliar-se com o princípio pelo qual o vínculo nasce só quando o contrato se forma, enquanto que antes desse momento as partes são livres de procurar melhores soluções” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes (trad.). Coimbra: Almedina, 1988, p. 107). Ver, ainda, sobre responsabilidade pré-contratual, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 472 e ss.

<sup>1036</sup> Em paralelo ao contrato preliminar do direito substancial, que já fora denominado de “contrato-promessa”, “pré-contrato”, “antecontrato”, “contrato preparatório”, “compromisso” e “promessa de contrato”. A matéria é bastante estudada em direito civil.

<sup>1037</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 265.

posteriormente, o que pode ser feito até, diante da recusa de uma das partes, por decisão judicial,<sup>1038</sup> de maneira que o seu descumprimento será considerado um inadimplemento.<sup>1039</sup>

Dessa forma, é elemento substancial da existência da convenção processual a declaração de vontade, expressa ou tácita, para a celebração do acordo, sendo esta suficiente para denotar existência ao ato.<sup>1040</sup> Assim, diante da normativa processual permissiva aos pactos processuais, basta que o sujeito legitimado manifeste sua vontade para a celebração do ato que, por certo, estar-se diante de ato existente.

## 15.2. PLANO DA VALIDADE – REQUISITOS DE VALIDADE

### 15.2.1. Critérios objetivos

#### 15.2.1.1. *Direitos componíveis - a convencionalidade objetiva*

O enunciado normativo prevê a licitude dos negócios processuais atípicos, ou a convencionalidade atípica, sempre que o objeto do processo a que se refere, ou o direito substancial em litígio, forem “direitos que admitam autocomposição”. Em outras palavras, há um claro delimitador objetivo à convencionalidade processual, extraível das características relativas à relação processual a que se refere, de maneira que as partes só poderão negociar sobre direitos processuais que se refiram a relações jurídicas que admitam, substancialmente, negociação.

---

<sup>1038</sup> Como ocorre no direito substancial. Ver GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, P. 147.

<sup>1039</sup> “O assentimento do inadimplente será substituído por decisão judicial que produzirá efeitos equiparados àqueles que seriam observados no caso de cumprimento espontâneo, salvos os casos em que a natureza da prestação não comportar execução forçada, como ocorre nas obrigações personalíssimas (art. 464, CC). Após a decisão judicial que supre, por ficção, a manifestação da contraparte, entende-se que se deve considerar que o acordo está em vigor desde o momento em que pactuada a promessa” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 267).

<sup>1040</sup> Cabral, contudo, aponta, como elementos de existência do ato, que a vontade precisa ser direcionada a efeitos específicos, séria e consciente, para se considerar o ato válido (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 256 e ss.). Não se concorda. A análise da higidez volitiva é muito mais consentânea com os requisitos de validade, de maneira que os vícios de consentimento representam máculas aos requisitos de validade do ato. Por essa razão, serão estudados no item 15.2.2.4.

Não poderia ser diferente. Isso porque, por um lado, o acordo processual, enquanto norma que deverá se referenciar a uma relação jurídica processual,<sup>1041</sup> precisa preservar a função instrumental do processo,<sup>1042</sup> ou seja, deve dialogar com o direito substancial,<sup>1043</sup> de modo a, apenas com sua otimização, principalmente à luz de uma majoração da eficiência e da adequação das normas processuais ao direito material sob disputa, justificar-se.<sup>1044</sup>

Por outro viés, a alteração das normas convencionais, mesmo quando plenamente válidas e eficazes, tem o enorme potencial de alterar, sensivelmente, o resultado prático do processo, ou seja, e.g., é possível que uma sentença, em função de uma norma convencional que altere, substancialmente, o regramento instrutório, julgue o caso em um sentido completamente diverso daquele oriundo do trâmite processual previsto pelo legislador. E, por certo, se as partes não podem resolver a lide pela transação, tampouco seria concebível que direcionassem o julgamento através de convenções sobre o instrumento.<sup>1045</sup>

A terminologia empregada no subtítulo deste item, convencionalidade objetiva, justifica-se pela equiparação do critério ora estudado à arbitralidade objetiva, ou seja, apropria-se da terminologia notoriamente consolidada na doutrina arbitral, adequando ao gênero “convenções processuais”. No entanto, enquanto na Lei de Arbitragem<sup>1046</sup> houve uma opção legislativa-processual pela limitação objetiva aos “direitos patrimoniais disponíveis”,<sup>1047</sup> no

---

<sup>1041</sup> Ver item 4.3.2.1.

<sup>1042</sup> Ver item 9.2.1.

<sup>1043</sup> Premissa que norteia o presente trabalho (ver item 2.1). Por todos, conferir DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 313 e ss.; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, *passim*.

<sup>1044</sup> Ver item 10.4.1,

<sup>1045</sup> “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 processos cujo objeto não admita autocomposição (DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 117).

<sup>1046</sup> Assim dispõe o art. 1º da Lei 9.307/96, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

<sup>1047</sup> É importante destacar, apenas a título de esclarecimento e sem maiores aprofundamentos, que a interpretação do que seriam direitos patrimoniais disponíveis, ou direitos disponíveis, é tarefa diabólica, posto ser um conceito jurídico aberto, que necessita de construção casuística. Em doutrina, várias foram as tentativas de construção rígida abstrata, sempre passível de muitas críticas e facilmente afastadas. Adota-se critérios diversos para a diferenciação: renunciabilidade (CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitralidade dos litígios. Revisando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano. 7 n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 129-161), interesse público, alienabilidade (MARTINS, Pedro Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3 e ss.; BERALDO, Leonardo Faria. **Curso de Arbitragem nos termos da Lei 9.307/96**. São Paulo: Altas, 2014, p. 12), exclusividade da disposição pelo seu titular (CARMONA, Carlos

âmbito processual optou-se pela negociabilidade sobre “direitos que admitam autocomposição”.<sup>1048</sup>

Acerta, assim, o legislador, por duas razões que justificam a adoção da terminologia empregada. Em primeiro lugar, pela própria essencial da convenção processual arbitral,<sup>1049</sup> que estabelece uma jurisdição privada para a resolução do conflito,<sup>1050</sup> de modo que a indisponibilidade do direito que se litiga macularia, sobremaneira, o afastamento da tutela estatal.<sup>1051</sup> Tratando-se de uma convenção processual direcionada à atividade jurisdicional estatal, contudo, diante do próprio controle exercido pelo ente de jurisdição originária, o acordo, mesmo que firmado em sede de direitos indisponíveis, mas negociáveis,<sup>1052</sup> não significará um

---

Alberto. **Arbitragem e processo**: comentários à lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-39), impossibilidade de limitação ou restrição (GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitralidade no direito brasileiro e internacional. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. ano. 4. n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001, p. 337-356, p. 338), dentre outros. Salles apresenta interessante digressão acerca do conceito, defendendo uma dupla acepção: (a) indisponibilidade material, relacionada ao bem jurídico tutelado; (b) indisponibilidade normativa, em função da aplicação de uma norma cogente (SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 288-292). Já Talamini tenta definir a indisponibilidade como a impossibilidade de autogestão, na medida em que, para a prática desses atos, há a necessidade de intervenção estatal (TALAMINI, Eduardo. Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano. 2. n. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2005, p. 135-157, p. 144-147).

<sup>1048</sup> “Não são conceitos idênticos: os direitos que admitem autocomposição e disponíveis. Direitos que admitem autocomposição perfazem categoria jurídica mais ampla que os direitos disponíveis: dentre os primeiros, com efeito, podem existir direitos disponíveis e, também, indisponíveis, como são os direitos a alimentos” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353).

<sup>1049</sup> Já se apontou que a convenção arbitral deve ser entendida com espécie de convenção processual, principalmente diante do conceito de acordo processual adotado neste trabalho (ver item 4.3.1). Isso porque, ao afastar a jurisdição estatal, resta claro tratar-se de ato que gera efeitos sobre a relação processual. Para além disso, mesmo para os que adotam a necessidade de *referibilidade* a um procedimento, “a convenção também pode produzir efeitos diversos no processo judicial. Tal fenômeno ocorre, por exemplo, na hipótese de instituição compulsória de arbitragem (art. 7º da Lei 9.307/96), de acao de nulidade da sentença arbitral (art. 33), bem como na impugnação à execução da sentença arbitral (art. 475-J e 475-N do CPC/73; art. 523 e 515 do CPC/2015). Ademais, proposta a demanda judicial, pode o réu arguir existência de convenção de arbitragem e, após, apresentar renúncia – tanto do meio de defesa, quanto da própria via alternativa (MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 521-539, p. 532-533).

<sup>1050</sup> Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, ver nota 144.

<sup>1051</sup> Concorde-se, assim, com Cabral, para quem “nos acordos processuais, ao contrário da arbitragem, a autonomia das partes não é tão ampla, mas encontra limites na estabilidade do processo, no caráter público da relação processual. Essa limitação já permite um controle da convencionalidade por parte do juiz sem que seja necessário excluir do âmbito das convenções processuais os litígios sobre direitos indisponíveis” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 298).

<sup>1052</sup> “Todas as referências do direito penal e processual penal, administrativo e do trabalho revelam uma clara tendência de reforçar as estruturas consensuais mesmo nas relações publicistas, e demonstram que as soluções cooperativas podem conviver com ambientes de grande inserção de interesses públicos e sociais, como é, decerto,

excesso de legitimidade daquele que o titulariza na seara processual,<sup>1053</sup> de modo a cumprir o requisito da convencionalidade objetiva.<sup>1054</sup>

Ademais, supera-se, ao menos na seara das convenções processuais em geral,<sup>1055</sup> a difícil conceituação do que seriam direitos patrimoniais disponíveis, tão largamente abordada pela doutrina arbitral.<sup>1056</sup> Dessa forma, a análise do cumprimento, pelas convenções processuais, do critério objetivo de sua convencionalidade torna-se bem mais simples, haja vista apenas necessitar da identificação de possibilidade das partes solucionarem a lide consensualmente, de maneira a ser irrelevante, aprioristicamente, tratar de direito disponível ou não.<sup>1057</sup>

#### 15.2.1.2. *Licitude do objeto dos acordos processuais*

A cláusula geral de negociação processual prevê duas hipóteses de objeto das convenções processuais: (a) alteração do procedimento; (b) disposição sobre situações jurídicas processuais. Dessa forma, a convenção será processual sempre que, com *referibilidade* a uma relação processual, versar sobre regras do procedimento, quando será um acordo dispositivo, ou sobre direitos, ônus, deveres e faculdades das partes, quando será um acordo obrigacional.<sup>1058</sup>

---

o direito processual” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 161). Para uma visão mais aprofundada da convencionalidade com o poder público, ver BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 301 e ss.). Ver, também, CIANCI, Mirna. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: ponto de partida para o estudo. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 481-506, p. 490 e ss.; SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 507-519.

<sup>1053</sup> É o caso, por exemplo, da negociabilidade dos direitos coletivos, pelo legitimado, que, mesmo indisponíveis, podem ser transacionados. Assim restou pacificado no Enunciado 255 do FPPC, “é admissível a celebração de convenção processual coletiva”.

<sup>1054</sup> A tese restou pacificada no Enunciado 135 do FPPC, “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 300.

<sup>1055</sup> É que, por evidência, a matéria continua pertinente no âmbito arbitral.

<sup>1056</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 295-297.

<sup>1057</sup> Concorde-se com Cabral: “a indisponibilidade sobre o direito material por vezes pode, somada a outras circunstâncias, levar à inadmissibilidade da convenção processual. Isso se dará porque, dependendo da seara do direito processual em que incide, a convenção processual poderá, indireta ou reflexamente, afetar a resolução de questões referentes aos interesses materiais. Atos de disposição processual não podem atingir efeitos proibidos no direito material” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 299). Entretanto, essa correlação necessária entre a convenção processual e a inviabilização de resolução do direito materiais objeto da relação jurídica processual independe da disponibilidade, ou não, do direito posto em juízo.

<sup>1058</sup> A matéria foi profundamente apresentada no item 4.4.1.



No entanto, para ser aplicável, o acordo processual deve ser válido, como bem prevê o parágrafo único da normativa, sendo que, dentre os requisitos de validade, está o objeto lícito do pactuado. Fundamental, pois, a compreensão do que configura um objeto licitamente convencionado, como primeiro requisito de validade dos acordos processuais

#### 15.2.1.2.1. *Calculabilidade – precisão e determinação*

Como premissa à análise da admissibilidade da convenção processual no sistema jurídico processual, é fundamental que o objeto do acordo esteja precisamente definido. É dizer que, apenas com a possibilidade concreta de delimitação do objeto do acordo processual, é possível se afirmar que as partes dispuseram conscientemente sobre as normas processuais, de modo a manter a calculabilidade do sistema processual<sup>1059</sup> e, ainda, dispor com consciência sobre o procedimento e suas situações processuais.<sup>1060</sup> Caso contrário, o requisito da previsibilidade sistêmica restará maculado.<sup>1061</sup>

Quanto ao requisito da precisão, a convenção processual deve ser precisa e clara<sup>1062</sup> sobre a situação jurídica que dispõe, ou seja, esta deve ser devidamente individualizada e concreta.<sup>1063</sup> Por outro lado, deve o objeto ser determinado, de forma a ser possível compreender todas as suas características desde o pactuado, ou, ao menos, determinável, i.e., que, no momento da efetivação dos termos da convenção, suas vaguezas quantitativas ou qualitativas possam ser supridas.

---

<sup>1059</sup> Vale lembrar que, para não violar o devido processo legal, é imprescindível que a convenção processual mantenha a previsibilidade do sistema processual, ou seja, que as normas convencionadas se coadunem com a segurança jurídica necessária para o trâmite processual. Ver item 10.4.1.

<sup>1060</sup> Caso contrário, haverá vício de vontade, eivante da convenção firmada. Ver item 15.2.2.4.

<sup>1061</sup> Nesse sentido, BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 266-267; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 294, THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 57. ed. v. 1. Rio de Janeiro: forense, 2016, p. 484.

