

GABRIELA KAZUE FERREIRA EBERHARDT FRANCISCO

O juiz e a contratualização dos litígios

Tese de doutorado

Orientador: Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo

São Paulo

2018

GABRIELA KAZUE FERREIRA EBERHARDT FRANCISCO

O juiz e a contratualização dos litígios

Tese 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 doutora em direito, na área de concentração direito processual civil, sob a orientação do Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro.

Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo

São Paulo

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca de Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

- F818j Francisco, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt
O juiz e a contratualização dos litígios / Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt Francisco; orientador Oreste Nestor de Souza Laspro. -- Ribeirão Preto, 2018.
171 p.
- Tese (Doutorado - Departamento de Direito Privado e Processo Civil) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018.
1. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS. 2. DEVER DE COOPERAÇÃO. 3. CONVENÇÕES PROCESSUAIS. 4. ATUAÇÃO DO JUIZ. I. Laspro, Oreste Nestor de Souza, orient. II. Título

AGRADECIMENTOS

Ao professor Oreste Laspro, que nos últimos oito anos e meio emanou confiança e tranquilidade, criando o ambiente ideal para que essa tese pudesse vir a existir (assim como tantos outros trabalhos acadêmicos de seus orientados). Obrigada pela orientação e pelos deliciosos jantares de fim de ano.

Ao professor Marcelo Bonizzi, obrigada pelas valiosas e gentis considerações em exame de qualificação.

Ao professor Carlos Alberto de Salles, obrigada pelo aprendizado, torcida e convivência diários. Obrigada também pelos trabalhos acadêmicos que generosamente compartilhou comigo durante esses últimos anos.

Às minhas colegas de orientação, aos amigos que a pós-graduação e a graduação me deram (que me recuso a nomear porque escrevo esses agradecimentos em privação de sono e não quero correr o risco de esquecer ninguém), obrigada pelo apoio e compreensão.

À minha mãe, obrigada por ser a segunda casa da Sara e nunca ter dito (nenhuma vez, nem de brincadeira), que eu estava tentando fazer coisas demais. Eu estava, mas agradeço por não ter dito.

Ao meu pai, irmão, à minha avó, aos meus tios e primos, que cuidaram da Sara (e, conseqüentemente, de mim) enquanto eu escrevia. Obrigada pela comida caseira e por fazerem-na rir no quarto ao lado – perto o suficiente para eu ter tranquilidade e longe o bastante para eu manter alguma sanidade.

Ao João, obrigada por ter descoberto comigo um jeito de sobreviver aos nossos dois mestrados, dois doutorados, algumas perdas e (em breve) dois filhos. Eu sou grata por nós todos os dias.

Para João, Sara e Lucas
(como ademais tudo que eu faço).

RESUMO

O presente trabalho visa a responder de que forma o dever de cooperação positivado no Código de Processo Civil atual conforma a atuação judicial nos processos regidos por convenção processual. Para tanto, parte-se da premissa de que a cooperação é fenômeno existente fora do processo (e inclusive fora do direito), e também na arbitragem. Na segunda parte do trabalho, busca-se sistematizar e explicar as condutas que se espera do julgador diante de processos regidos por convenção processual ou que possam sê-lo, representadas nas funções de fomento, controle e aplicação dos negócios jurídicos processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Convenções processuais – negócios jurídicos processuais – dever de cooperação – atuação do juiz

Francisco, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. O juiz e a contratualização dos litígios. 2018. 170p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

ABSTRACT

The present study aims to answer how the cooperation duty imposed by the current Code of Civil Procedure conforms the judicial acting in the lawsuits governed by procedural agreements. In order to do so, it starts with the premise that cooperation is a phenomenon that can be observed outside civil procedure (and even outside the law), and also in arbitration. In the second part of the paper, it seeks to systematize and explain the conducts that are expected from the judge in relation to actions governed by or which may be governed by procedural agreements, represented in the functions of incentive, control and application of contractualized procedures.

KEYWORDS: procedural agreements – contractualized procedures – cooperation duty – judicial acting.

Francisco, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. The judge and the contractualized procedures. 2018. 170p. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

RÉSUMÉ

Le présent document vise à répondre de quel manière le devoir de coopération positif dans le Code de Procédure Civile brésilien actuel conforme l'action judiciaire dans les actions régis par des accords proceduraux. Pour ce faire, on part de la premisses que la coopération est un phénomène extérieur au droit procédural (et même hors-la-loi), ainsi que dans l'arbitrage. Dans la deuxième partie du document, on cherche à systématiser et expliquer la conduite attendue du juge par rapport aux actions régis par ou pouvant être régis par des conventions procédurales, représentés dans les fonctions de fomentation, de contrôle et d'application des accords proceduraux.

MOTS-CLES: accords procéduraux – contractualisation des litiges – devoir de coopération – rôle du juge

Francisco, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. Le juge et la contractualisation des litiges. 2018. 170p. Doctorat – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2018.

SUMÁRIO

Introdução	11
A tese proposta	13
Ainda em caráter introdutório: do diálogo constante com a arbitragem	15
Primeira Parte.....	19
Capítulo 1. Sobre autonomia da vontade e cooperação.....	19
1.1. O papel da autonomia da vontade no processo civil.....	19
1.2. Cooperação existe fora do processo.....	23
1.2.1. Segue: as vantagens específicas que decorrem da celebração de convenções processuais (e as críticas que as acompanham)	31
1.3. Cooperação existe também no processo: o exemplo da arbitragem	36
1.4. A cooperação positivada na forma de dever processual	41
1.4.1. Breve observação sobre a natureza do art. 6º do Código de Processo Civil.....	41
1.5. Conteúdo do dever de cooperação no Código de Processo Civil	44
1.5.1. Conteúdo e desdobramentos do dever de cooperação para o juiz.....	47
1.5.2. Conteúdo do dever de cooperação para as partes.....	50
1.5.3. Segue: consequências da observância do dever de cooperação pelos sujeitos processuais.....	51
1.5.4. Segue: outras manifestações do dever de cooperação no Código de Processo Civil	52
1.6. Relação entre autonomia da vontade, dever de cooperação e convenções processuais	54
Capítulo 2. Das convenções processuais.....	59
2.1. Considerações iniciais	59
2.2. Convenções processuais típicas	62
2.3. Cláusula geral de negociação processual.....	64
2.3.1. Requisito subjetivo para qualquer negociação processual atípica: “partes plenamente capazes”	65
2.3.2. Objeto das convenções processuais atípicas	67
2.3.2.1. Convenções processuais sobre o procedimento.....	68
2.3.2.2. Convenções processuais sobre posições jurídicas das partes	71
2.3.3. Segue: outras possibilidades genéricas.....	81
2.3.3.1. Ainda: convenções processuais para limitação de danos	83
2.3.4. Limitações aplicáveis a todas as convenções processuais.....	89
2.4. Consequências da inobservância das convenções processuais.....	98