<sup>1062</sup> O STF, em julgamento de homologação de sentença estrangeira arbitral, indeferiu o pedido em função da imprecisão de seu conteúdo STF – SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N. 6.753-7, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 13.06.2002

<sup>1063</sup> “As condutas a que as partes se comprometem ou as regras estipuladas devem ser especificadas em gênero, espécie, quantidade e, se for o caso, caracteres individuais das prestações de parte a parte” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 79).

Um exemplo pode ser esclarecedor. É possível que os cônjuges, ou companheiros, estabeleçam, em pacto antenupcial ou no contrato de convivência, convenções processuais.<sup>1064</sup> No entanto, caso o enunciado normativo convencional preveja a legitimidade extraordinária negociada<sup>1065</sup> de um dos celebrantes para atuar, em toda e qualquer ação judicial futura, em nome do outro, haverá a formação de um pacto processual inválido, já que, por certo, contém uma insuperável imprecisão.<sup>1066</sup>

É certo, assim, que a convenção que conter termos genéricos, conceitos jurídicos indeterminados e texto cuja abstração eiva a previsibilidade, inclusive quanto ao alcance objetivo e subjetivo, serão considerados nulos. Claro que, diante do regime jurídico processual, é preciso, para que a nulidade gere o efeito da inadmissibilidade do pacto, que reste evidenciado o prejuízo, ou seja, que a aplicação do ato negocial gere prejuízo às partes,<sup>1067</sup> ou, ainda, é possível que a imprecisão gere, apenas, uma limitação eficaz do ato.<sup>1068</sup>

#### 15.2.1.2.2. *As normas fundamentais do processo*

A convenção processual deve respeitar as garantias fundamentais do processo, de modo que o conteúdo mínimo da norma convencional deve restar preservado.<sup>1069</sup> Dessa forma, caso haja violação do núcleo de uma norma fundamental do processo, com a exclusão de sua aplicabilidade, ou, ainda, modificação tamanha que esgote seu sentido, a norma será inválida e, caso demonstre-se o efetivo prejuízo, deverá ser afastada.

---

<sup>1064</sup> Assim restou pacificado no Enunciado 492 do FPPC, “o pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter negócios processuais”.

<sup>1065</sup> Sobre a legitimidade extraordinária negociada, ver DIDIER JR., Fredie. **Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil:** a legitimação extraordinária de origem negocial. Revista de Processo. ano. 39. n. 232. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2014, p. 69-76.

<sup>1066</sup> Barreiros, para além da hipótese já apresentada, ainda exemplifica com uma convenção processual sobre prazos processuais que possui termos genéricos em seu enunciado normativo, ou seja, pauta-se em conceitos jurídicos indeterminados, como insuficiência dos legalmente estabelecidos (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público.** Salvador: Juspodivm, 2017, p. 266).

<sup>1067</sup> Ver item 13.4.

<sup>1068</sup> Concorde-se, assim, com CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016, p. 294.

<sup>1069</sup> Como já profundamente exposto no item 10.3.2.2.

O tema, pela importância, já foi exaustivamente trabalhado no capítulo anterior.<sup>1070</sup> Nesta sede, pois, basta a explanação referenciada, apenas para fins sistemático-metodológicos, de sorte a concretizar as construções aduzidas em sede própria.

#### 15.2.1.2.3. *Reserva legal*

Diante da necessária superação da visão publicista de processo, não mais se sustenta o argumento de que as normas processuais são cogentes e, por isso, indisponíveis.<sup>1071</sup> Há casos, contudo, em que a legislação processual prevê exclusividade da fonte normativa Lei, como única a regular a matéria.

Nesses casos, eventual norma convencional não será válida, sendo que inexistente autorização às partes para negociar sobre aquela determinada situação jurídica.<sup>1072</sup> É o caso, por exemplo, da regra da taxatividade dos recursos, que impede que as partes, por meio de negócios processuais, criem novos recursos, ampliando o exaustivo rol do art. 994 do CPC,<sup>1073</sup> ou, ainda, modifiquem as suas regras de cabimento.<sup>1074</sup>

### 15.2.2. Critérios subjetivos – a convencionalidade subjetiva

#### 15.2.2.1. *Legitimidade “ad actum” e a esfera jurídica de terceiros*

<sup>1070</sup> Ver Capítulo III.

<sup>1071</sup> Tema já aprofundado em sede própria (item 6.2). Ver, ainda, CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 303-304.

<sup>1072</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 316-317; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 190. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 316-325, p. 328; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 118.

<sup>1073</sup> E.g., não poderiam ampliar o rol do art. 1015 do CPC: “art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei”.

<sup>1074</sup> “Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência”.

Dentre os primeiros critérios subjetivos à validade da convenção processual, está a legitimidade para produção do ato, ou seja, às partes negociais só é permitido negociar sobre situações jurídicas que titularizam.<sup>1075</sup> Em outras palavras, a autonomia privada limita-se à esfera jurídica do sujeito, sendo que a ninguém é possibilitado negociar sobre situações jurídicas que não dispõe.<sup>1076</sup>

Por isso, não é admissível convenção processual que afaste o núcleo de uma garantia processual, já que, a despeito de ser destinada ao indivíduo, a sua essência é proteção titularizada por toda a coletividade.<sup>1077</sup> Também não poderão as partes, através de uma convenção processual, afastar a intervenção do Ministério Público,<sup>1078</sup> como fiscal da ordem jurídica, já que, sobre a atuação do *Parquet*, inexistente qualquer ingerência volitiva das partes e, ainda, a intervenção se justifica em um interesse público, que foge à esfera jurídica dos particulares da casuística. Em sentido similar, não poderão afastar a intervenção de um *Amicus Curiae*,<sup>1079</sup> já que o interesse institucional que justifica sua intervenção<sup>1080</sup> não é titularizado pelas partes envolvidas no conflito.

Da mesma forma, como já abordado,<sup>1081</sup> quando a matéria envolver situações jurídicas titularizadas pelo Estado-juiz, não poderão as partes, sem a participação do juiz e nas hipóteses

---

<sup>1075</sup> BETTI, Emilio. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1947, p. 269; CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e *zonas de interesse*: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**. ano. 105. v. 404. Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago. 2009, p. 3-42, p. 6 e ss.

<sup>1076</sup> Exemplo citado em doutrina é a capacidade postulatória. Não poderiam as partes, já que não detém tal capacidade, estipular um processo sem a participação de advogado (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 271-272; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 117).

<sup>1077</sup> O tema foi exaustivamente trabalhado no item 10.3.2.1. E.g., “a publicidade é estabelecida em favor de toda a comunidade, e, portanto, fora do espaço de disposição permitido às partes” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 270).

<sup>1078</sup> A matéria restou pacificada no Enunciado n. 254 do FPPC, “é inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica”.

<sup>1079</sup> Entendimento pacificado no Enunciado n. 329 do FPPC, “as partes não podem estabelecer, em convenção processual, a vedação da participação do *amicus curiae*”.

<sup>1080</sup> “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”.

<sup>1081</sup> Ver item 13.3.1 e 15.2.2.1.

cabíveis, sobre ela convencionar. É o caso, por exemplo extremo, de uma convenção que estabeleça um procedimento totalmente oral, sendo que todas as petições devem ser produzidas em juízo, o que significaria uma disposição sobre a agenda do juiz, ou seja, sobre o funcionamento do aparato judicial, que, sem a participação do magistrado, representaria uma ingerência ilegítima na organização judicial.<sup>1082</sup>

#### 15.2.2.2. *Capacidade plena das partes e desnecessidade de advogado*

Ainda no campo dos filtros subjetivos, é preciso se analisar a qualidade subjetiva dos sujeitos para celebração das convenções processuais, ou seja, sua capacidade para firmar o acordo. Dentre tais requisitos, o enunciado normativo do art. 190 prevê a plena capacidade das partes contratantes para celebrar o acordo. A doutrina, contudo, não é unânime acerca do significado da disposição legal

Isso porque, por certo, a compreensão da capacidade negocial, em sede de convenções processuais, variará conforme o entendimento acerca do regime jurídico adotado.<sup>1083</sup> A matéria se torna ainda mais problemática quando se admite a possibilidade de convenções processuais prévias ao processo, como adotada nesta sede.<sup>1084</sup>

Há, assim, quem restrinja a análise da plena capacidade das partes negociais às regras processuais.<sup>1085</sup> Verifica-se, ainda, parcela relevante da doutrina que diferencia a investigação

<sup>1082</sup> “Outra vertente em que se verifica um limite à atividade convencional das partes diz respeito aos obstáculos que a convenção possa encontrar na necessidade de manutenção do funcionamento do aparato judiciário” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 271).

<sup>1083</sup> Sobre regime jurídico, ver item 13.4.

<sup>1084</sup> A matéria foi abordada no item 4.4.3.

<sup>1085</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 411; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 190. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 316-325, p. 320-321; GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 255; GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *IN* MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 290-304, p. 295; MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção das partes. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2015, p. 399-423, p. 408; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual – 3ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 94; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 283.

conforme a sede, ou o tempo, do ato praticado.<sup>1086</sup> Para tais autores, haveria diferenças entre as convenções produzidas em sede processual e as produzidas fora do processo,<sup>1087</sup> aplicando-se regimes distintos conforme a produção em sede ou extraprocessual.<sup>1088</sup>

Parece mais adequado, contudo, por todas as premissas conceituais das convenções processuais adotadas ao longo do trabalho,<sup>1089</sup> que sejam aplicadas à análise da capacidade negocial à convencionalidade processual uma junção dos elementos processuais e civilistas para o estudo. Assim, é preciso se denotar um significado específico à capacidade processual negocial, independentemente da sede, verificável a partir de critérios extraídos das regras materiais e processuais, para, assim, verificar-se a presença do requisito.<sup>1090</sup>

Dessa forma, é preciso, para precisão da capacidade processual negocial, conjugar as regras de capacidade jurídica, previstas nos arts. 1º ao 4º do CC/02, com as regras de capacidade processual, previstas nos arts. 70 a 75 do CPC/15, de maneira a se estabelecer um regime híbrido. Dessa feita, poderão ser parte do ato negocial processual as pessoas, naturais e jurídicas,

---

<sup>1086</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 130; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2015, p. 489-517, p. 505-506; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 234-235.

<sup>1087</sup> Entendimento com o qual não se concorda. Ver item 4.4.3.

<sup>1088</sup> Cabral, apesar de concluir pela excepcionalidade da capacidade processual negocial, com a aplicação simultânea de requisitos da teoria geral e do processo, apresenta critérios distintos para a convenção prévia e incidental. Para o Professor, essa exigiria capacidade postulatória, enquanto que aquela não (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 279). Não se concorda.

<sup>1089</sup> Em especial, no item 4.

<sup>1090</sup> Concorde-se, assim, com BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 228; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 272-274; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 114-116; MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 339-361, p. 346; YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 73-75.

<sup>1091</sup> estas devidamente representadas, <sup>1092</sup> bem como os entes despersonalizados admitidos pela lei processual. <sup>1093</sup>

Também é aplicável à capacidade processual negocial o regime das incapacidades previsto no Código Civil, de maneira que o absolutamente, <sup>1094</sup> ou o relativamente, <sup>1095</sup> incapaz precisará, para celebrar convenções processuais, suprir a sua incapacidade. <sup>1096</sup> Dessa forma,

---

<sup>1091</sup> CC/02 – “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

<sup>1092</sup> CPC/15 – “Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado; II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores; III - o Município, por seu prefeito ou procurador; IV - a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar; V - a massa falida, pelo administrador judicial; VI - a herança jacente ou vacante, por seu curador; VII - o espólio, pelo inventariante; VIII - a pessoa jurídica, por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores; IX - a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens; X - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil; XI - o condomínio, pelo administrador ou síndico. § 1º Quando o inventariante for dativo, os sucessores do falecido serão intimados no processo no qual o espólio seja parte. § 2º A sociedade ou associação sem personalidade jurídica não poderá opor a irregularidade de sua constituição quando demandada. § 3º O gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo. § 4º Os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias”.

<sup>1093</sup> CPC/15 – “Art. 75. (...); V - a massa falida, pelo administrador judicial; VI - a herança jacente ou vacante, por seu curador; VII - o espólio, pelo inventariante; (...) XI - o condomínio, pelo administrador ou síndico”.

<sup>1094</sup> CPC/15 – “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. É de se destacar que a Lei 13.146/2015, alcunhado de Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterou o regramento das incapacidades, de modo que a pessoa com deficiência possui, em regra, capacidade plena. Nesse sentido, “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” e “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. É dizer, que “a pessoa portadora de deficiência poderá celebrar convenções processuais prévias ou incidentais, desde que seja capaz de exprimir a sua vontade negocial (ou seja, que possua capacidade negocial). Eventual limitação ou incapacidade de expressão dessa vontade será superada pelo uso do processo de tomada de decisão apoiada (resguardando-se a capacidade do apoiado) ou pela curatela (hipótese em que o curatelado é considerado como relativamente incapaz). § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 231).

<sup>1095</sup> CPC/15 – “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ebrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos”.

<sup>1096</sup> Nesse sentido, ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 129; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 229-232; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 277; DIDIER JR., Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no**

para que possa ser parte dos negócios processuais, o incapaz precisará estar devidamente representado, ou assistido, respectivamente,<sup>1097</sup> sendo que a sua vulnerabilidade é presumida.<sup>1098</sup>

Quanto à capacidade postulatória, ou a habilitação legal para direcionar requerimentos ao juiz,<sup>1099</sup> exigida apenas para a prática dos atos postulatorios,<sup>1100</sup> não se exige, ao acordo processual, a presença de advogado.<sup>1101</sup> No entanto, apesar de não ser exigível, a presença de advogado, diante da complexidade do objeto convencional processual e necessidade de

---

CPC-2015. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 114-115; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 234; TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Disponível em [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos). Acesso em 11 de janeiro de 2016, p. 4; TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**. ano. 41. n. 256. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2016, p. 91-109, p. 103.

<sup>1097</sup> Em sentido contrário, negando a possibilidade de o incapaz, mesmo suprida a sua incapacidade civil, negociar sobre matéria processual, ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 357. AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 246. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2015, p. 219-238, p. 231; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 124; CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira? **Revista do Advogado**. ano. XXXV. n. 126. São Paulo: AASP, maio 2015, p. 76-82, p. 81; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 190. *IN* \_\_\_\_\_; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral**. São Paulo: Forense, 2015, p. 613-632, p. 619; YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 73. No mesmo sentido, a magistratura posicionou-se, através do Enunciado n. 38 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), “somente partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atípica”.

<sup>1098</sup> Não por acaso se exige a intervenção do *Parquet* nos processos em que há partes incapazes (art. 178, II, CPC/15), que poderá, inclusive, insurgir-se contra uma convenção processual celebrada (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 232). Sobre os efeitos da vulnerabilidade presumida nas convenções processuais, ver item 15.2.2.3.

<sup>1099</sup> CPC/15 – “Art. 103. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Parágrafo único. É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal”.

<sup>1100</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 335; GODINHO, Robson Renault. Comentário ao art. 70. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 119-122, p. 122.

<sup>1101</sup> Concorda-se com BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 227; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual – 3ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 94; YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 76. Cabral, apesar de defender tal posicionamento (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 278), aponta a exigência dos acordos processuais para os acordos ínsitos em instrumentos para os quais se exigem advogado e, ainda, incidentais (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 279). É entendimento que confunde o fenômeno negocial com a cártula em que se insere, na medida que infirma a invalidade do pacto processual em virtude de um vício de forma do ato do processo em que se insere (uma petição, por exemplo). A crítica já foi abordada no item 13.2. Não parece ser caso de invalidade, mas, sim, de ineficácia (ver item 15.3.1).



conhecimento técnico-jurídico para a compreensão, deve ser incentivada,<sup>1102</sup> de maneira que a parte que negociar sem o auxílio de advogado tem sua vulnerabilidade presumida.<sup>1103</sup>

É possível, ainda, que o acordo processual seja celebrado apenas pelo seu advogado, sem a participação da parte, desde que, nos termos do art. 105 do CPC/15,<sup>1104</sup> possua poderes especiais para isso.<sup>1105</sup> Por fim, não podem as partes dispor de direitos titularizados pelo advogado, como, por exemplo, valor e destinação dos honorários advocatícios,<sup>1106</sup> de maneira que tal convenção será nula por dispor de matéria que extrapola a esfera de autonomia das partes.<sup>1107</sup>

É de se destacar, por fim, que quando a parte negocial for o Estado-juiz e/ou o Ministério Público, o requisito capacidade estará vinculado ao poder-dever discricionariedade, pela sua competência funcional e sua imparcialidade.<sup>1108</sup> A matéria já foi aprofundada em itens específicos.<sup>1109</sup>

---

<sup>1102</sup> “A validade do negócio processual não está condicionada à presença de advogado – embora evidentemente ela seja desejável por se tratar de matéria técnica, que presumivelmente escapa ao conhecimento do leigo” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 76). Dessa forma, “o patrocínio do advogado é recomendável, até para que assegure que o consentimento seja livre e esclarecido, para que exista previsibilidade sobre o vínculo assumido e para neutralizar as desigualdades que se possam verificar quando da formação da avença” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 280).

<sup>1103</sup> Entendimento que restou pacificado no Enunciado n. 18 do FPPC, “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. Sobre as consequências da presunção de vulnerabilidade, conferir o item 15.2.2.3.

<sup>1104</sup> “Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica”.

<sup>1105</sup> Concorde-se com CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 275; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 190. IN CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 316-325, p. 319-320, p. 322.

<sup>1106</sup> CPC/15 – “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...); § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

<sup>1107</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 76. Sobre a legitimidade *ad actum* e a vedação à disposição sobre situação jurídica de terceiro, ver item 15.2.2.1.

<sup>1108</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 228; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 283-284.

<sup>1109</sup> Remete-se o leitor ao item 13.3.1.

### 15.2.2.3. *A vulnerabilidade*

A cláusula geral de negociação processual prevê, de forma específica, a invalidade da convenção processual firmada por parte vulnerável,<sup>1110</sup> quando a parte contrária se valer da situação de vulnerabilidade da parte contrária. É, em verdade, uma forma de a normativa assegurar a igualdade entre as partes celebrantes do contrato,<sup>1111</sup> de maneira a afastar a cláusula que viole o conteúdo mínimo da garantia processual à paridade de armas.<sup>1112</sup>

Nesse sentido, assim como nos negócios jurídicos materiais,<sup>1113</sup> a convenção processual não pode se fundar em disparidade das partes, ou seja, em uma declaração de vontade exaurida com base em uma hipossuficiência técnica, econômica e/ou jurídica do sujeito negocial. É caso, como exemplificado na normativa processual, usualmente identificado nos contratos de adesão.

É importante destacar, contudo, que o fato de o contrato ser de adesão gera uma presunção de vulnerabilidade, mas, por certo, para que haja efetiva nulidade da convenção processual nele firmado, deverá se verificar a situação de desigualdade e, ainda, o efetivo prejuízo à parte lesada. Inexiste, em outras palavras, uma incapacidade negocial apriorística por parte do consumidor,<sup>1114</sup> mas uma vulnerabilidade presumida, ou seja, é possível que um

---

<sup>1110</sup> Didier Jr. aponta a vulnerabilidade como uma forma de incapacidade processual negocial, na medida em que impede que o vulnerável, a despeito de sua capacidade jurídica e material, celebre convenções processuais (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 389). No mesmo sentido, BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 228, p. 233-240. Não parece ser o melhor entendimento. A vulnerabilidade não se correlaciona com a capacidade do agente, mas sim com o consentimento, ou seja, o sujeito vulnerável continua capaz, mas sua vontade é viciada (TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**. ano. 41. n. 256. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2016, p. 91-109, p. 103). Dessa forma, apesar da presunção de invalidade, a vulnerabilidade exige que a disparidade tenha sido requisito, em prejuízo ao vulnerável, para a celebração do ato, ou seja, tenha maculado sua vontade. Assim reconhece, posteriormente, a própria Lorena Barreiros (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 238).

<sup>1111</sup> Comporta, assim, um dos argumentos para a superação das críticas de Owen Fiss aos acordos sobre o litígio (FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**. v. 93. n. 6. Connecticut: Yale University, maio 1984, p.1073-1090, p. 1076). Ver item 14.1.4.

<sup>1112</sup> A matéria foi estudada, com digressão, no item 10.4.10.

<sup>1113</sup> LORENZETTI, Ricardo Luís. Esquema de uma teoria sistêmica del contrato. *IN* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 475-507, p. 494 e ss.; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70 e ss.

<sup>1114</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 52-53.

contrato de adesão, mesmo que firmado por consumidor, possua convenção processual válida e eficaz.<sup>1115</sup>

Há, portanto, que se interpretar a normativa contida no parágrafo único do art. 190, não como uma exclusão total da convencionalidade processual em sede de contratos de massa, mas, sim, como uma norma que visa proteger o vulnerável de um acordo processual abusivo.<sup>1116</sup> Assim, a invalidade precisa ser aferida caso a caso, mediante a análise subjetiva da relação negocial processual.

#### 15.2.2.4. *Vícios de vontade e sociais*

Um quarto e último elemento dos requisitos de validade subjetivos às convenções processuais é a higidez volitiva.<sup>1117</sup> Em outras palavras, para além da manifestação de vontade, esta deve ser consciente, direcionada aos efeitos processuais<sup>1118</sup> e séria.<sup>1119</sup>

---

<sup>1115</sup> “Não havendo desigualdade *em concreto*, e se o consumidor pôde influenciar a formação do conteúdo do contrato, a convenção é válida. Outra situação a ser perquirida casuisticamente é a situação pessoal de cada consumidor. Um renomado jurista, quiçá processualista, que tem total ciência do conteúdo das convenções firmadas, não pode ser tido como um vulnerável. No tráfego negocial entre grandes empresas, normalmente muito bem assessoradas juridicamente, contratos de adesão também são firmados, e não seria de considerar as convenções processuais ali encartadas inválidas por hipossuficiência. O mesmo se pode dizer da posição do trabalhador” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 324).

<sup>1116</sup> Tal entendimento, pela admissibilidade das convenções processuais em contratos de adesão e proteção da parte vulnerável, restou consolidado no Enunciado n. 408 do FPPC, “quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

<sup>1117</sup> É importante o destaque, mais uma vez, que Cabral coloca tais elementos como da própria existência do ato negocial. Em suas palavras, “a vontade das partes externada nas convenções processuais é que gera, diretamente e por autovinculação, a conformação negocial do procedimento. Portanto, pressuposto de existência das convenções processuais é o consentimento. Os acordos processuais são fruto de manifestação convergente e concertada” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 256). Concorda-se que se tratam de requisitos do ato negocial, mas não de sua existência. Para que seja existente, ao menos no elemento volitivo do suporte fático do acordo, basta a existência de uma vontade declarada. Os elementos elencados pelo Professor, de certo, ao confrontados com a Teoria dos Planos jurídicos (ver item 3.3), podem eivar o elemento volitivo e, assim, denotar invalidade ao ato, mas jamais se traduz em sua não existência.

<sup>1118</sup> BETTI, Emilio. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1947, p. 99; ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes (trad.). Coimbra: Almedina, 1988, p. 195.

<sup>1119</sup> Concorda-se com Cabral, com a ressalva apenas de que se trata de caso de invalidade: “na falta de declaração séria, há ausência de voluntariedade negocial: as partes não pretendem realmente o que foi declarado. E, não havendo seriedade na conduta dos convenientes, não há como entender haver consentimento. Por este motivo, em nosso sentir, a falta de seriedade na manifestação de vontade torna o acordo processual inexistente” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 263). No mesmo sentido, SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 513-515.

Admitida a autonomia da vontade em sede processual,<sup>1120</sup> aplica-se à análise do consentimento das convenções processuais, ou seja, da higidez de seu elemento volitivo, as construções de teoria geral.<sup>1121</sup> Para além disso, pela própria sistemática normativa do diploma processual brasileiro, que prevê, expressamente, a aplicação do regramento civilista aos atos processuais,<sup>1122</sup> não resta maiores dificuldades na aplicação dos institutos.<sup>1123</sup>

Nesse contexto, as figuras do erro, dolo e coação, enquanto maculadoras da vontade psíquica dos celebrantes, e a simulação, vício social do ato pela aparência de vontade,<sup>1124</sup> como elementos desviantes da vontade livre, consciente e efetiva para a produção daquele ato, ganham importância para o presente estudo, já que eivam o ato e, assim, constituem limites relevantes às convenções processuais.<sup>1125</sup> Importa tecer breves considerações.

<sup>1120</sup> A aplicação das construções da doutrina substancial ao direito processual, principalmente pelo dogma da irrelevância da vontade em tal sede, gerava grande debate na doutrina tradicional (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 71-72; 474-476). A matéria já foi explorada no item 10.2.2.

<sup>1121</sup> Pela própria natureza jurídica do ato negocial processual, a ensejar a aplicação da teoria geral do direito na sua interpretação. Ver item 2.1.

<sup>1122</sup> “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando. (...) III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; (...) § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”. Para uma visão mais aprofundada da hipótese de rescisória, vinculada aos vícios de consentimento, erro, dolo e coação, ver YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 334-335. Sobre a cláusula geral prevista no §4º, com uma visão crítica acerca do enunciado normativo, conferir DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Ação rescisória e a ação de invalidação de atos processuais prevista no art. 966, §4º, do CPC/2015**. **Revista de Processo**. ano. 41. n. 252. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2016, p. 231-241.

<sup>1123</sup> Há muito a doutrina pátria assim se posiciona: CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19; 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. 183-201, p. 185; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 105 e ss.

<sup>1124</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes (trad.). Coimbra: Almedina, 1988, p. 161-166.

<sup>1125</sup> Nesse sentido, BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 241-245; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 284-286; DIDIER JR., Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015**. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 120; YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?** IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 76-77. Assim restou, ainda, pacificado no Enunciado n. 132 do FPPC, “além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”.

O erro<sup>1126</sup> se caracteriza quando as partes, desconexas da realidade, possuem uma falsa percepção das características do pactuado e, por não compreenderem os verdadeiros efeitos do ato negocial, denotam significado diverso do que efetivamente possui.<sup>1127</sup> Deve ser um erro escusável, ou seja, fruto de interpretação compreensível e justificada, bem como com caráter substancial, de maneira a eivar a essência do pacto celebrado.<sup>1128</sup>

Já o dolo macula à vontade, também por um equívoco de compreensão da realidade contratual, mas, ao contrário do erro, a falsa percepção dos efeitos do acordo surgem por ardil ou malícia da parte contrária. Dessa forma, há uma manifestação volitiva com vícios de vontade, a ensejar a invalidade do ato.<sup>1129</sup>

Por coação deve ser entendida a ameaça, física ou moral, capaz de pressionar a manifestação de vontade da parte, que, diferentemente da liberdade e autonomia exigida para justificar o ato, funda-se no temor de ilícitas consequências.<sup>1130</sup> A utilização de mecanismos lícitos de negociação, como, e.g., a afirmação de que tomará as medidas judiciais cabíveis, não se insere na hipótese, já que, para tal, há a necessidade de ilicitude das ameaças.<sup>1131</sup>

Por fim, para além dos vícios volitivos, é importante destacar que o ato negocial simulado, enquadrado no conceito de vício social,<sup>1132</sup> no qual as partes celebram um acordo expressando vontade diversa da real intenção do ato. Dessa forma, o acordo processual simulado

---

<sup>1126</sup> Aplica-se, para sua compreensão, o regramento civil, como restou pacificado no Enunciado n. 410 do FPPC, “aplica-se o Art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais”.

<sup>1127</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 285.

<sup>1128</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 242.

<sup>1129</sup> Ressalte-se o posicionamento de Paula Costa e Silva, que defende, com relação aos atos postulatórios, a ausência de eficácia nulificante aos vícios erro e dolo, que admitem, contudo, correção por provocação das partes ou iniciativa do juiz. Isso porque o embasamento equivocado possui consequências específicas do ordenamento processual, de maneira que a invalidade, como efeito extremo dos vícios, não seria aplicada (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 562).

<sup>1130</sup> Paula Costa e Silva ainda acrescenta o exercício abusivo de situações jurídicas lícitas (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 544). Nesse ponto, por considerar vício mais grave do que os demais, a professora defende a aplicação da invalidação nos moldes da normativa substancial (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 552-554).