Segunda parte.....	100
Capítulo 3. Atuação judicial nos processos regidos por convenção	100
3.1. Primeira função do juiz: fomento	105
3.1.1. Segue: convenções processuais como mecanismo adequado de flexibilização do procedimento nos processos que as admitem	109
3.1.2. Segue: incentivo à composição material e processual	112
3.1.3. A crítica do assoberbamento	117
3.2. Segunda função do Juiz: controle da convenção processual.....	121
3.2.1. O que é inserção abusiva em contrato de adesão?	122
3.2.2. Como se afere “manifesta vulnerabilidade?”	126
3.2.3. Sobre nulidades (intersecção com o direito material).....	129
3.2.3.1. Segue: convenções processuais: regime híbrido de nulidades.....	131
3.2.3.2. Segue: transposição das invalidades de direito material para o controle judicial de convenções processuais.....	135
3.2.4. Intersecção com a lei de arbitragem: causas de nulidade da sentença arbitral de interesse para as convenções processuais	136
3.2.4.1. a nulidade da sentença arbitral que decorre de nulidade do compromisso ou inobservância dos limites da convenção de arbitragem.....	136
3.2.4.2. Segue: impossibilidade de convenções impositivas.....	138
3.3. Terceira função do juiz: aplicação da convenção processual	141
3.3.1. Segue: cumprir e dar cumprimento à convenção processual.....	144
3.3.2. Segue: juiz não é parte das convenções processuais.....	146
Conclusão.....	150
Bibliografia.....	152

INTRODUÇÃO

Embora o Código de Processo Civil atual esteja em vigência há relativamente pouco tempo (menos de três anos na data do depósito da presente tese), quiçá em razão do sabor da novidade, há, literalmente, dezenas de trabalhos escritos a respeito do tema das convenções processuais, entre artigos, dissertações, teses e livros¹.

Conquanto parte da doutrina já admitisse a existência de certos negócios jurídicos processuais sob a égide do Código de Processo Civil revogado, as possibilidades de ampla celebração de convenções processuais (conferida pelo artigo 190 do Código de Processo Civil) e o aumento das hipóteses dos negócios processuais típicos no diploma processual vigente têm sido bastante comentadas, ensejando a mencionada multiplicação de material acadêmico.

Nesse contexto, alguns temas, como, por exemplo, a possibilidade teórica de existirem convenções processuais – tanto por estarem no meio do caminho entre o publicismo comumente associado ao processo civil e o privatismo que se relaciona aos negócios jurídicos entre particulares, quanto em razão do dogma da irrelevância da vontade no processo civil –, não precisam (nem devem) ser revisitados neste trabalho, para que a discussão possa prosseguir.

Da mesma forma, não se tratará da possibilidade e adequação de enquadramento das convenções processuais na teoria ponteana de ato-fato-negócio jurídico, que já foi eficazmente desenvolvida².

¹ Vide referências ao longo do presente trabalho.

² Vide, a respeito, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro*, in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, p. 84; LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, referindo Marcos Bernardes de Mello, *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*, in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, p. 32; MARÍLIA SIQUEIRA DA COSTA, *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de mestra sob a orientação do Prof. Associado Heitor Vitor Mendonça Sica, São Paulo, 2017, p. 34. Há versão comercial deste último trabalho, intitulada *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*, Salvador, Juspodium, 2018, que não foi consultada por ter sido lançada poucas semanas antes do depósito desta tese, de modo que todas as referências são à versão acadêmica depositada na biblioteca da Faculdade.

Esses dois “grandes assuntos” (presentes em praticamente todas as obras a respeito do tema) serão, assim, tomados como premissas, e referidos ao longo do texto com as explicações pertinentes, mas sem aprofundamento maior.

O presente trabalho, assim, se divide em duas partes: primeiramente, pretende-se enquadrar a possibilidade de celebração de convenções processuais como a manifestação processual do fenômeno da cooperação, que se observa fora do processo e, a rigor, até mesmo fora do direito.

Para isso, discorre-se sobre as noções de cooperação, e de contrato de cooperação (tomada de empréstimo do direito empresarial e financeiro), passando-se pelas razões pelas quais empresas em ambiente de mercado optariam por celebrá-lo.

Na sequência, explica-se que, na arbitragem, se verificam os efeitos do dever de cooperação de maneira mais evidente, partindo-se então para exposição dos contornos, conteúdo e manifestações desse dever inseridos no Código de Processo Civil.

O segundo capítulo dessa primeira parte trata das convenções processuais, suas possibilidades e limites à luz das disposições do Código de Processo Civil, de modo a permitir a posterior análise das posturas do julgador nos processos por elas regidos.

Na segunda parte do trabalho, foca-se na atuação do juiz. Mais especificamente, a atenção se volta para as posturas que se entende deva o magistrado adotar em processos regidos por convenção processual (ou que tenham potencial para celebração de convenção processual), um tanto diversas dos casos em que essa possibilidade seja inexistente.

Como se explicará, os comportamentos que se espera do julgador no processo regido por convenção processual decorrem do dever de cooperação que lhe é imposto pelo Código de Processo Civil, e se estruturam em três vertentes: fomento aos negócios jurídicos processuais (como decorrência do dever de tentar conciliar as partes), controle do conteúdo das convenções processuais firmadas, quer em caráter antecedente ou incidental, e aplicação do negócio jurídico processual.

Cada uma dessas posturas será, a seu tempo, explicada e justificada, de modo a permitir compreender-se sua função no processo e o alcance respectivo.

Ainda, a análise desses comportamentos esperados conduz, como se demonstrará, à conclusão de que o juiz não é parte nas convenções processuais, qualquer que seja o tipo respectivo ou o cenário em que sejam celebradas.

Por fim, apresenta-se conclusão com análise crítica da possibilidade de demonstração da tese.

A TESE PROPOSTA

O presente trabalho pretende desenvolver uma tese central que pode ser traduzida na seguinte pergunta de trabalho: de que maneira o dever de cooperação previsto no Código de Processo Civil condiciona a atuação do magistrado nos processos regidos por convenção processual?

A hipótese a ser testada é a seguinte: nos processos que admitam convenção processual (ou, de maneira até mais intensa, naqueles em que as partes tenham celebrado convenção processual), a atuação do magistrado deve ser distinta dos processos em que não se cogite de negócios processuais.

Para testar a hipótese e responder à pergunta, em primeiro lugar, explora-se a ideia de que a cooperação enquanto dado da realidade existe fora do ambiente processual (e até mesmo fora do direito), de modo que as convenções processuais são, em princípio, mera extensão desse fenômeno para dentro do processo civil, como materialização do dever de cooperação positivado pelo Código de Processo Civil.

Para isso, fixa-se como premissa que a cooperação entre dois ou mais sujeitos pode ser observada nos mais variados ambientes, em situações regidas ou não pelo direito, dependendo de poucos (e simples) fatores que – ao contrário de críticas bastante

sonoras³ – podem muito bem se verificar no processo civil, ainda que haja divergência ou animosidade entre as partes.

A partir disso, desenvolve-se a ideia de que o juiz não se exime de cooperar com as partes, propondo-se sistematização das condutas que se espera do julgador diante da possibilidade de as partes virem a celebrar convenções processuais, ou mesmo em face de negócios processuais já realizados, sintetizadas nas atividades de fomento, controle e sujeição.

Em relação a esse aspecto, conquanto se tenha verificado debate na doutrina acerca de o juiz ser ou não parte na convenção processual, não se identificou tratamento sistematizado de como se espera que ele efetivamente atue diante da potencialidade prática da celebração de negócios processuais, nem mesmo estudo a respeito de por quais razões eventualmente o julgador se veria inclinado a fazê-lo.

Estruturalmente, o presente trabalho será dividido em duas partes e a primeira, por sua vez, subdivididas em capítulos.

A primeira será dedicada à relação entre autonomia da vontade, convenções processuais e cooperação, partindo-se do dogma da irrelevância da vontade no processo civil e respectiva superação.

Estabelece-se então paralelo com a arbitragem para demonstrar que a cooperação, a bem da verdade, já existia no processo (ou, de maneira mais ampla, nos métodos de solução adjudicada de conflitos), e se apresentam os contornos do dever de cooperação no processo civil, cuja materialização pode se dar na forma de convenção processual.

³ Veja-se, por exemplo: “Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da “natureza humana”. Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isso é, digamos assim, natural, pois não? Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria “direito”. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie. Desculpem-nos nossa franqueza.” LENIO LUIZ STRECK *et alli*, *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*, Consultor Jurídico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>, acesso em 2.4.2018.

Passa-se à cooperação como fenômeno identificável em outras áreas do direito (e até mesmo fora dele, como já se mencionou) e à noção de convenções processuais como a extensão desse dado da realidade para dentro do processo civil. Necessário, assim, tecer considerações sobre o fenômeno da cooperação, sobre a ideia de contratos de cooperação que vem ganhando força em direito empresarial e, finalmente, sobre as convenções processuais da forma como lei e doutrina as concebem no nosso sistema.

Ainda, dedica-se um capítulo ao estudo das convenções processuais propriamente, suas hipóteses de cabimento, objeto, possibilidade e limites, cuja compreensão é necessária para fazer correlação com a segunda parte do trabalho.

Nessa segunda parte, como já se adiantou, foca-se na atuação do juiz (ou seja, explica-se de que maneira se espera que ele deva atuar nos processos regidos por convenção), visando à sistematização das condutas que se pretende sejam adotadas – fomento, controle, aplicação –, para então, concluir.

AINDA EM CARÁTER INTRODUTÓRIO: DO DIÁLOGO CONSTANTE COM A ARBITRAGEM

A premissa de que processo regido por convenção processual e arbitragem, embora sejam geneticamente distintos, possuem semelhanças que os aproximam substancialmente⁴, previamente enunciada, será oportunamente fixada no corpo do trabalho.

⁴ “(...) without considering the implications of contract procedure it is difficult to gauge the ramifications of other forms of private involvement in dispute resolution, including arbitration and post-dispute procedural stipulations.” E também: “(...) contract procedure functions as a form of privatization – the outsourcing of government functions – and that it implicates the structure and design of public institutions.” KEVIN E. DAVIS, HELEN HERSHKOFF, *Contracting for procedure*, William & Mary Law Review, 53:2011, pp. 511 e 512.

Entretanto, possível desde logo adiantar que a comparação entre esses dois métodos de resolução de controvérsia será realizada ao longo de todo o presente estudo.

Com efeito, a arbitragem fincou raízes no Brasil⁵, tendo-se firmado⁶ como o método por excelência de resolução de determinados conflitos, especialmente entre litigantes com alto poder aquisitivo, ou que envolvam assuntos sensíveis em relação aos quais se entende a publicidade inerente ao processo judicial como prejudicial, ou ainda em casos altamente especializados.

Por isso, a experiência construída nesse campo nos pouco mais de 20 anos da lei de arbitragem atual (Lei nº 9.307/1996) configura precioso repositório de ideias para se pensar os negócios jurídicos processuais, inovação recém-trazida pelo Código de Processo Civil atual.

Sem a pretensão de avançar demais sobre o conteúdo propriamente da tese, necessário ressaltar que não se pretende, com isso, ignorar as diferenças entre esses dois métodos de resolução de conflitos.

Sabe-se, por exemplo que, em situações normais, é de se esperar que o painel arbitral possa dedicar muito mais tempo e atenção a um determinado caso⁷ do que o juiz estatal jamais poderia, em razão do volume de trabalho a que está sujeito⁸, o que por

⁵ Veja-se, a respeito, CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Atlas, 2009, pp. 2-3.

⁶ “A falta de tradição decorrente dos entraves legais outrora existentes – tais como a ineficácia jurídica da cláusula arbitral, que sempre dependia do compromisso para surtir efeitos, a necessidade da homologação judicial do laudo arbitral e a necessidade da dupla homologação perante o Supremo Tribunal Federal para a execução das sentenças arbitrais estrangeiras cede espaço paulatinamente a uma nova realidade marcada pela crescente e já cotidiana prática da arbitragem, potencializada pela declaração incidental da constitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.307/96 em dezembro de 2001 e pela ratificação da Convenção de Nova Iorque em julho de 2002.” RAFAEL FRANCISCO ALVES, *A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal?*, Revista de Arbitragem e Mediação, 7:2005, pp. 110-111.

⁷ “A arbitragem vale o que vale o árbitro. Este adágio, referido em larga escala pela doutrina arbitral, põem em relevo uma das vantagens da arbitragem, ou seja, a *especialidade do árbitro* e o papel relevante que desempenha no curso do procedimento arbitral.” JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, *Recusa e impugnação de árbitro*, Revista de arbitragem e mediação, 15:2007, p. 81, destaque do original.

⁸ Essa observação não passou despercebida por FLÁVIO LUIZ YARSHELL, para quem “(...) o processo jurisdicional – estatal ou arbitral – permanece como instrumento de objetivos que também são públicos: a atuação do direito objetivo, a pacificação social e a afirmação do poder estatal. Assim, não se pode simplesmente colocar juiz estatal e árbitro em idêntico patamar. Uma arbitragem é instituída para um caso específico e os árbitros são – ou estão – juízes dessa particular situação; já o órgão estatal tem a seu cargo uma plêiade de processos, de tal sorte que a criação de regras convencionais particulares deve levar em conta as características, peculiaridades e limites (jurídicos e estruturais) do órgão estatal e da atividade por ele

sua vez gera expectativa de impacto positivo tanto na duração do procedimento arbitral quanto na qualidade da decisão⁹. A observação poderia se estender também a equipamentos à disposição das partes e do painel, e auxiliares da justiça, naturalmente.

Tampouco se desconsidera “a confiança (fidúcia) como mecanismo fundamental na diferenciação entre arbitragem e processo judicial, entre árbitro e juiz”, pois, como explica TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, “a confiança fiducial no juiz togado repousa muito mais na presunção de *neutralidade* da instituição estatal, não no sentido de que seja imune às influências do meio circundante, mas de que goza da legitimidade dada pelo consenso presumido de todos (*terceiro institucionalizado*)”, ao passo que o árbitro “goza de legitimidade pelo consenso *presumido* dos que o indicam *expressivamente*”¹⁰.