<sup>1131</sup> “A jurisprudência brasileira, apreciando os parcelamentos tributários e as renúncias que acarretam, inclusive em termos processuais, já pacificou entendimento de que a simples possibilidade de ajuizamento de execução fiscal, quando inserida em convenções firmadas pelo contribuinte, não é considerada coação para os fins de invalidar atos negociais contidos no parcelamento” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 285).

<sup>1132</sup> BETTI, Emilio. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1947, p. 131 e ss.

é inválido, notadamente com o objetivo de proteção dos terceiros,<sup>1133</sup> de maneira a não poder ser aplicado.

Dessa forma, os vícios de consentimento e o vício social dos atos negociais substanciais, previstos na legislação civil,<sup>1134</sup> aplicam-se ao regramento das convenções processuais, de maneira que, pactuado com erro, dolo ou coação, ou, ainda, de maneira simulada, a avença restará eivada. Nesses termos, diante do art. 190, parágrafo único, do CPC/15, poderá o juiz, diante da nulidade, afastar-lhe aplicação.<sup>1135</sup>

### 15.2.3. Critério formais

#### 15.2.3.1. *Tempo e lugar dos pactos processuais*

A cláusula geral de negociação processual prevê, literalmente, que os acordos podem ser celebrados antes ou depois da instauração do processo. É consolidação do entendimento de que as convenções processuais podem ser celebradas previamente,<sup>1136</sup> bem como de maneira extrajudicial ou judicial, independentemente de haver, ou não, processo em trâmite.<sup>1137</sup>

Dessa forma, o local não celebração não é um requisito para o ato negocial processual, de maneira que pode ser celebrada endo ou extraprocessualmente, independentemente de haver, ou não, processo judicial concreto. Ademais, o ato pode ser celebrado antes ou durante o litígio, sem prejuízo da viabilidade de negócios processuais celebrados em outra sede que não no judiciário.

#### 15.2.3.2. *Forma prescrita ou não defesa em lei*

Vigora, no sistema brasileiro, o princípio da liberdade das formas, i.e., inexistente, em regra, requisitos formais para um acordo, sendo que, apenas com previsões expressas de forma

---

<sup>1133</sup> SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 527 e ss.

<sup>1134</sup> Refere-se, aqui, aos arts. 138 a 155 do CC/02.

<sup>1135</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 286

<sup>1136</sup> Ver item 4.4.3.

<sup>1137</sup> A matéria já foi abordada quando do conceito das convenções processuais. O CPC/15 apenas consolidou o entendimento doutrinário com o qual aqui se concorda, de maneira a, acertadamente, superar a polêmica. Remete-se o leitor ao item 4, com maiores digressões acerca dos debates doutrinários.

dos atos, é possível se falar em requisitos. Trata-se de norma extraível do próprio sistema normativo, de maneira que a forma de um ato, em regra, é livre.<sup>1138</sup>

Às convenções processuais é aplicável a liberdade das formas.<sup>1139</sup> E mais, tratando-se o fenômeno convencional de ato autônomo à cártula que se insere,<sup>1140</sup> mesmo que a lei substancial preveja requisitos próprios para o negócio material,<sup>1141</sup> eventual descumprimento formal, que eivará o conteúdo substancial daquele instrumento, não maculará o acordo processual.<sup>1142</sup>

---

<sup>1138</sup> Assim, conforme previsto no CPC/15, “art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”. Da mesma forma, na lei civil – CC/02, “art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

<sup>1139</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 131-135; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 267-269; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 286-287; DIDIER JR., Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015**. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 120; GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 242-247.

<sup>1140</sup> Ver item 13.2.

<sup>1141</sup> É o caso, por exemplo, do acordo ínsito em um contrato de compra e venda de imóvel, para o qual a legislação prevê a obrigatoriedade da forma escrita em documento público, ou particular de natureza pública (Lei 9.514/97 – “art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública”).

<sup>1142</sup> Concorde-se com Lorena Barreiros, com a mera ressalva de se tratar de caso de invalidade e não de inexistência, quando afirma que, “sendo determinada forma prevista pela legislação material como integrante da essência do ato (forma *ad solemnitatem*), o pressuposto de existência descumprido impedirá que se consuma a incidência da regra material sobre o suporte fático, do que se conclui pela inexistência da contratação do direito material. A despeito disso, havendo acordo processual celebrado no mesmo instrumento, ter-se-á ele por existente e, atendidos os requisitos de validade, válido. Do contrário, haver-se-ia de admitir que a inexistência do acordo material destitui autonomia da convenção processual” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 269). Em sentido contrário, com o qual não se concorda, Cabral, ao abordar a necessidade de advogado para a convenção processual, submete a validade formal desta aos requisitos do pacto substancial firmado concomitantemente, mesmo que por instrumento diverso. Em suas palavras, “a regra é a desnecessidade de advogado. Entretanto, há duas exceções. A primeira é o caso de a lei exigir advogado para a celebração do negócio jurídico de direito material. Por exemplo, a Lei nº 11.441/2007, que permite inventário, partilha e divórcio por escritura pública lavrada em cartório, exige a assistência de advogado. Em sendo a convenção processual firmada no mesmo momento (ainda que não no mesmo instrumento), a assistência por advogado far-se-á necessária também para o acordo processual”. Mais a frente, reafirmando o seu entendimento de que a convenção processual deve respeitar, quando celebradas de maneira extrajudicial, os requisitos formais da relação material, mas, contraditoriamente, excetuando a hipótese em que são firmadas em documentos diferentes, o Professor afirma que “deve ser verificado se o contrato ou acordo foi celebrado fora do processo ou na pendência da relação processual. Para as convenções pré-processuais que sejam firmadas em conjunto com disposições materiais (ainda que não no mesmo instrumento), a forma prevista na lei material deve ser observada. Todavia, se a convenção for celebrada separadamente, externalizada, portanto, em um ato exclusivamente processual, as formalidades a serem observadas são aquelas do direito processual” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 290). Há, contudo, um

Enfim, ao ter forma livre, não se exige que a convenção processual tenha forma escrita.<sup>1143</sup> De fato, a não ser que haja a previsão expressa da lei para determinados negócios típicos,<sup>1144</sup> o acordo poderá ser celebrado de maneira oral, de modo que, a despeito da dificuldade de comprovação,<sup>1145</sup> que poderá comprometer sua eficácia,<sup>1146</sup> será plenamente válido.<sup>1147</sup>

### 15.3. PLANO DA EFICÁCIA – CONDIÇÕES DE EFICÁCIA

#### 15.3.1. Judicialização e comprovação como *conditio sine qua non*

Os acordos dispositivos, ou seja, aqueles cujo objeto seja alterações no procedimento judicial previsto na legislação,<sup>1148</sup> quando celebrados extrajudicialmente, terão eficácia jurídica mínima,<sup>1149</sup> de modo que apenas a situação jurídica básica terá efeito.<sup>1150</sup> Dessa forma, haverá um negócio jurídico processual vinculante, mas que, para que alcance o efeito desejado de alteração procedimental, deverá ser devidamente apresentado ao juiz, que, apenas ciente e

---

duplo equívoco na asserção: (a) ignora a autonomia do ato ao instrumento; (b) impõe injustificada diferenciação entre os atos pré-processuais e os incidentais (ver item 4.4.3).

<sup>1143</sup> Em sentido contrário, Yarshell afirma que “esse negócio consiste em declaração de vontade emitida pelas partes. Para que ele tenha existência, deve ter a forma escrita ou, por outras palavras, deve ser de alguma forma documentada. O negócio processual deve resultar de vontade manifestada de forma expressa e não pode ser presumido do silêncio – o que não quer dizer que esse último seja irrelevante no processo, por força do ônus de alegação que as partes têm” (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC. **Revista do Advogado**. ano. XXXV. n. 126. São Paulo: AASP, maio 2015, p. 89-94, p. 91).

<sup>1144</sup> É o que ocorre, por exemplo, com o compromisso arbitral (Lei 9.307/96 – “art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”).

<sup>1145</sup> Não há qualquer empecilho de comprovação por outros meios lícitos de prova, que não a documental. Dessa forma, podem as partes celebrantes valerem-se, por exemplo, da prova testemunhal (arts. 442 a 463 do CPC/15), para esse fim.

<sup>1146</sup> Ver item 15.3.1.

<sup>1147</sup> “Por outro lado, não se deve confundir a forma compreendida como elemento essencial para a validade do acordo processual com a comprovação da convenção já celebrada. É claro que a documentação do acordo por escrito facilita a prova de sua celebração; mas isso não torna a escritura necessária para avaliar-se-lhe a validade. De regra, a forma escrita é apenas *ad probationem tantum*” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 290).

<sup>1148</sup> Ver item 4.4.1.

<sup>1149</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 274.

<sup>1150</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia** – 1ª Parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



convencido de sua higidez,<sup>1151</sup> aplicará a disposição normativa convencional e, assim, denotará eficácia plena ao ato.

Por certo, a convenção processual incidental, já realizada na presença do Estado-juiz e ínsito ao processo, deterá eficácia plena desde sua formação, já que inexistente elemento lógico-temporal que impeça sua emanção.<sup>1152</sup> Para além disso, analisando-se apenas este elemento eficaz, o acordo obrigacional já possui plena eficácia desde a celebração hígida, de maneira que, caso seja necessária a judicialização para seu cumprimento pelas partes, estar-se diante de inadimplemento e não de limite eficaz.<sup>1153</sup>

Assim, para que o acordo sobre o procedimento seja plenamente eficaz, é necessário, para além do elemento de existência *referibilidade* a uma relação processual, que esteja inserido em um processo real,<sup>1154</sup> de maneira que seu objeto possa ser realizável.<sup>1155</sup>

### 15.3.2. Normas fundamentais e convenção processual

A convenção processual não pode, seja no seu conteúdo, na sua forma, ou na sua formação, violar o conteúdo mínimo das normas fundamentais do processo,<sup>1156</sup> sob pena de invalidade.<sup>1157</sup> Entretanto, é possível que o acordo processual colida, sem mácula ao conteúdo mínimo da norma, com um direito fundamental do processo, de maneira a exigir ponderação quanto à sua eficácia.

É o que ocorre, e.g., para retomar espécie de convenção processual já utilizada neste trabalho para exemplificações, com o *pactum de non petendo*.<sup>1158</sup> Ora, caso o acordo seja delimitado temporalmente, sem significar exclusão *ad eternum* do direito de ação, ou, ainda, uma limitação que implique perda desse direito, não haverá nulidade, posto a ausência de ofensa ao núcleo duro do direito de ação.

---

<sup>1151</sup> Ver item 13.3.2.

<sup>1152</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 275.

<sup>1153</sup> Ver item 15.3.6.

<sup>1154</sup> Para Pedro Nogueira, ao adotar a tese de que a convenção só é processual se incidental, com a qual não se concorda, a inserção é elemento de existência do acordo processual (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 231).

<sup>1155</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 275.

<sup>1156</sup> O tema já foi aprofundado em item próprio (ver item 10.3.2.2).

<sup>1157</sup> Ver item 15.2.1.2.2.

<sup>1158</sup> Conferir itens 3.3.3, 4.4.1, 10.4.4 e 10.4.5.

Por outro lado, é possível que a limitação convencional, devidamente modulada, não implique perda do direito, mas apenas uma condição temporal. Nesse caso, diante de mera colisão entre normas, caberá a ponderação do alcance eficaz daquele ato,<sup>1159</sup> ou seja, a norma convencional deverá ser sopesada com as demais normas reguladoras da relação, de maneira que seu campo eficaz poderá ser limitado ou majorado de acordo com a compatibilidade sistêmica.

Assim, diante de uma norma convencional que regre matéria vinculada à norma fundamental, será crucial a ponderação entre elas, de maneira a viabilizar a aplicação mais razoável ao caso concreto. Dessa forma, à luz dos princípios reguladores da convencionalidade,<sup>1160</sup> a eficácia da convenção processual poderá ser limitada.<sup>1161</sup>

### 15.3.3. Homologação judicial

Em regra, o acordo processual não exige homologação para surtir seus efeitos, de maneira que, por ser um ato determinante,<sup>1162</sup> já tem, *a priori*, efeitos imediatos à celebração.<sup>1163</sup> Há casos, contudo, em que a fonte legitimadora do acordo típico prevê a necessidade de homologação do ato negocial,<sup>1164</sup> de modo a, por previsão expressa, denotar uma condição de eficácia ao ato negocial.<sup>1165</sup>

É possível, ainda, diante da existência do microssistema processual negocial,<sup>1166</sup> que, a um negócio atípico, seja aplicado um regramento de convenção típica que exija a homologação

<sup>1159</sup> Conforme tese de Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 148), adotada neste trabalho (ver item 10.3.2.3), de que a colisão entre normas, sejam regras ou princípios, deve ser resolvida pela ponderação, superando-se a ideia de que há um valor cabalístico das regras, ou um verdadeiro “tudo ou nada”.

<sup>1160</sup> Ver item 10.2.

<sup>1161</sup> A interpretação à norma convencional, ademais, deverá ser feita de maneira estrita, ou seja, há um rigor hermenêutico maior para a eficácia de uma convenção processual, quando colidir com normas fundamentais. O entendimento restou pacificado no Enunciado n. 406 do FPPC, “os negócios jurídicos processuais benéficos e a renúncia a direitos processuais interpretam-se estritamente.

<sup>1162</sup> Já se aprofundou a matéria no item 4.3.2.2.

<sup>1163</sup> Assim já apontava MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. IN \_\_\_\_\_, **Temas de Direito Processual** – 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 98. Ver as ressalvas feitas no item 15.3.1.

<sup>1164</sup> São os casos, por exemplo, da organização consensual do processo (art. 357, §2º, CPC/15) e da escolha convencional do administrador-depositário em penhora de empresa, outros estabelecimentos e semoventes (art. 862, §2º, CPC/2015).

<sup>1165</sup> O entendimento restou pacificado no Enunciado n. 260 do FPPC, “a homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

<sup>1166</sup> Ver item 14.1.3.

como condição de eficácia do ato negocial.<sup>1167</sup> Também nesses casos, assim, haverá a necessidade de homologação judicial para a eficácia da convenção processual.