De todo modo, feitos os necessários descontos, a análise das razões pelas quais alguns contratantes escolhem recorrer à arbitragem pode fornecer pistas importantes para compreender o que se poderia entender como atrativos dos negócios processuais¹¹.

Outra distinção crítica é a possibilidade de especialização do árbitro na área de conhecimento sobre a qual se desenvolve a disputa e o fato de que suas decisões estão sujeitas a menor controle do que as do juiz. Esses dados, aponta MAURO RUBINO-SAMMARTANO, associados às circunstâncias já mencionadas de que o árbitro é apontado especificamente para o caso e remunerado pelas partes (enquanto o juiz é servidor público

desenvolvida. Em contrapartida, essa distinção e tais limites não podem servir de pretexto para que se recuse validade ou efetividade a regras convencionais das partes sob o argumento de falta de estrutura ou de tempo.” *Que futuro está reservado para as convenções das partes em matéria processual?*, disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/que-futuro-esta-reservado-para-as-convencoes-das-partes-em-materia-processual/17175>, acesso em 6.12.2016, p. 2.

⁹ HENRY S. NOYES critica essa opinião, ao fundamento de que “[e]ven where arbitration is faster than litigation, however, this efficiency is likely the result of the system that the parties have designed. Arbitration is faster because the party-selected procedures dictate a speedy resolution by waiving a jury, stream-lining discovery, and otherwise ensuring that the dispute resolution procedures guarantee a quick decision. If these same parties ay waive a jury, streamline the discovery process, and alter other procedures to guarantee a quick decision while remaining in the public court system, they may obtain the same efficiency.” *If you (re)build it, they will come: contracts to remake the rules of litigation in arbitration’s image*, Harvard Journal of Law & Public Policy, 30:2007, disponível em <https://ssrn.com/abstract=891301>, acesso em 25.5.2018, p. 586.

¹⁰ *Suspeição e impedimento em arbitragem – sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996*, Revista de Arbitragem e Mediação, 28:2011, p. 71.

¹¹ “Given the contractual power to design a congenial trial process, what would powerful parties desire? One way to gauge their wish list would be to examine the reasons that they are said to choose arbitration clauses: to choose law that minimizes their liability, to eliminate class actions, to eliminate the jury, to avoid publicity, and to save time and money without sacrificing procedural advantage. Arbitration also avoids collateral estoppel and the creation of unwanted precedent.” ELIZABETH THORNBURG, *Designer Trials*, Journal of Dispute Resolutions, 2006:2006, disponível em www.heinonline.com, acesso em 2.6.2018, p. 192.

cuja função principal é julgar) poderiam teoricamente influenciar os mecanismos de tomada de decisão de um e de outro julgadores¹²⁻¹³.

De todo modo, o exame dos poderes e deveres do árbitro desponta como vetor metodológico importante para compreender os limites da atuação do juiz no processo regido por convenção processual, permitindo comparar e contrastar o que se espera da figura do julgador¹⁴ num e noutra métodos de solução de conflitos, novamente, sem pretender afirmar que são idênticos.

Por essas razões, ao longo do texto, as referências à arbitragem serão frequentes, da mesma forma que a comparação entre esta e o processo regido por convenção processual.

¹² Vide, a respeito, *The decision-making mechanism of the arbitrator vis-à-vis the judge*, Journal of international arbitration, 25:2008, pp. 168-169.

¹³ Discorda CARLOS ALBERTO CARMONA, embora (ressalve-se) no contexto de, em 1990, defender o caráter jurisdicional da arbitragem: “(...) qual seria a diferença entre a atividade do juiz e a do árbitro? Intellectualmente, nenhuma: ambos analisariam o fato à luz dos cânones jurídicos para perquirir a verdade e declarar a norma aplicável à espécie; ambos colheriam provas, resolveriam questões e profeririam a decisão final. Ambos, portanto, declarariam o direito.” *Arbitragem e jurisdição*, Revista de Processo, 58:1990, disponível em www.rtp.com.br, acesso em 29.6.2018, p. 2 (arquivo digital).

¹⁴ “Da definição de arbitragem compromissória, podemos extrair o traço contratual da arbitragem, expresso na máxima de que a arbitragem é contratual na fonte e jurisdicional em seu desenvolvimento. Por outro lado, encontra-se, ainda aí, o conceito difundido de que a missão dos árbitros consiste numa obrigação de resultado ou seja, o compromisso de dar a sua opinião sobre a controvérsia, dirimindo-a. assim sendo, não podia o pretor obrigar a que uma pessoa viesse a assumir a função de árbitro, mas, uma vez aceita esta, a controvérsia restava aos seus cuidados e deveria, portanto, ditar uma sentença.” JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, *Recusa cit.*, p. 82.

PRIMEIRA PARTE

Capítulo 1. SOBRE AUTONOMIA DA VONTADE E COOPERAÇÃO

Afirmou-se na introdução que determinadas questões, que comumente são abordadas em trabalhos acadêmicos a respeito dos negócios jurídicos processuais (como a possibilidade teórica de existirem ou a conceituação mediante a transposição da teoria ponteano de ato-fato-negócio jurídico para dentro do processo), não seriam enfocadas nesse estudo, por já terem sido adequada e suficientemente desenvolvidas pela doutrina em trabalhos precedentes.

Há, contudo, uma exceção: conquanto diversas obras tratem do papel da autonomia da vontade no processo civil, a sua relação com o dever de cooperação e, via de consequência, com as convenções processuais, é essencial para o raciocínio que se pretende estruturar no que diz respeito à atuação do juiz.

Justamente por isso, necessário desenvolver ideias em torno desses temas, que não podem simplesmente ser referidos, de modo a permitir a adequada fixação das premissas que permitirão, oportunamente, responder à pergunta de trabalho anteriormente enunciada.

1.1. O PAPEL DA AUTONOMIA DA VONTADE NO PROCESSO CIVIL

Durante muito tempo, vigeu em nosso sistema o que se convencionou chamar de dogma da irrelevância da vontade dos atos processuais.

Para ilustrar, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁵, anteriormente à promulgação do Código de Processo Civil atual, afirmava textualmente que “[o]s efeitos dos atos processuais são sempre os que resultam da lei e não necessariamente da vontade”¹⁶, negando em absoluto a existência de negócios jurídicos processuais (mesmo aqueles que parte da doutrina já reconhecia como sendo tal)¹⁷.

Essa é, possivelmente, a razão pela qual, após a promulgação do Código de Processo Civil, com a inserção no sistema dos negócios processuais atípicos, estudiosos de processo se preocuparam tanto em justificar como a vontade (que fundamenta os negócios jurídicos em geral) poderia vir a ter relevância no processo civil¹⁸.

Veja-se, por exemplo, que parcela da doutrina se baseia no que denomina princípio do autorregramento da vontade¹⁹⁻²⁰, consistente na gama de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito segundo o ordenamento jurídico, ainda que ressaltando que sua amplitude, no processo civil, é mais restrita do que a do direito privado.

¹⁵ No mesmo sentido: “Em sua qualidade de atos jurídicos, os atos processuais são, indubitavelmente e por definição, *atos voluntários*; eles não são sequer concebíveis senão como resultado da vontade de pessoa que os leva a efeito. Mas trata-se aqui de uma vontade extremamente genérica, ou seja, *a simples vontade e consciência de realizar o ato*; não se requer absolutamente que seja voltada à obtenção de dado efeito, não podendo ela tampouco determiná-lo e moldá-lo conforme melhor lhe agrade, porque o efeito já está fixado e pré-estabelecido em lei. Nisso os atos processuais distinguem-se de outras categorias de atos jurídicos, e especialmente dos *negócios jurídicos*.” ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 291.

¹⁶ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 469. E também: “(...) o processo em si mesmo não é um contrato ou negócio jurídico (...) e em seu âmbito inexistente o primado da *autonomia da vontade*: 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. A escolha voluntária não vai além de se direcionar em um sentido ou em outro, sem liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados” (p. 469).

¹⁷ Vide *Instituições cit.*, p. 469.

¹⁸ A respeito, vide, por exemplo, LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS, *Convenções processuais e poder público*, Salvador, Juspodium, 2016, pp. 99-102; LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro* in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, v. 1 coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, pp. 37-38.

¹⁹ “O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas (gênero do qual as relações jurídicas são espécie).” FREDIE DIDIER JR., *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, p. 20.

²⁰ Substancialmente de acordo, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, *Negócios jurídicos cit.*, 2015, pp. 49-50.

Trata-se de concepção pela qual se transplanta (ainda que não integralmente²¹) a ideia de autonomia da vontade²² como apta a gerar obrigações²³ que vige no direito material para o processo²⁴.

ANTONIO DO PASSO CABRAL, por sua vez, entende que os acordos processuais se legitimam pelo princípio da cooperação associado ao chamado princípio do debate ou princípio dispositivo em sentido processual, que regula autonomia e liberdade dos sujeitos parciais em relação às situações processuais de que sejam titulares, e não apenas quanto ao direito material²⁵.

Essas duas teorias, contudo, partem de um denominador comum, qual seja, a ideia de que é possível que as partes criem, extingam ou modifiquem situações jurídicas processuais ou alterem o próprio procedimento a partir de manifestações de vontade²⁶.

²¹ “É certo que esse princípio não tem, no Direito Processual Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil. Por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e seu objeto, mais restrito.” FREDIE DIDIER JR., *Princípio cit.*, p. 20.

²² A respeito, SILVIO VENOSA: “Quando o ser humano usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico”. *Direito Civil*, v. 2, 16ª edição, São Paulo, Atlas, 2016, p. 411.

²³ “Nasce do interior do homem a disposição de contratar. Daí afirmar-se que há um primeiro momento na formação do vínculo obrigacional, situado na esfera subjetiva ou psicológica, que representa o livre consentimento. Sem este estágio, não se alcança a exteriorização. É justamente neste estágio que a vontade se revela apta ou não para ensejar uma negociação válida. O germe de uma possível anulação, por vício de consentimento, está nesta fase, o que revela a sua incontestável importância. Ao se exteriorizar a livre disposição, surge a manifestação da vontade. Duas ou mais pessoas dirigem as intenções no sentido de um negócio determinado. Há a integração simultânea das deliberações de cada contratante. Delineia-se, então, o contrato, surgindo o vínculo obrigacional. Ou seja, a declaração da vontade gera obrigações que ficam circunscritas aos que a manifestaram.” ARNALDO RIZZARDO, *Contratos*, 13ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 37.

²⁴ “Conquanto se manifeste com muito maior amplitude no âmbito do direito privado, que tem como uma de suas fundamentais características a autonomia das vontades, o negócio jurídico pode dar-se também no âmbito das relações jurídicas processuais. Trata-se de categoria mais rarefeita dos negócios jurídicos: os negócios jurídicos processuais, por intermédio dos quais podem ser criadas, extintas ou modificadas relações de direitos no âmbito do processo.” TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et alli*, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, 1ª edição, 3ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 352.

²⁵ “Com efeito, ao lado do princípio dispositivo, fala-se do ‘princípio do debate’ (*Verhandlungsgrundsatz*), também referido como ‘princípio dispositivo em sentido processual’, que seria o princípio regente da autonomia e liberdade dos sujeitos do processo não apenas no que toca à disponibilidade sobre o direito material, mas também sobre as situações processuais. Dele decorrem as faculdades de alegar fatos e produzir provas, por exemplo.” ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2018, p. 156.

²⁶ Passando ao largo da discussão, mas bem sintetizando o problema, FLÁVIO LUIZ YARSHELL: “quando se assevera que o processo não é um contrato, toma-se como premissa a circunstância de que a jurisdição gera estado de sujeição das partes, de tal sorte que ela se impõe de forma inevitável às pessoas, independentemente de sua vontade. Isso quer dizer apenas que a jurisdição é forma de poder, que envolve a

Destaca-se, porque oportuno, que, muito antes do atual Código de Processo Civil, em 2003, PAULA COSTA E SILVA, em Portugal, propôs a superação do dogma da irrelevância da vontade relativamente aos atos postulativos (aqueles através dos quais a parte formula pedidos, quer sejam relativos ao mérito ou a questão processual²⁷, consoante classificação que ela cunhou a partir das ideias de JAMES GOLDSCHMIDT²⁸), afirmando que, porque a parte vincula a resposta jurisdicional aos limites do pedido formulado, não é possível afirmar que sua vontade seja irrelevante²⁹.

Tanto PAULA COSTA E SILVA como DINAMARCO reconhecem que a parte não tem por si poderes para produzir os efeitos expressos no pedido que dirige ao juízo.

A diferença no raciocínio de um e de outro reside em que, para CÂNDIDO DINAMARCO, a circunstância de que os efeitos do ato processual não sejam “sempre todos aqueles, apenas aqueles e precisamente aqueles programados pelo sujeito que o realiza”³⁰ afasta a voluntariedade como fator determinante do ato.

Já para PAULA COSTA E SILVA, o simples fato de o ato por si não ser capaz de produzir o efeito pretendido pelo declarante não torna irrelevante sua vontade, pois

capacidade de decidir e de impor decisões. Isso não parece impedir que os sujeitos parciais declarem vontade dirigida à produção de efeitos por eles queridos. Então, na premissa de que o negócio exista, seja válido e eficaz, o que existe é a sujeição do órgão jurisdicional - estatal ou arbitral. Conceitualmente, portanto, é possível admitir negócios jurídicos processuais.” *Convenção cit.*, ps. 64/65.

²⁷ *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 211.