Podem as partes, ainda, convencionarem a homologação judicial como condição de eficácia do ato,<sup>1168</sup> caso em que só será eficaz quando da decisão homologatória do magistrado.<sup>1169</sup> É certo, contudo, que o elemento integrativo da eficácia do ato negocial,<sup>1170</sup> quer pela previsão legal, quer pela previsão convencional, não retirará a natureza convencional da norma.<sup>1171</sup>

Dessa forma, apenas nos atos em que haja previsão normativa expressa da homologação judicial, como condição de eficácia da norma convencional, haverá uma limitação eficaz ao ato até que o juiz o homologue. Por certo, no entanto, a ausência de tal requisito não impede que o ato negocial seja analisado *a posteriori* pelo juiz, à luz do art. 190, parágrafo único.<sup>1172</sup>

#### 15.3.4. Termos e condições negociadas

As partes podem, diante de sua autonomia da vontade, estabelecer termos e condições limitativas à eficácia da própria convenção processual.<sup>1173</sup> Dessa forma, se é lícito às partes

---

<sup>1167</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 277.

<sup>1168</sup> Funcionária como uma Condição. Ver item 15.3.4.

<sup>1169</sup> “Os negócios processuais atípicos não dependem, como regra, de homologação judicial para que se opera a sua eficácia, aplicando-se-lhes o art. 200 do CPC/2015. Far-se-á necessária tal homologação apenas quando convencionalizada pelas partes (hipótese que se tratará no tópico seguinte) ou quando o negócio atípico, por sua similitude a um negócio típico dependente de homologação, atraia a normatização deste” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 277).

<sup>1170</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 290.

<sup>1171</sup> Ver item 4.3.

<sup>1172</sup> Ver considerações do item 13.3.2.

<sup>1173</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Diritto Processuale Civile**. v. II. Padova: CEDAM, 1938, p. 457; 472 e ss.; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 277-279; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 236; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 147-159. Barbosa Moreira, apesar de ser refratário à estipulação de condições e termos aos atos processuais, em face da segurança e certeza necessárias ao desenvolvimento regular do processo, admite o cabimento das condicionantes às convenções processuais, desde que não incidam “diretamente na marcha do feito” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 95).

negociarem sobre matéria processual, é certo que não há vedação à modulação causal e temporal de suas avenças.<sup>1174</sup>

Dessa forma, caso assim desejem, podem as partes condicionarem a eficácia de seus atos negociais a elementos futuros e incertos,<sup>1175</sup> desde que não haja ofensa às garantias mínimas do processo.<sup>1176</sup> É o caso, por exemplo, da já citada estipulação de homologação judicial como condicionante da eficácia do ato negocial.

### 15.3.5. Alcance subjetivo das convenções processuais

Apenas os partícipes da convenção processual podem ter sua esfera jurídica atingidas pelo acordo.<sup>1177</sup> É dizer, em outras palavras, que a participação dos sujeitos que titularizam os

<sup>1174</sup> Em sentido contrário, defendendo que, ao ser o processo um *iter progressivo*, não seria admissível a estipulação de mecanismos de violassem seu desenvolvimento natural: LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco**: parte prima il procedimento de cognizione. Napole: Morano, 1962, p. 123. No Brasil, Alexandre Câmara, contrário à admissibilidade das convenções processuais como um todo, negava a possibilidade de estipulação de condições e termos a qualquer ato processual (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 270-271). Parece uma posição sustentada nas mesmas premissas teóricas da negação à convencionalidade processual. Concorde-se com Cabral, ao defender que “as condições são plenamente admissíveis para a prática de qualquer ato processual. Já passou do tempo de admitirmos que também no processo deve-se permitir aos sujeitos praticar condutas com condicionamentos à sua eficácia. Essa conclusão, que pode ser sustentada para qualquer ato do processo, é muito mais permeável à disciplina dos acordos processuais, pois se trata de autolimitação voluntária” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 236). Ver item 10.2. É claro que, como qualquer disposição, a condição convencional não poderá ofender as normas fundamentais e os requisitos de validade do ato convencional, já exaustivamente trabalhados neste estudo.

<sup>1175</sup> A estipulação negocial foi denominada, por Pontes de Miranda, como “determinações inexas” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 93). No mesmo sentido, admitindo a submissão a termo futuro, GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2015, p. 137.

<sup>1176</sup> Ver item 10.3.2.2.

<sup>1177</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423, p. 412; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 279. Assim restou pacificado no Enunciado 402 do FPPC, “a eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo”. É de se destacar, contudo, que, apesar de o texto sugerir que o terceiro deve fundamentar sua resistência ao objeto do acordo pelo efetivo prejuízo, parece suficiente que aquele que não participou do pacto simplesmente rejeite os seus efeitos, mesmo que lhe sejam positivos. Pensamento contrário seria incompatível com o sistema negocial processual, pois significaria a possibilidade de imposição de alterações das normas processuais que regulam a situação jurídica própria do sujeito, sem a sua participação. Dessa feita, há uma imprecisão no texto aprovado pelo FPPC, cujo trecho “puder causar prejuízo” deve ser interpretado como “atingir a sua esfera jurídica”. Em suma, ao terceiro ao acordo, quando este alterar, de alguma forma, sua situação jurídica processual, bastará a oposição, sem maiores justificações, para denotar ineficácia ao acordo processual.

direitos negociados é requisito limitativo à eficácia da convenção processual celebrada, de maneira que, àquele que não participou da avença, jamais haverá incidência do pactuado.<sup>1178</sup>

Duas questões merecem ressalvas. Em primeiro lugar, o sucessor processual, voluntário<sup>1179</sup> ou legal<sup>1180</sup>, ao ingressar no processo, assume-o nas condições em que se encontra, de maneira a vincular-se aos atos já praticados pelo sucedido.<sup>1181</sup>

Além disso, ao se analisar o microsistema negocial processual, percebe-se, no art. 63, §2º, do CPC/15,<sup>1182</sup> previsão expressa pela vinculação dos herdeiros e sucessores das partes à cláusula de eleição de foro, o que, pela hermenêutica própria do sistema,<sup>1183</sup> aplica-se às convenções processuais.<sup>1184</sup> É certo, pois, que a avença processual alcança a esfera jurídica dos sucessores processuais do convenente, de modo que deverá respeitar as convenções processuais eventualmente celebradas.<sup>1185</sup>

Já com relação a um terceiro ingressante no feito, quando figurar como litisconsorte das partes, em qualquer modalidade,<sup>1186</sup> eventual acordo celebrado sem sua participação só lhe será eficaz com sua anuência.<sup>1187</sup> Excetua-se, no entanto, o terceiro que intervir como assistente

<sup>1178</sup> Tangenciou-se a matéria ao se abordar as situações jurídicas titularizadas pelo Estado-Juiz (item 13.3.1).

<sup>1179</sup> CPC/15 – “art. 109. A alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes. § 1º O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária. § 2º O adquirente ou cessionário poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial do alienante ou cedente. § 3º Estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário”.

<sup>1180</sup> CPC/15 – “art. 110. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 313, §§ 1º e 2º”.

<sup>1181</sup> ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 200.

<sup>1182</sup> “Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. § 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. § 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes”.

<sup>1183</sup> Ver item 14.1.3.

<sup>1184</sup> Concorde-se, ademais, com Barreiros, ao afirmar que “esta regra, no quadro hermenêutico de construção de sentido da cláusula geral de atipicidade da negociação processual, reforça a ideia de que a vinculação dos herdeiros e sucessores não se adstringe aos acordos processuais relativos a processos já instaurados. Abrange também os negócios processuais prévios, ainda que o falecimento da parte convenente se dê antes da propositura da demanda” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 279).

<sup>1185</sup> O entendimento restou pacificado no Enunciado n. 115 do FPPC, “o negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores”.

<sup>1186</sup> “Sendo o litisconsorte considerado como litigante distinto, a imposição, a si, de negócio jurídico processual por ele não celebrado implicaria violação ao seu poder de autorregramento. O mesmo raciocínio aplica-se aos terceiros que intervenham no feito, de modo espontâneo ou provocado” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 279).

<sup>1187</sup> Assim restou pacificado, pelo Enunciado 491 do FPPC, “é possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo”.

simples de uma das partes, já que sua participação se vincula às manifestações de vontade do assistido.<sup>1188</sup>

### 15.3.6. Descumprimento: inadimplemento, revogação, distrato e recusa judicial injustificada

A convenção processual pode ser descumprida de duas formas: (i) inadimplemento e resilição do pactuado pelas partes;<sup>1189</sup> (ii) negativa de aplicação do acordo pelo juiz. Nos dois casos, tratando-se de convenção processual válida e eficaz, deverá a parte interessada buscar os meios cabíveis para o cumprimento da norma convencional.

O inadimplemento da avença processual, por uma das partes acordantes, deverá ser alegado pela parte interessada na primeira oportunidade cabível,<sup>1190</sup> por petição simples nos próprios autos em que deseja o cumprimento,<sup>1191</sup> de maneira que a apreciação judicial depende de provocação.<sup>1192</sup> Caso contrário, haverá, por uma interpretação sistemática do microssistema negocial,<sup>1193</sup> resilição bilateral tácita, de maneira a se denotar aquiescência ao silêncio da parte, com consequente novação tácita.<sup>1194</sup>

---

<sup>1188</sup> Concorde-se com Trícia Cabral, que, ao analisar o calendário processual, apresentou, precisamente, os limites de vinculação do negócio típico a terceiros. Dessa forma, “no que tange às figuras de intervenção de terceiros, considerando que também são litigantes distintos, será imprescindível a concordância ou adesão do terceiro ao calendário, salvo no caso da assistência simples, em que o assistente será apenas incluído no calendário, mas não precisará concordar com seus termos” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 215-243, p. 234-235).

<sup>1189</sup> Inclusive pelo próprio Estado-juiz, enquanto parte negocial (ver item 13.3.1).

<sup>1190</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 282-283.

<sup>1191</sup> Cabral aponta a necessidade, quando o interesse for a obtenção de decisão judicial para a produção dos efeitos do adimplemento, de ajuizamento de ação autônoma própria (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 241).

<sup>1192</sup> Assim já restou pacificado no Enunciado n. 252 do FPPC, “o descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento”.

<sup>1193</sup> CPC/15 – “art. 65. Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação” e “art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”.

<sup>1194</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 283; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 121.

Firmada a convenção processual, válida e minimamente eficaz, passa a avença, em regra, a ser irrevogável.<sup>1195</sup> Ressalvados, assim, os casos em que há previsão expressa, legal ou negocial, permissiva da rescisão unilateral, a convenção processual não pode ser unilateralmente reformada.

É de se destacar, contudo, que, na medida em que podem as partes celebrar acordos judiciais, é certo que, com base na própria autonomia da vontade, não há qualquer impedimento ao distrato.<sup>1196</sup> Assim, desde que cumpra os mesmos requisitos para a formação do acordo,<sup>1197</sup> não haverá qualquer impedimento à rescisão bilateral expressa do pactuado.

Por fim, apesar de o Estado-juiz, enquanto órgão julgador e submetido ao acordo,<sup>1198</sup> não poder negar aplicação às convenções processuais válidas e eficazes, é certo que poderá haver casos de descumprimento do juiz, pela injustificada recusa, às normas convencionais. Nesses casos, deverão as partes interessadas, diante do *error in procedendo*, valerem-se das medidas impugnativas cabíveis às decisões que forem prolatadas em descumprimento das normas convencionais processuais.

Assim, caso seja descumprida uma convenção processual em sede de sentença, caberá às partes, ao devolver a matéria ao Tribunal de Justiça competente, alegar a matéria em sede de apelação.<sup>1199</sup> Já com relação às decisões interlocutórias, em virtude do taxativo rol do art. 1.015 do CPC/15,<sup>1200</sup> poder-se-ia defender o não cabimento do agravo de instrumento para impugnar

---

<sup>1195</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 187-188; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 121; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. IN \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98, p. 90.

<sup>1196</sup> Entendimento que restou pacificado no Enunciado n. 411 do FPPC, “o negócio processual pode ser distratado”.

<sup>1197</sup> Interessante a colocação de Fredie Didier, ao tratar do distrato das convenções processuais que exigem homologação. Para o Professor, em pensamento com o qual se concorda, “obviamente, é possível o distrato processual, pois as mesmas vontades que geraram o negócio são aptas a desfazê-lo. Mas se o negócio processual for do tipo que precisa de homologação judicial para produzir efeitos, o respectivo distrato também dependerá dessa homologação” (DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. IN CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125, p. 121).

<sup>1198</sup> Ver item 13.3.

<sup>1199</sup> Nos moldes dos arts. 1.009 e ss. do CPC.

<sup>1200</sup> Já citado na nota 1073.

a matéria, de maneira que a matéria só poderia ser impugnada em preliminar de apelação,<sup>1201</sup> ou através de Mandado de Segurança.<sup>1202</sup>

Não parece ser, contudo, a melhor interpretação da sistemática. É que, ao prever o cabimento do agravo de instrumento para a rejeição, pelo magistrado, da convenção de arbitragem, espécie de acordos processuais, deve ser promovida a interpretação corretivo-extensiva da disposição legal, de maneira a abranger toda rejeição indevida às convenções processuais.<sup>1203</sup> Dessa forma, prestigia-se a segurança jurídica, a igualdade e evita-se a impetração de mandado de segurança.<sup>1204</sup>

### 15.3.7. Convenções processuais celebradas sob a égide do CPC/73

As convenções processuais atípicas celebradas antes da vigência do CPC/15, ou seja, ainda sem o embasamento na cláusula geral de negociação processual, são plenamente válidas e devem ser aplicadas sob o novo regime jurídico.<sup>1205</sup> De fato, adotada a admissibilidade dos acordos processuais ainda sob a égide do CPC/73,<sup>1206</sup> pela reinterpretação sistêmica do art. 158

<sup>1201</sup> “Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

<sup>1202</sup> Como ação autônoma de impugnação às decisões judiciais (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 14. ed. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 109).

<sup>1203</sup> Posicionamento defendido por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, com o qual se concorda. Conferir DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista dos Tribunais**. ano. 40. n. 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2015, p. 273-282. No mesmo sentido, BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 284-285.