²⁸ “(...) a haver uma classificação fundada nos critérios classificativos e nas qualificações de GOLDSCHMIDT, o que podemos afirmar é que os actos processuais, todos eles constitutivos, se podem subdistinguir em actos constitutivos postulativos e actos constitutivos em sentido estrito.” *Acto e processo cit.*, p. 209. E prossegue: “O único fator de distinção reside na função que o acto desempenha. Enquanto os actos postulativos se destinam a obter uma decisão com um dado conteúdo através do exercício de influência psicológica sobre o juiz, os actos constitutivos em sentido estrito não têm esta função.” *Acto e processo cit.*, p. 210.

²⁹ “A vinculação do tribunal ao pedido formulado pela parte não é um simples corolário do direito de acção e do dever de administrar justiça. Se este dever impõe ao tribunal a obrigação de administrar justiça no caso concreto, esta vinculação é delimitada diretamente pelo acto processual em que a parte deduz a pretensão. O acto postulativo, na parte em que é deduzida uma pretensão, não tem uma relevância meramente informativa. O acto não releva juridicamente porque através dele a parte informa o tribunal acerca de uma qualquer realidade do mundo exterior ou acerca de um seu desejo. Ao invés, vimos que o acto tem, não só uma eficácia vinculante para o tribunal, como também uma função delimitadora da actuação do tribunal. O efeito que a parte pretende seja decretado pelo tribunal confunde-se com o conteúdo do próprio acto. Não está para além dele. O acto postulativo tem uma função constitutiva insubstituível. Sem este acto, o tribunal não pode decretar determinados efeitos.” *Acto e processo cit.*, p. 263.

³⁰ *Instituições cit.*, vol. II, p. 469.

assim é com todos os atos complexos, inclusive negócios jurídicos nos quais normalmente o elemento volitivo é determinante.³¹

Seja como for, as explicações mencionadas representam visão parcial e, justamente por isso, necessariamente incompleta do fenômeno por trás das convenções processuais, como se passa a explicar.

1.2. COOPERAÇÃO EXISTE FORA DO PROCESSO

Como já se aludiu, a ampliação das possibilidades de negociação processual tem sido objeto de muita atenção doutrinária desde a promulgação do Código de Processo Civil em vigência.

Nos estudos mencionados, a possibilidade teórica – baseada na autorização legislativa – de as partes exercerem autonomia da vontade para a celebração de convenções processuais foi amplamente justificada e explorada, razão pela qual se lhe adota como premissa.

Nesse cenário peculiar, ainda que o período entre o início de vigência do Código e a formulação do presente estudo seja curto, diante da proliferação de material acadêmico sobre o tema, é possível avançar a discussão, mudando-se o ponto focal da mera possibilidade de as partes convencionarem, já bem assentada, para as razões pelas quais

³¹ “A falta de autonomia do acto postulativo para a produção de um efeito final, que só pode aderir, tendo em atenção a natureza da situação subjacente ao processo, à decisão, não permite assentar a conclusão de que a ausência de autonomia decorra uma irrelevância da vontade do autor do acto na produção do resultado final. Todos os actos que se integram em processos são actos não autónomos. Quer estejam submetidos às regras de direito substantivo, quer constituam a matéria de que se compõe um processo judicial. Porque todos eles são necessários à completude do título de uma situação jurídica. Conforme vimos acima, o modo como um acto, por natureza complexo, produz os respectivos efeitos pode variar infinitamente. As combinações de complexidade são muitas mas nada disto tem levado a doutrina a afirmar que a falta de autonomia de um acto, que se integra num acto complexo e que produza efeitos estritamente materiais, seja necessariamente um acto jurídico simples. Assim, se o critério de demarcação entre o negócio e o acto residisse na falta de autonomia para a produção de efeitos, tal como se nega a natureza negocial ao acto postulativo deveria negar-se essa natureza a actos qualificados como negócios.” *Acto e processo cit.*, pp. 266-267.

elas eventualmente o fariam – terreno árido, em razão da desconfiança com que a aplicabilidade prática dos dispositivos atinentes ao tema tem sido recebida³².

Para isso, recorre-se, de empréstimo, à noção de contratos de colaboração entre empresas, desenvolvida nos campos do direito civil, empresarial e econômico.

Tradicionalmente, dividia-se os contratos que dão embasamento jurídico à atuação das empresas no mercado em dois tipos: de intercâmbio e de organização³³.

No primeiro, há uma permuta do tipo em que determinado bem ou serviço é transferido de uma parte a outra e vice-versa, de tal maneira que um contratante ganha na medida em que o outro perde, ainda que seus interesses possam convergir pontualmente. No segundo, há união de recursos e esforços para desenvolvimento de uma atividade conjunta visando a fim comum, pois os interesses são estruturalmente coincidentes, ainda que possam pontualmente divergir³⁴. O exemplo clássico do contrato de intercâmbio é a compra e venda, ao passo que o modelo de organização por excelência é a sociedade empresarial.

Com o passar do tempo³⁵, verificou-se que essa classificação bipartida dos contratos não permitia apreender o conjunto das relações comerciais, pois se observou que,

³² “(...) os profissionais brasileiros (advogados públicos ou privados, defensores públicos ou promotores) não estão acostumados a celebrar esse tipo de negócio e, muito menos, a enxergar o processo como um ambiente propício a isso.” MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI, *Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo*, Revista de Processo, 269:2017, p. 141.

³³ “Os contratos que – frise-se, ainda mais uma vez, concretizam e possibilitam a atuação das empresas no mercado, formando seu *substrato* – admitem classificação em duas categorias, delineadas por JHERING: de uma parte, contratos de intercâmbio e, de outra, contratos em que há ‘solidariedade de interesses’, como as *sociedades comerciais*, em que as partes ‘têm o mesmo fim’.” PAULA ANDRÉA FORGIONI, *Contratos Empresariais – Teoria Geral e aplicação*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 179.

³⁴ “Les contrats-échange ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A. Les contrats-organisation instituent une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusqu’à leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe. Le premier type de contrat établit entre les parties un jeu à somme nulle en ceci que l’un des contractants gagne nécessairement ce que l’autre perd, et les intérêts des parties y sont donc largement divergents, même s’ils peuvent ponctuellement converger. Le deuxième type de contrat, au contraire crée entre les parties les conditions d’un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner et perdre conjointement et leurs intérêts sont donc structurellement convergents même s’ils peuvent ponctuellement diverger”. SUZANNE LEQUETTE, *Entre le contrat-échange et le contrat-organisation: le contrat coopération*, Revue de Droit d’Assas, 7:2013, p. 66.

³⁵ “No correr da segunda metade do século XX, a forma de fazer negócios alterou-se; contemporaneamente, o desenrolar da atividade de cada empresa liga-se cada vez mais à sua colaboração com outras. Essa interação assume veste jurídica diversa daquelas que eram normalmente empregadas. Ela não se dá apenas por meio dos contratos de sociedade – forma típica de associação entre agentes econômicos, como vimos – e igualmente não se concretiza por meros contratos de intercâmbio. As empresas passam a se valer

em dadas condições, os agentes de mercado tendiam a cooperar entre si, solucionando eventuais conflitos que possam surgir ao longo de suas relações e buscando evitar o rompimento contratual.

Essa constatação conduziu à formulação teórica da categoria dos contratos de colaboração – em que as partes possuem interesses convergentes que tornam inconveniente a celebração de uma série de contratos de intercâmbio, mas não são tantos nem tão profundos a ponto de se fundirem num contrato de sociedade³⁶ –, e à consequente proposta de sua inclusão na teoria geral do direito³⁷.

Trata-se de contratos híbridos, que apresentam traços tanto dos contratos de intercâmbio como dos de sociedade, mas que deles se distinguem substancialmente, pois se desenvolvem em ambiente específico no qual há redução do antagonismo entre as partes e necessidade de cooperação (mediante aporte de recursos) para a consecução de um objetivo comum³⁸, sem alterar a identidade ou a independência das empresas originais. Visa-se a evitar a inaptidão dos contratos de intercâmbio para reunir recursos materiais e humanos de maneira adequada, de um lado, e o engessamento que decorreria da fusão de sociedades (com as consequentes irreversibilidade e redução de incentivos), de outro³⁹.

intensamente de ‘formas híbridas’; *a viabilização jurídica da associação entre agentes econômicos é agora também realizada de novas maneiras, despregadas das fórmulas tradicionais oferecidas pelo ordenamento jurídico para acomodar interesses em empreendimentos comuns.*” PAULA A. FORGIONI, *Contratos empresariais cit.*, p. 193 (destaque do original).

³⁶ “Os contratos de colaboração surgem da necessidade de evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de uma extensa série de contratos de intercâmbio desconectados [custos de transação] e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários [hierárquicos]. Retornando à imagem de que nos valemos no início deste capítulo, dispuséssemos as formas jurídicas das relações entre empresas ao longo de uma linha imaginária, teríamos, em um extremo, os contratos de intercâmbio e, no outro, as sociedades. No entremeio, os mais variados tipos de contratos híbridos, que conjugam o elemento de intercâmbio com o de colaboração. Quanto mais próximo o contrato híbrido estiver daquele de intercâmbio, maior o grau de independência das partes e menor a colaboração entre elas. Ao nos deslocarmos paulatinamente na direção das sociedades, maior será o grau de estabilidade e vínculo e da colaboração.” PAULA ANDREA FORGIONI, *Contratos cit.*, pp. 194-195.

³⁷ “Cette entreprise de conceptualisation et d’approfondissement d’un modèle contractuel intermédiaire apparaît d’autant plus opportune qu’elle se presente comme une réponse au *besoin de renouvellement de la théorie générale du contrat.*” SUZANNE LEQUETTE, *Entre le contrat cit.*, p. 68 (destaque do original).

³⁸ SUZANNE LEQUETTE, *Entre le contrat cit.*, p. 67.

³⁹ Cf. CLAUDE MÉNARD, *The economics of hybrid organizations*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 160:2004, p. 351.

Pode-se se mencionar, exemplificativamente, os contratos de *joint venture*, consórcio, aliança⁴⁰, distribuição, agência, concessão, franquia etc.⁴¹.

Várias são as razões que podem explicar esse comportamento, dentre as quais se pode mencionar, consoante síntese de PAULA FORGIONI⁴²: a possibilidade de as partes já terem investido no negócio valores de monta que não poderão ser realocados caso ele venha a se desfazer (*sunk costs*); o receio de que a quebra de expectativa num momento atual possa trazer consequências negativas no futuro (“sombra do futuro”⁴³); e a possibilidade de ganhos decorrentes de se construir uma certa reputação⁴⁴ com os benefícios daí decorrentes.

⁴⁰ “Na prática, os contratos de aliança se enquadram na figura dos híbridos. Há, nos contratos de aliança, estruturas de coordenação compartilhadas típicas de estruturas hierárquicas, embora, por outro lado, haja elementos transacionais claros, já que, ao final do projeto, somente o Dono do Projeto receberá os ativos resultantes. Aos demais participantes (NOPs) caberá a sua remuneração. O contrato de aliança é caracterizado por fornecer uma estrutura de governança que auxilia as partes a lidar com o problema do *hold up*. Essa governança é explicitamente tratada nos contratos.” LEONARDO TOLEDO DA SILVA, *Contrato de aliança – projetos colaborativos em infraestrutura e construção*, São Paulo, Almedina, 2017, p. 108.

⁴¹ A respeito, novamente CLAUDE MÉNARD: “there is a whole class of economic organizations that contribute substantially to what Coase (1992) called ‘the institutional structure of production’. These arrangements fall neither under pure market relationships nor within ‘firm boundaries’. They have multiplied because they are viewed as efficient in dealing with knowledge-based activities, solving hold-up problems, and reducing contractual hazards. They have properties of their own that deserve theoretical attention and empirical investigation.” *Hybrid modes of organization. Alliances, Joint ventures, networks and other ‘strange animals’* in ROBERT GIBBONS, JOHN ROBERTS, *The handbook of organizational economics*, Princeton University Press, 2012, disponível em <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00624291>, acesso em 13.3.2018, p. 3 do arquivo digital.

⁴² *Contratos Empresariais cit.*, pp. 198-199.

⁴³ A respeito especificamente desse aspecto, em obra clássica sobre cooperação (que, ressalve-se, não foi elaborada sob o enfoque específico das estratégias dos agentes de mercado ao celebrarem negócios jurídicos), ROBERT AXELROD assentou que “For cooperation to prove stable. the future must have a sufficiently large shadow. This means that the importance of the next encounter between the same two individuals must be great enough to make defection an unprofitable strategy when the other player is provokable. It requires that the players have a large enough chance of meeting again and that they do not discount the significance of their next meeting too greatly.” *The evolution of cooperation*, edição revisada, Cambridge (MA), Basic Books, 2006, p. 174. E, mais adiante, tratando de transações comerciais: “Ordinary business transactions are also based upon the idea that a continuing relationship allows cooperation to develop without the assistance of a central authority. Even though the courts do provide a central authority for the resolution of business disputes, this authority is usually not invoked. A common business attitude is expressed by a purchasing agent who said that ‘if something comes up you get the other man on the telephone and deal with the problem. You don't read legalistic contract clauses at each other if you ever want to do business again’ (Macaulay 1963, p. 61). This attitude is so well established that when a large manufacturer of packaging materials inspected its records it found that it had failed to create legally binding contracts in two-thirds of the orders from its customers (Macaulay 1963). The fairness of the transactions is guaranteed not by the threat of a legal suit, but rather by the anticipation of mutually rewarding transactions in the future. It is precisely when this anticipation of future interaction breaks down that an external authority is invoked.” *The evolution cit.*, pp. 178-179.

⁴⁴ “Outra alavanca de *design* cooperativo – e esta é bastante óbvia – é a *transparência*, a qual, segundo BENKLER, está diretamente ligada à noção de *reputação*. Ela é, de certa forma, um pré-requisito para a

Digna de menção, ainda, a corrente teórica denominada Nova Economia Institucional, e, mais especificamente, a Economia dos Custos de Transação⁴⁵, que “parte da noção de que a forma mais eficiente de organização (em sentido lato) é aquela que implica maior economia de custos de transação⁴⁶, e esse é o fator central considerado pelas partes na escolha das estruturas organizacionais”⁴⁷.