<sup>1204</sup> “É verdade que interpretar o texto normativo com a finalidade de evitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança pode consistir num consequencialismo. Como se sabe, o consequencialismo constitui método de interpretação em que, diante de várias interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados e menos problemáticos. Busca-se, assim, uma melhor integração entre a norma e a realidade. É um método de interpretação que pode servir para confirmar a interpretação extensiva ora proposta” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista dos Tribunais**. ano. 40. n. 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2015, p. 273-282, p. 281).

<sup>1205</sup> Assim restou pacificado no Enunciado n. 493 do FPPC, “o negócio processual celebrado ao tempo do CPC-1973 é aplicável após o início da vigência do CPC-2015”.

<sup>1206</sup> Ver item 14.1.2.



daquele diploma,<sup>1207</sup> bem como em face da manutenção, agora expressa, da convencionalidade processual, há que se considerar válidas e eficazes tais convenções.

É de se destacar, ainda, que, no momento em que a cláusula geral foi prevista no projeto do novo Código de Processo Civil, em especial durante o período de *vacatio legis*, passou-se a sinalizar a tendência negocial do sistema jurídico-processual, de modo a legitimar, ainda mais, a interpretação doutrinária de permissividade às avenças.<sup>1208</sup> Fato é que, compreendido o sistema processual valorativo à convencionalidade, ante a vigência da nova legislação, a manutenção das normas convencionais prévias ao CPC/15 é medida que valoriza a nova principiologia.<sup>1209</sup>

Dessa forma, seria um equívoco se considerarem revogadas as normas convencionais celebradas antes do novo diploma processual, eis que, apesar de não haver direito adquirido ao

---

<sup>1207</sup> “Todo texto de lei envelhece e contra esse fado não há elixires. Porém, ao longo dos séculos, a Ciência Dogmática do Direito descobriu em si um potencial rejuvenescedor, capaz de prolongar o tempo de vida útil de textos de direito positivo. Se nos primórdios a Ciência Jurídica acreditava ser o direito mero dado textual a ser explicado (função epistemológico-declarativa), hoje já se sabe que o direito é um construído significativo, resultado da própria elaboração lingüístico-dogmática dos textos normativos (função epistemológico-constitutiva). Essa constatação possibilita aos juristas a oxigenação de diplomas antigos, sem reescrever-se a literalidade de um único dispositivo. A partir da mesma base textual, o trabalho jurídico-dogmático encarrega-se de reformar sucessivamente sistemas jurídico-positivos inteiros, ora atualizando-os à luz e novos valores, ora readequando-os aos novos contornos sociais, ora harmonizando-os com normas recentemente imersas no ordenamento” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. *IN DIDIER JR., Fredie. Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 215-242, p. 215.

<sup>1208</sup> “Em suma: enunciados normativos novos deste tipo exercem, no período de *vacatio*, uma função persuasiva, como instrumento retórico-argumentativo para convencimento do acerto dogmático de propostas doutrinárias ou decisões judiciais ou para demonstrar a necessidade de superação imediata de entendimento jurisprudencial consolidado” (DIDIER JR., Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *IN YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (coord.). Direito Intertemporal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 317-324, p. 319-320). Há que se averiguar, contudo, “que, para avaliar a expectativa de incidência, a ‘novidade’ da norma se soma a esses outros fatores e aspectos sistêmico-funcionais. Uma norma nova pode ser atacada por uma ação direta de inconstitucionalidade, e seu julgamento pautado para dali a alguns meses no STF, gerando uma prognose de que tal norma sequer entrará em vigor, apesar de ser nova. Note-se, portanto, que a novidade da norma, por si só, não lhe atribui expectativa de incidência. É verdade que, para as ‘pseudonovidades’, o fato de refletirem consagração de algo já consolidado, tendo uma ‘reafirmação’ graduada (agora encartadas na lei, uma regra autoritativa, com a função de entrincheiramento que a regra taz), reforça a expectativa de manutenção do entendimento” (CABRAL, Antonio do Passo. Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de *vacatio legis*. *IN YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (coord.). Direito Intertemporal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 79-88, p. 86-87). Quer pelo critério da mera previsão da novidade, quer pela reiteração da normativa, as convenções processuais parecem ter validade reforçada pela mera projeção da mudança (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 293-294).

<sup>1209</sup> Ver item 10.2. “A possibilidade de aplicação de negócios processuais celebrados sob a égide do CPC/1973 aos processos que se iniciem ou que tenham prosseguimento após a entrada em vigor do CPC/2015 é medida que valoriza o princípio da liberdade, a participação democrática dos sujeitos processuais no processo, o modelo processual cooperativo e a boa-fé processual” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 294).

procedimento previamente previsto,<sup>1210</sup> a nova normativa não possui o condão de revogar as alterações normativas acordadas sob o ordenamento passado. Ao contrário, diante do art. 190 do CPC/15, há maior legitimação a justificar o pactuado, de maneira a permanecer plenamente eficaz.

---

<sup>1210</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 16-19.

## CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou, à luz do marco teórico ponteano, analisar as convenções processuais, com o objetivo claro de, em sede de teoria geral, delimitar seus limites e, assim, viabilizar a aplicação prática do instituto. Ao final, considera-se confirmada a hipótese inicial de pesquisa, de maneira que o ato negocial processual deve ser analisado a partir dos três planos de análise do mundo jurídico: existência, validade e eficácia.

Ademais, o instituto jurídico foi analisado à luz do neoprocessualismo, ou formalismo-valorativo, ou seja, confrontou-se os elementos principiológicos atinentes à convencionalidade processual com as normas fundamentais do processo. Os negócios processuais, assim, não podem violar o conteúdo mínimo das garantias processuais, sob pena de invalidade, mas, ainda que apenas disponha sobre elementos assessórios de uma norma fundamental, deverá ter sua eficácia analisada casuisticamente, a partir da ponderação, diante do conflito entre as normas constitucional, ou legal, e convencional, de qual efeito deve prevalecer.

A presente contribuição acadêmica buscou, pois, sistematizar os limites às convenções processuais, clarificando a matéria e possibilitando a aplicação segura do instituto previsto no art. 190 do CPC/15. Não se trata, como se pode imaginar a priori, de um trabalho de cunho conservador publicista, que busca estabelecer freios desarrazoados ao autorregramento da vontade, mas, sim, de uma pesquisa que, ao estabelecer as suas balizas, busca valorizar a convencionalidade processual.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Observância da regra da objetividade na publicidade do processo realizado pelos meios de comunicação social**. 2006. Tese (doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.
- \_\_\_\_\_. Situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *IN* DIDIER JR., FREDIE (org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 339-352.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 193-214.
- \_\_\_\_\_. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- \_\_\_\_\_. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 245-268.
- \_\_\_\_\_. **Contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTR, 2015.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo, [S.I.], 1937.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem: Lei nº 9.307, de 23/9/1996**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Tratado Geral da Arbitragem: interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para indenizar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**. v. 836. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2005, p. 733-764.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. **Revista de Processo**. ano. 36. n. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2011, p. 167-200.

ANDREWS, Neil. **English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system**. Oxford: Oxford University, 2003.

\_\_\_\_\_. **The Modern Civil Process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**. ano. XXXII. n. 116. São Paulo: AASP, jul. 2012, p. 174-192.

\_\_\_\_\_. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Altas, 2011.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. O Estado de Direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício). **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 19. n. 0. Curitiba: UFPR, 1979, p. 243-262.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. José Rubens Siqueira (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária. *IN* \_\_\_\_\_(coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 130-165.

\_\_\_\_\_. **Los principios políticos de la nueva Ley de enjuiciamiento civil: los poderes del juez y la oralidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

\_\_\_\_\_. (coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *IN* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 195-204.

- \_\_\_\_\_. **Processo civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Processo civil brasileiro**. 2. ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2015, p. 393-423.
- AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 246. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2015, p. 219-238.
- \_\_\_\_\_. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 401-424.
- \_\_\_\_\_. **O controle judicial da prova técnica e científica**. 2016. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2016.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. n. 215. Rio de Janeiro: FGV, jan./mar. 1999, p. 151-179
- \_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *IN* SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 187-202.
- \_\_\_\_\_. O que é “devido processo legal”. **Revista de Processo**. ano 33. n. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2008, p. 50-59.
- \_\_\_\_\_. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *IN* MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (org.). **O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413-466.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AYMONE, Priscila Knoll. **A problemática dos procedimentos paralelos: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *IN* CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 43-64.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o garantismo processual: será o modelo adversarial a única medida certa para essa doutrina? *IN* DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 429-441

BARRETO, Adalberto Fulco Feitosa Paes. **A flexibilidade do princípio do dispositivo**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídico-Civilistas). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. n. 240. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2005.

BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil. *IN* ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 481-502.

BASILIO, Ana Tereza; FREIRE, Alexandre; RODOVALHO, Thiago. Modernização da Lei de Arbitragem - algumas reflexões. *IN* CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). **Arbitragem: Estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49-65.

BAUMGÄRTEL, Gottfried. **Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß**. Berlin: Vahlen, 1957.



BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *IN* TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-52.

\_\_\_\_\_. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERALDO, Leonardo Faria. **Curso de Arbitragem nos termos da Lei 9.307/96**. São Paulo: Altas, 2014.

BERTÃO, Rafael Calheiros. **A distribuição dinâmica do ônus da prova: a tendência reformista latino-americana e o novo Código de Processo Civil**. 2017, *no prelo*.

\_\_\_\_\_. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicas pelo novo código de processo civil. *IN* DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: parte geral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1347-1376.

\_\_\_\_\_. **O dever de cooperação e a experiência jurisprudencial portuguesa: um contributo de direito comparado ao estudo do art. 6º do código de processo civil de 2015**. 2018, *no prelo*.

\_\_\_\_\_. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro. **Revista de Processo**. n. 253. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2016, p. 347-385.

BETTI, Emilio. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1947.

\_\_\_\_\_. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napole: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BIAVATI, Paolo. Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile: la prospettiva italiana. *IN* ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 207-224.

BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália: Perspectiva de Direito Comparado com o sistema brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 43. Porto Alegre: Síntese, jul.-set. 2014, p. 59- 92.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Capítulos de sentença e efeitos dos recursos**. São Paulo: RCS, 2006.

BRAGA, Paulo Sarno. **Aplicação do devido processo legal às relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, p. 293-320.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2045753-87.2016.8.26.0000**. Agravante: Conexão Desenvolvimento Empresarial Ltda. Agravada: Milka Nascimento Souza. Relator: Juiz Luis Fernando Nishi. São Paulo, 22 de setembro de 2016. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>. Consultado em 08 de janeiro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 0313361-11.2017.8.21.7000**. Apelante: Tiago Leonardo Kaercher e S & K Produtos Para Saude LTDA. Apelada: Alliage SA Industrias Medico Odontologico. Relator: Juiz Paulo Sergio Scarparo. Porto Alegre, 06 de dezembro de 2017. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/ppe/signin>. Consultado em 08 de janeiro de 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BÜLOW, Oskar von. **Die lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen**. Aalen: Scientia, 1969.

BUZUID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito**. v. 55. São Paulo: USP, 1960, p. 327-372.

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

\_\_\_\_\_. Despolarização do processo e *zonas de interesse*: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**. ano. 105. v. 404. Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago. 2009, p. 3-42.

\_\_\_\_\_. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2007, p. 339-364.

\_\_\_\_\_. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**. ano. 30. n. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2005, p. 59-81.

\_\_\_\_\_. Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de *vacatio legis*. *IN* YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (coord.). **Direito Intertemporal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 79-88.

CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2015, p. 489-517.

\_\_\_\_\_. **Ordem pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

\_\_\_\_\_. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 215-244.

CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 93-103.

\_\_\_\_\_. Les conventions relatives au procès en droit français Sur la contractualisation du règlement des litiges. **Revista de Processo**. ano.33. n. 160. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2008, p. 61-82 (**Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 7-35).

\_\_\_\_\_. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. **Civil Procedure Review**. v. 3. n. 3. Ago.-Dez., 2012, p. 3-35, p. 4-6.

\_\_\_\_\_. Prefácio. *IN* CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 9-20.

CAETANO, Marcello. **História do Direito português**: secs. XII-XVI – subsídios para a história das fontes do direito em Portugal no séc. XVI. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000.

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. **Preclusão e a instrumentalidade do processo**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

CALAMANDREI, Piero. Il nuovo processo civile e la scienza giuridica. *IN* \_\_\_\_\_. **Studi sul processo civile**. v. 5. Padova: CEDAM, 1947, p. 67-90.

\_\_\_\_\_. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**. v. 5. parte I. Padova: CEDAM, 1950, p. 23- 51.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

\_\_\_\_\_. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *IN* DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada**: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 369-382.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *IN* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 662-683.

\_\_\_\_\_. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *IN* MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC- Doutrina Seleccionada**. v. 3. Processo de Conhecimento – Provas. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 433-456.

CAMPBELL, Juan Colombo. **Los actos procesales**. Tomo. I. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano LXIV. n. 2. Milano: Giuffrè Editore, jun. 2010, p. 549-580.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 99-120.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Giudici legislatori?** Milano: Giuffrè, 1984.
- CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. *IN MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coord.). 20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197-208.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. **Revista de Processo**. n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33-40.
- \_\_\_\_\_. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. Roma: Athenaeum, 1915.
- \_\_\_\_\_. **Lezioni di Diritto Processuale Civile: la funzione del processo di cognizione**. v. 4. Padova: Editrice Universitaria, 1923.
- \_\_\_\_\_. Note sull'accertamento negoziale. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. v. XVII. n. 1. Padova: CEDAM, 1940, p. 3-24.
- \_\_\_\_\_. **Sistema del Diritto Processuale Civile**. v. I. Padova: CEDAM, 1938.
- \_\_\_\_\_. **Sistema del Diritto Processuale Civile**. v. II. Padova: CEDAM, 1938.
- CARPI, Federico. Introduzione. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 1-4.
- CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano. 7. n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2010, p. 129-161.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional:** estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAVALCANTI, José Paulo. **Da renúncia no direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

CAVALLONE, Bruno. In difesa della veriphobia: considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo. **Rivista di Diritto Processuale.** LXV (II serie). n. 1. Padova: CEDAM, 2010, p. 1-26.

CAVANI, Renzo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Convenciones procesales:** estudios sobre negocio juridico y proceso. Lima: Raguel Ediciones, 2015.

CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. **Revista de Processo.** ano. 35. n. 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2010, p. 273-289.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile.** 2. ed. v. 1. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935.

\_\_\_\_\_. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile.** 2. ed. v. 2. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1936.

\_\_\_\_\_. **Principii di Diritto Processuale Civile:** le azioni; il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. **Rivista di Diritto Processuale.** ano. LXX. n. 1. Padova: CEDAM, jan./mar. 2015, p. 45-60.

CIANCI, Mirna. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: ponto de partida para o estudo. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 481-506.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CIPRIANI, Franco. El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología:** un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 81-95.

\_\_\_\_\_. El proceso civil italiano entre revisionistas y negociacionistas. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología:** un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 51-64.

\_\_\_\_\_. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária. *IN* \_\_\_\_\_(coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 130-165.

\_\_\_\_\_. Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LVI. n. 4. Milano: Dott. A. Giuffr  Editore, dez. 2002, p. 1243-1261.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. **A renúncia abdicativa no direito civil**: algumas notas tendentes   defini o do seu regime. Coimbra: Coimbra, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civile**. 2. ed. Torino: Utet, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Justiça em Números - 2017: Ano-base 2016.

Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em 21 de outubro de 2017.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira? **Revista do Advogado**. ano. XXXV. n. 126. São Paulo: AASP, maio 2015, p. 76-82.

COSTA, Alfredo Araújo. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA, Antonio. **Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali**. Bologna: Zanichelli, 1921.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execu o negociada” de políticas públicas em juízo.

**Revista de Processo**. ano. 37. n. 212. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2012, p. 25-56.

\_\_\_\_\_. Calendariza o processual. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 353-369.

\_\_\_\_\_. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

\_\_\_\_\_. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. *IN* DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 215-242.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Susana Henriques. Comentários ao art. 17 do CPC. *IN* BUENO, Cassio Scarpinella.

**Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, p. 274-292.

COSTA, Thais Mendonça Aleluia da. **A contratualização do processo civil francês: um novo horizonte para a adequação processual.** 2012. Dissertação (mestrado em direito público). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2012.

COSTA JR., Olímpio. **A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito.** São Paulo: Saraiva, 1994.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil.** Rubens Gomes de Sousa (Trad.). São Paulo: Saraiva & Cia livraria acadêmica, 1946.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A contumácia das partes como ato-fato processual. *IN* DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 635-648.

\_\_\_\_\_. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo.** ano. 39. n. 233. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2014, p.65-84.

\_\_\_\_\_. Comentário ao art. 190. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 316-325.

\_\_\_\_\_. **Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62.

\_\_\_\_\_. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo.** ano. 37. n. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2012, p. 349-374.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado: teoria do direito comparado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131-178.

DE STEFANO, Giuseppe. **Studi sugli accordi processuali.** Milano: Giuffrè, 1959.

DENNING, Alfred Thompson. **The due process of law.** London: Butterworth, 1994.



- DIAS, Handel Martins. **Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010, p. 69-83.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- \_\_\_\_\_. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *IN* YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (coord.). **Direito Intertemporal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 317-324.
- \_\_\_\_\_. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**. ano. 39. n. 232. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2014, p. 69-76.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 105-125.
- \_\_\_\_\_. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. ano. 30. n. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75-79.
- \_\_\_\_\_. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**. ano 36. n. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2011, p. 213-225.
- \_\_\_\_\_. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-25.
- \_\_\_\_\_. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 18. n. 36. Belo Horizonte: PUCMG, 2015, p. 114-132
- \_\_\_\_\_. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ação rescisória e a ação de invalidação de atos processuais prevista no art. 966, §4º, do CPC/2015. **Revista de Processo**. ano. 41. n. 252. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2016, p. 231-241.

\_\_\_\_\_. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista dos Tribunais**. ano. 40. n. 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2015, p. 273-282.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 14. ed. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. v. 4. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **Intervenção de terceiros**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 247. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2015, p. 63-103.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. *IN* \_\_\_\_\_. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. t. I. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517-528.

\_\_\_\_\_. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**. ano. 28. n. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003, p. 9-38.

\_\_\_\_\_. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 29. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 29. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DITTRICH, Hans. **Die sogenannten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse**. 1908. Dissertação. Universität Heidelberg, 1908.
- DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. **Virginia Law Review**. v. 97. n. 4. Virginia: University of Virginia, jun. 2011, p. 723-800.
- DÖRR, Dieter. **Faires Verfahren: Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland**. Kehl: Engel, 1984.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977.
- ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981.
- EICKMANN, Karl Wilhelm. **Beweisverträge im Zivilprozeß**. Bochum: Brockmeyer, 1987.
- ESSER, Josef. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956.
- FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento de débito pelo executado. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 281-295.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. ZOMER, Ana Paula *et al* (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRARI, Vincenzo. Le parti e il rischio del processo. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 37-58.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9. ed. Rio de Janeiro: Altas, 2016.
- FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Arbitragem: primeira série**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- FIORI, Jose Luis. **Estado do bem-estar social: padrões e crises**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.

FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**. v. 93. n. 6. Connecticut: Yale University, maio 1984, p.1073-1090.

FRANCISCO, João Eberhardt. **O papel do juiz na efetivação dos valores constitucionais no processo**. 2014. Dissertação (mestrado em direito processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

FRANKEL, Richard. The arbitration clause as super contract. **Washington University Law Review**. v. 91. n. 3. Washington: Washington University, 2014, p. 531-587.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 190. *IN* \_\_\_\_\_; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral**. São Paulo: Forense, 2015, p. 613-632.

\_\_\_\_\_. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Altas, 2008.

\_\_\_\_\_. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz no novo CPC. *IN* \_\_\_\_\_ *et al.* **O novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Altas, 2015, p. 135-154.

\_\_\_\_\_. **O negócio jurídico processual a favor do Poder Judiciário**. Disponível em <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-negocio-juridico-processual-a-favor-da-eficiencia-do-poder-judiciario-30112015>. Acesso em 13 de janeiro de 2016.

\_\_\_\_\_. O princípio da adequação forma do direito processual civil português. **Revista de Processo**. ano 33. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 121-134.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O Gerenciamento do Processo. *IN* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e Gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Altas, 2013, p. 18-34.

GALANTER, Marc. Justice in many rooms: court, private ordering and indigenous law. **Journal of Legal Pluralism**. v. 19, 1981, p. 1-2. Disponível em <<http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/19/galanter-art.pdf>>. Acesso em 07 de maio de 2017.

GALANTER, Marc. **Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change**. Disponível em [citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.128.6122&rep=rep1&type=pdf](http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.128.6122&rep=rep1&type=pdf);. Acesso em 02 de dezembro de 2017.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitralidade no direito brasileiro e internacional. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. ano. 4. n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001, p. 337-356

GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. Com motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 29-46.

GIUSSANI, Andrea. Autonomia privata e presupposti processuali: note per um inventario. **Revista de Processo**. ano. 37. n. 211. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2012, p. 103-111.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 557-590.

\_\_\_\_\_. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-416.

\_\_\_\_\_. Comentário ao art. 70. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 119-122.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional ao recurso. *IN* THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (coord.). **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 501-540.

\_\_\_\_\_. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozeß als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen denkens.** Berlin: Julius Springer, 1925.

\_\_\_\_\_. **Principios Generales del Proceso.** 2. ed. v.1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

\_\_\_\_\_. **Teoría General del proceso.** Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. **Direitos Reais.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: parte geral.** 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** 9. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo.** ano. 34. n. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2009, p. 32-53.

\_\_\_\_\_. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *IN* DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 369-383.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “neoprocesalismo”. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.** ano. VI. n. 9. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *IN* MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 290-304.

\_\_\_\_\_. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. *IN* MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). **Processo**

**Civil:** estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 273-307.

\_\_\_\_\_. O conceito de prova. *IN* \_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 423-470.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. ano. 33. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 29-56.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. *IN* \_\_\_\_\_. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 1-16.

\_\_\_\_\_. **Liberdades públicas e processo penal:** as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *IN* WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Doutrinas essenciais:** processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87-117.

\_\_\_\_\_. Os fundamentos da justiça conciliativa. *IN* \_\_\_\_\_.; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e Gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1-5.

\_\_\_\_\_. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *IN* \_\_\_\_\_ *et al.* **O novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

GUARINO, Antonio. **Storia del Diritto Romano**. 12. ed. Napoli: Editore Jovene, 1998.

GUASTINI, Riccardo. **Dalle fonti alle norme**. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milano: Giuffrè, 1998.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. **Revista de Processo**. ano. 21. n. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1996, p. 70-91.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

GUIMARÃES, Amanda de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2017. Dissertação (mestrado em direito processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Ato processual. **Estudos de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994.

Henckel, Wolfram. **Prozessrecht und materielles Recht**. Liber Amicorum für Wolfram Henckel aus Anlass seines 90. Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. **Revista de Processo**. ano. 33. n. 155. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2008, p. 335-364.

HOFFMAN, Paulo. **Saneamento compartilhado**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HOOK, Maria. **Choice of contract law**. Oregon: Hart, 2016.

HORTON, David. The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments. **UCLA Law Review**. v. 57. Los Angeles: UCLA, 2010, p. 605-667.

IRTI, Natalino. Decodificazione. *IN* **Digesto delle discipline privatistiche**: sezione civile. v. 5. 4. ed. Torino: UTET, 1998, p. 142-148.

JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozessrecht**: ein studienbuch. München: C.H. Becksche, Verlagsbuchhandlung, 1985.

JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Rafael Benaion (trad.). v. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. João Baptista Machado (trad.). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KERN, Christoph A. Procedural Contracts in Germany. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 179-191.

KLEY, Andreas; TOPHINKE, Esther. **Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre**. Disponível em [https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-3d12-7c07-ffff-ffffc59ccb7b/Hans\\_Kelsen\\_und\\_die\\_Reine\\_Rechtslehren\\_JA\\_2001\\_2.pdf](https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-3d12-7c07-ffff-ffffc59ccb7b/Hans_Kelsen_und_die_Reine_Rechtslehren_JA_2001_2.pdf). Acesso em 07 de setembro de 2017, 169-174.

KNECHT, Otto. **Beweisvertraege im Zivilprozess**. Freiburg im Breisgau: Rudolf Rosswog, 1937.



- KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho romano**. Juan Miguel (trad.). Barcelona: Ariel, 1999.
- LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.
- \_\_\_\_\_. O Código como sistema legal de adequação do processo. *IN* FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro *et al* (coord). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreia. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258.
- LARENZ, Karl. **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Berlin/Göttingen/Heidelberg: Springer-Verlag, 1960.
- \_\_\_\_\_. **Richtiges Recht**: Grundzüge einer Rechtsethi. München: Beck, 1979.
- LEIPOLD, Dieter. §128. *IN* STEIN, Jonas. **Kommentar zur Zivilprozeßordnung**. v. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994.
- LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco**: parte prima il procedimento de cognizione. Napole: Morano, 1962.
- LIEBLE, Stefan. **Proceso Civil Alemán**. 2. ed. Medellín: Biblioteca Juridica Dike, 1999.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Contro il patto “solve et repete” nei contratti. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. v. VIII. n. 2. Padova: CEDAM, 1931.
- \_\_\_\_\_. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.
- \_\_\_\_\_. Risoluzione convenzionale del processo. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. v. IX. n. 1. Padova: CEDAM, 1932.
- LIMA, Bernardo Silva de. Sobre o negócio jurídico processual. *IN* DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-123.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. Esquema de una teoría sistêmica del contrato. *IN* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 475-507.
- LOURENÇO, Haroldo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC. **Revista EMERJ**. v. 14. n. 56. Rio de Janeiro: EMERJ, out./dez. 2011, p. 74-107.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. IN DIDIER JR., Fredie (coord.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 417-431.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. 6. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2013. \_\_\_\_\_ . **Sociologia do Direito**. Gustavo Bayer (trad.). v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito**. Gustavo Bayer (trad.). v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985

MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. IN MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132-155.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. Negócio Processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2015, p. 463-487.

\_\_\_\_\_. **Ônus da prova e sua dinamização**. Salvador: Juspodivm, 2014

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. IN FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 339-361.

\_\_\_\_\_. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano. 37. n. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012, p. 295-316

MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação**. v. 10. n. 3. Porto Alegre: UFRGS, 2015, p. 253-282.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- MANDRIOLI, Crisanto. **Curso di Diritto Processuale Civile: L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, i processi del lavoro e locatizi.** v. 3. Turim: G. Giappichelli, 2000.
- MARCUS, David. The perils of contract procedure: a revised history of forum selection clauses in the federal courts. **Tulane Law Review.** New Orleans: Tulane University, fev. 2008, p. 974-1049.
- MARENGO, Roberto. Note in tema di discrezionalità del giudice civile. **Revista de Processo.** ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 158-173.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- \_\_\_\_\_. O “problema” do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. **Revista de Processo.** ano. 40. v. 249. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 399-418.
- \_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil.** Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade – a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- \_\_\_\_\_. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Espaço Jurídico.** v. 11. n. 2. Joaçoba: Espaço Jurídico, jul./dez. 2010, p. 334-372.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

\_\_\_\_\_. Autonomia da cláusula compromissória. **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**. v. 2. Brasília: Grupo de Estudo, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**. ano. 35. n. 139. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1998, p. 05-22.

MAUBACH, Norbert. **Gewerbliche Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung**. Bonn: Dt. Anwaltverl. 2002.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. **Revista de Processo**. ano. 39. n. 237. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2014, p. 223-235.

\_\_\_\_\_. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 521-539.

MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. *IN* MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de (org.). **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 79-97.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª Parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentário ao art. 5, II. *IN* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 243-249.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MICHELI, Gian Antonio. **Corso de Diritto Processuale Civile: parte generale**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. t. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. t. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. t. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. t. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 2 (arts. 154 a 269). São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

\_\_\_\_\_. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro.

**Revista da AJURIS**. v. 31. n. 96. Porto Alegre: Ajuris, out./dez. 2004, p. 69-91.

\_\_\_\_\_. O processualismo e a formação do Código de Buzaid. **Revista de Processo**. ano. 35. n. 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2010, p. 165-194.

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

**George Washington Law Review**. v. 75. Washington: George Washington University, p. 1-53.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração pública consensual e a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano. 9. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2012, p. 107-133.

MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las "orientaciones publicísticas" del proceso civil. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 173-197.

\_\_\_\_\_. Princìpi e ideologie del processo civile: impressioni di un "revisionista". **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. ano. LVII. n. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, jun. 2003, p. 575-582.

\_\_\_\_\_. Principios e ideologías del proceso civil: impresiones de un "revisionista". *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 97-107.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. *IN* MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. **Estudos de direito processual constitucional**: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo: Malheiros, 2009 p. 47-55.

\_\_\_\_\_. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *IN*

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *IN* \_\_\_\_\_.

**Temas de Direito Processual** – 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235-265.

\_\_\_\_\_. Convenções das partes sobre matéria processual. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito**

**Processual** – 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

\_\_\_\_\_. Duelo e processo. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211-221

\_\_\_\_\_. El neoprivatismo en el proceso civil. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 199-215.

\_\_\_\_\_. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. *IN*

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 7ª Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 155-178.

\_\_\_\_\_. **Julgamento e ônus da prova**. Temas de Direito Processual: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73-83.

\_\_\_\_\_. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. **Revista de Processo**. ano, 32. n. 150. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2007, p. 59-69.

\_\_\_\_\_. O neoprivatismo no processo civil. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87-101.

\_\_\_\_\_. O processo, as partes e a sociedade. **Revista de Processo**. ano. 30. n. 125. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2005, p. 279-288.

\_\_\_\_\_. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117-124.

\_\_\_\_\_. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-51.

\_\_\_\_\_. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. ano 27. n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, p. 181-190.

\_\_\_\_\_. Privatização do Processo? *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7-18.

\_\_\_\_\_. Sobre a participação do juiz no processo civil. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual** – 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-66.

\_\_\_\_\_. Sobre prazos peremptórios e dilatatórios. *IN* \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual** – 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. n. 18. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, 2000, p. 148-162.

MORTARA, Lodovico. **Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile**. 4. ed. v. 2. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1923.

\_\_\_\_\_. **Istituzioni di Procedura Civile**. Florença: G. Barbèra, 1922.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção das partes. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2015, p. 399-423.

MULLENIX, Linda S. Another choice of forum, another choice of law: consensual adjudicatory procedure in federal court. **Fordham Law Review**. v. 57. n. 3. New York: Fordham University, 1988, p. 291-373.

MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. 2. ed. Berlin: Duncker&Humblot, 1984.

MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo processual e gestão compartilhada do processo. *IN* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, DIDIER JR., Fredie, MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 147-159.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO, José Augusto (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NERY JR., Nelson. **Ditadura dos tribunais**: pensou-se no STF e no STJ, mas faltou ouvir o povo sobre o novo CPC. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/nelson-nery-jr-faltou-ouvir-povo-respeito-cpc>, consultado em 08 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013..

NITZSCHE, Dagobert. **Ausgewählte rechtliche und praktische Probleme der gewerblichen Prozesskostenfinanzierung unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzrechts**. München: Utz, 2003.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 81-92.

NOVA, Giorgio De. Accordi delle parti e decisione. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 59-68.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. Renúncia a direitos fundamentais. *IN* MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**. ano. 31. n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2006, p. 7-31.

\_\_\_\_\_. O processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**. n. 26. Curitiba: Gêneses, 2002, p. 653-664.



OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Elementos para uma leitura do direito processual civil a partir e à luz da constituição: o chamado “modelo constitucional de processo civil” e a garantia de tutela jurisdicional adequada aos direitos alegadamente violado. *IN* THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (coord.). **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 173-199.

OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. **Crise do welfare ou estado providencial?**: uma leitura de François Ewald. Rio de Janeiro: UFRJ, 1988.

ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. **Revista de Processo**. ano. 41. n. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2016, p. 407-427.

PALERMO, Antonio. **Contributo alla teoria degli atti processuali**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1938.

PARCHEN, Laura Fernandes. **Impacto do princípio da cooperação no juiz**. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM%20-%20VERS%20FINAL.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2017.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PENASA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 255-287.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEYRANO, Jorge W. (coord.). **Cargas probatorias dinâmicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria y practica de los negocios jurídicos procesales**. Disponível em [http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/teoria\\_y\\_practica.pdf](http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/teoria_y_practica.pdf). Acesso em 13 de novembro de 2017.

- PEZZANI, Titina Maria. **Il Regime Convenzionale delle Prove**. Milano: Giuffrè, 2009.
- PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *IN* AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 109-127.
- PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999.
- POHLMANN, Petra. **Zivilprozessrecht**. 3. ed. München: C.H. Beck, 2014.
- PRÜTTING, Hanns. **Gegenwartsprobleme der Beweislast: eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht**. München: Beck, 1983.
- QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- RAATZ, Johann Georg. **Vollstreckungsverträge**. Berlin: Heymann, 1935.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil brasileiro**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.
- \_\_\_\_\_. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 149. São Paulo: Dialética, ago. 2015, p. 09-16.
- \_\_\_\_\_. Ônus da prova e distribuição dinâmica: lineamentos atuais. *IN* MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Pietro, BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 210-226.
- RESNIK, Judith. Procedure as contract. **Notre Dame Law Review**. v. 80. n. 2. Indiana: University of Notre Dame, 2005, p. 593-668.
- RHEE, Robert J. Toward procedural optionality: private ordering of public adjudication. **New York University Law Review**. v. 84. New York: New York University, p. 514-571.
- RITZMANN, Uve J. **Über den Feststellungsvertrag**. 1972. Dissertação. Universität Hamburg, 1973.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

- ROCHA, José de Moura. A competência e o novo código de processo civil. *IN* WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Doutrinas essenciais: processo civil**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1041-1083.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. 34. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004
- RODRIGUES, Walter Piva. **Coisa julgada tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ROMANO, Santi. Norme giuridiche [destinatari delle] (verbete). **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Giuffrè, 1947.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes (trad.). Coimbra: Almedina, 1988.
- ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. Lisboa: Inquérito, 1981.
- SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SAMPAIO JR., José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. 2. ed. Porto: Aforamento, 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 507-519.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In.*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 31-68.

SATTA, Salvatore. **Contributo alla dottrina dell'arbitrato**. Milano: Vita e Pensiero, 1931.

\_\_\_\_\_. **Diritto Processuale Civile**. 9. ed. Padova: CEDAM, 1981.

SAVIGNY, Friedrich Carl. **Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts**. v. II. Berlin: Veit & Comp., 1853.

SCHERF, Dieter. **Vollstreckungsverträge**. Köln: Heymann, 1971.

SCHIEDERMAIR, Gerhard. **Vereinbarungen im Zivilprozeß**. Bonn: Röhrscheid, 1935.

SCHILKEN, Eberhard. **Zivilprozessrecht**. 7. ed. München: Vahlen, 2014.

SCHLOSSER, Peter. **Einverständliches Parteihandeln im deutschen Zivilprozess** *IN*

CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 105-130.

\_\_\_\_\_. **Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHROEDER, Theodore Albert. **Due process of law**. New York City: Free Speech League, 1908.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. **The Yale Law Journal**. n. 115. n. 8. Connecticut: Yale University, jun. 2006, p. 814-879.

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, Cássio Scarpinella (coord.). **Impactos processuais do direito civil**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 183-201.

\_\_\_\_\_. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011

\_\_\_\_\_. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito português: fontes de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.  
\_\_\_\_\_. Sobrevivência da *querela nullitatis*. *IN* \_\_\_\_\_. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 81-92.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio da Silva. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias**. Lisboa: Coimbra, 2009.

\_\_\_\_\_. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. Pactum de *non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 297-334.

\_\_\_\_\_. Preterição do contraditório e irregularidade de constituição de tribunal arbitral. **Revista de Processo**. ano. 37. n. 212. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2012, p. 301-334.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *IN* \_\_\_\_\_ (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

\_\_\_\_\_. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. n. 4. São Paulo: ABDET, 2006, p. 23-51.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, jan./jun. 2003, p. 607-630.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. Dinamização do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano. 40. n. 239. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2015, p. 407-420.

SIMÃO, José Fernando. **Tempo e direito civil: prescrição e decadência**. 2011. Tese (livre-docência em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

SMITH, Shelly. Mandatory Arbitration Clauses in Consumer Contracts: Consumer Protection and the Circumvention of the Judicial System. **DePaul Law Review**. v. 50. n. 4. Chicago: DePaul University, p. 1191-1251.

SOEHRING, Kay. **Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozeßverträgen**. Köln: Heymann, 1968.

SOLIMINE, Michael E. Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure. **Cornell International Law Journal**. v. 25. New York: Cornell Law School, 1992.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direito fundamentais. *IN* SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11-53.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo Processo Civil português. **Revista de Processo**. ano. 22. n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1997, p. 174-184.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Segurança. *IN* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 229-232.

STRECK, Lenio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo. *IN* SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 203-228.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *IN* STRECK, Lênio; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

\_\_\_\_\_. **Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do Direito**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/senso-incomum-professor-aluno-jornalista-selfie-velorio-fujamos>. Acesso em 27 de abril de 2016.

STRECK, Lenio Luiz *et al.* **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em 15 de abril de 2016.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em 23 de março de 2017.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr. 1998.

STRONG, John W. Consensual Modifications of the Rules of Evidence: The Limits of Party Autonomy in an Adversary System. **Nebraska Law Review**. v. 80. Nebraska: University of Nebraska, 2001, p. 159-170.

STRONG, Stacie I. Limits of procedural choice of law. **University of Missouri School of Law Scholarship Repository**. Columbia: University of Missouri, 2014, p. 1027-1121.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do direito. *IN* ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (coord.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 137-196.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 29. São Paulo: Dialética, ago. 2005, p. 38-56.

\_\_\_\_\_. Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano. 2. n. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2005, p. 135-157.

\_\_\_\_\_. **Um processo pra chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61) 044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos. Acesso em 11 de janeiro de 2016.

TARUFFO, Michele. Contro la veriphobia: osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. **Rivista di Diritto Processuale**. LXV (II serie). n. 5. Padova: CEDAM, set./out. 2010, p. 995-1011.

\_\_\_\_\_. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

\_\_\_\_\_. **La prova dei fatti giuridici**: nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992.

\_\_\_\_\_. **La semplice verità**: il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Laterza, 2009.

\_\_\_\_\_. Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. **Revista de Processo**. ano. 32. n. 152. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2007, p. 319-331.

\_\_\_\_\_. Verità negoziata? **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 69-98.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**. ano. 41. n. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2016, p. 91-109.

TAYLOR, David H.; CLIFFE, Sara M. Civil procedure by contract: a convoluted confluence of private contract and public procedure in need of congressional control. **University of Richmond Law Review**. v. 35. Virginia: University of Richmond, 2002 p. 1085-1162.

TAYLOR, Hannis. **Due process of law and the equal protection of the laws**. Chicago: Callaghan, 1917.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo. **Revista de Processo**. ano. 26. n. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001, p. 68-88.

\_\_\_\_\_. As nulidades no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano 8. n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1983, p. 38-60.



\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. v. 1. Rio de Janeiro: forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil:** procedimentos especiais. 50. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. ano. 34. n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2009, p. 107-141.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos**. Disponível em [www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Mediação-no-novo-CPC-Tartuce.pdf](http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Mediação-no-novo-CPC-Tartuce.pdf). Acesso em 14 de novembro de 2017.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *IN* WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Doutrinas essenciais: processo civil**. v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 323-337.

\_\_\_\_\_. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

\_\_\_\_\_. Natureza e objeto das convenções processuais. *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 23-29.

\_\_\_\_\_. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. **Lições de Processo Civil Canônico: história e direito vigente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Negócio jurídico processual. **Enciclopédia Saraiva de Direito.** v. 54. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 190-192.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo.** São Paulo: Saraiva, 1989,

\_\_\_\_\_. **Devido processo legal e tutela jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. IN AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.** Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 217-247.

VELLOSO, Carlos Mário. As novas garantias constitucionais. **Revista de Direito Administrativo.** n. 177. Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1989, p. 14-28.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral.** 12. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 12. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

VERDE, Giovanni. Le ideologie del processo in um recente saggio. **Rivista di Diritto Processuale.** ano. LVII (II Serie). n. 3. Padova: CEDAM, jul./set. 2002, p. 676-687.

VETTA, Maddalena. **Cessione del contratto, cessione del credito e circolazione della clausola compromissoria.** 2013. Tese (Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Arbitrato Interno ed Internazionale). Libera Università Internazionale Degli Studi Sociali, 2014.

VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil.** São Paulo: Atlas, 2003.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Português no direito: linguagem forense.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WAGNER, Gerhard. **Prozeßverträge.** Mohr Siebeck, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Há lugar para certo otimismo em relação ao novo CPC.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-fev-04/teresa-arruda-alvim-lugar-certo-otimismo-relacao-cpc>. Acesso em 23 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. **Nulidades do processo e da sentença.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *IN* YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

WEIDEMAIER, W. Mark C. Customized Procedure in Theory and Reality. **Washington and Lee Law Review**. v. 72. n. 4. Lexington: Washington and Lee University, set. 2015, p. 1867-1943.

WIESER, Eberhard. Die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungsgläubigers. **Neue Juristische Wochenschrift**. v. 41. n. 11. München, Frankfurt am Main: Beck, mar. 1988.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *IN* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios processuais**. Juspodivm, 2015, p. 63-80.

\_\_\_\_\_. Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC. **Revista do Advogado**. ano. XXXV. n. 126. São Paulo: AASP, maio 2015, p. 89-94.

\_\_\_\_\_. O projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: “Discovery” brasileira? *IN* \_\_\_\_\_.; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 203-210.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. *IN* MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC- Doutrina Seleccionada**. v. 3. Processo de Conhecimento – Provas. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 457-496.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Juarez Tavares (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile: introduzione e parte generale**. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold, WÜRTEMBERGER, Thomas, MAUNZ, Theodor. **Deutsches Staatsrecht**. München: Beck, 2008.

ZUCKERMAN, Adrian. Adjudication of civil dispute: a mismanaged public service. **Accordi di Parte e Processo – Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano. LXII. n. 3. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2008, p. 121-126.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.