Foge ao escopo do presente trabalho investigar se a estratégia colaborativa é mais eficiente do que o comportamento egoísta, ou em quais situações isso se daria. Para os fins deste estudo, basta que se possa assumir como premissa que a cooperação existe (ainda que possa não ser a norma) nas relações no plano do direito material.

eficiência de outros mecanismos de cooperação, como a *confiança*. A *transparência* permite aos agentes identificar as intenções e as ações praticadas pelos demais agentes. É obviamente um elemento central em mecanismos baseados em reciprocidade. A *reputação* é um aspecto importante da *transparência*, pois permite ao agente criar a base inicial para a criação de uma relação de confiança. Nos contratos de aliança, a literatura exalta o quão crucial é o dever de transparência entre os participantes da aliança, que devem operar segundo o princípio que o mercado denominou de *open book*. O dever de transparência aqui, mais do que um dever de cunho moral, é um pré-requisito para o comportamento cooperativo.” LEONARDO TOLEDO DA SILVA, *Contratos de aliança cit.*, p. 103.

⁴⁵ “(...) there is no difference, analytically, between rights such as those to determine how a piece of land should be used and those, for example, which enable someone in a given location to emit smoke. Just as the possession of the right to build a factory on a piece of land normally gives the owner the right not to build on that site, so the right to emit smoke at a given site can be used to stop smoke being emitted from that site (by not exercising the right and not transferring it to someone else who will). How the rights will be used depends on who owns the rights and the contractual arrangements into which the owner has entered. If these arrangements are the result of market transactions, they will tend to lead to the rights being used in the way which is most valued, but only after deducting the costs involved in making those transactions. Transaction costs therefore play a crucial role in determining how rights will be used.” RONALD H. COASE, *The relevance of transaction costs in the economic analysis of law in* FRANCISCO PARISI, CHARLES K. ROWLEY (orgs.), *The origins of law and economics – essays by the founding fathers*, Camberley Surrey, Edward Elgar, 2007, pp. 206-207.

⁴⁶ “(...) the hybrid mode is located between market and hierarchy with respect to incentives, adaptability, and bureaucratic costs. As compared with the market, the hybrid sacrifices incentives in favor of superior coordination among the parts. As compared with the hierarchy, the hybrid sacrifices cooperativeness in favor of greater incentive intensity. The distribution of branded product from retail outlets by market, hierarchy, and hybrid, where franchising is an ex-ample of this last, illustrates the argument.” E prossegue: “Transactions for which the requisite adaptations to disturbances are neither predominantly autonomous nor bilateral, but require a mixture of each, are candidates to be organized under the hybrid mode.” OLIVER E. WILLIAMSON, *Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives*, *Administrative Science Quarterly*, 36:1991, disponível em <http://www.jstor.org/stable/2393356>, acesso em 9.7.2018, p. 283.

⁴⁷ LEONARDO TOLEDO DA SILVA, *Contratos de aliança cit.*, p. 105.

Mais do que isso: ela existe não em razão de virtude de caráter ou bondade das partes envolvidas, mas como tendência de comportamento diante da possibilidade de reciprocidade⁴⁸ e à vista de ganhos.

A formulação é relativamente nova⁴⁹, razão pela qual os estudiosos que dela se ocupam normalmente preferem identificar características que comumente se observam nos contratos de colaboração ao invés de apresentar definição fechada para o conceito⁵⁰.

Não se pretende avançar nesse campo, mas, para evitar um indesejável excesso de abstração nas considerações deste tópico, entende-se, com SUZANNE LEQUETTE, o contrato de colaboração como aquele em que uma parte se engaja, em virtude de uma obrigação instrumental, a fornecer meios a outra que, em decorrência de uma obrigação final, explora-os para um fim por elas compartilhado⁵¹.

Dentre os traços distintivos mencionados, destacam-se (i) tendência a se protraírem no tempo; (ii) a disciplina de questões futuras (“o negócio não visa a estabelecer

⁴⁸ “It is encouraging to see that cooperation can get started, can thrive in a variegated environment, and protect itself once established. But what is most interesting is how little had to be assumed about the individuals or the social setting to establish these results. The individuals do not have to be rational: the evolutionary process allows the successful strategies to thrive, even if the players do not know why or how. Nor do the players have to exchange messages or commitments: they do not need words, because their deeds speak for them. Likewise, there is no need to assume trust between the players: the use of reciprocity can be enough to make defection unproductive. Altruism is not needed: successful strategies can elicit cooperation even from an egoist. Finally, no central authority is needed: cooperation based on reciprocity can be self-policing.” ROBERT AXELROD, *The evolution cit.*, pp. 173-174.

⁴⁹ “Muitas das questões aqui abordadas estão em aberto, e as conclusões que exurgem visam mais a pôr em ordem, explicar, clarificar o que se tem por complicado; não se busca construir uma teoria geral completa sobre o tema. Esta é mais uma função reservada à dogmática comercialista nos próximos anos: erigir a disciplina jurídica dessa categoria contratual, em prol do ‘interesse geral do comércio’ e do desenvolvimento da economia.” PAULA A. FORGIONI, *Contratos empresariais cit.*, ps. 180/181.

⁵⁰ Em 2004, escreveu CLAUDE MÉNARD: “When it comes to intermediate arrangements, the terrain is a shifting one. The vocabulary itself is not stabilized. Besides hybrids, one can read papers about clusters, networks, symbiotic arrangements, supply-chain system, administered channels, nonstandard contracts and so forth. My entry to this apparently undefined set of organization is pragmatic. I begin with a quick description of forms recurrently identified as distinct from markets and hierarchies (...).” *The economics cit.*, p. 347. No Brasil, em 2015, também foi essa a opção de PAULA A. FORGIONI, que ressaltou que “[a] doutrina tem se descurado dos contratos de colaboração: a literatura a respeito do tema é avara” *Contratos empresariais cit.*, p. 295. Vide, de maneira mais abrangente, *Contratos empresariais cit.*, capítulo 6, item 6.5, pp. 196-197.

⁵¹ “Le contrat-coopération se situe, de ce point de vue, à la croisée des deux modèles. Si le contrat-coopération forme à l’instar du contrat-permutation un rapport d’obligations interdépendantes, le lien qui unit les obligations revêt une intensité particulière qui le fait tendre pour une part, structurellement, vers le contrat-concentration. Les obligations y sont, en effet, unies par un lien de complémentarité ordonnancée. Qu’entend-on par là? On veut marquer qu’une partie s’engage, en vertu d’une obligation instrumentale, à fournir des moyens à l’autre partie, laquelle, en vertu d’une obligation finale s’engage à les exploiter dans leur intérêt partagé.” *Entre le contrat cit.*, p. 72.

apenas regras sobre trocas, mas balizar a *relação* entre as partes”⁵²); e (iii) áleas interdependentes, mas não comuns⁵³.

As características mencionadas são mútua e complexamente imbricadas, pois o próprio nível de dependência entre as partes parece estar condicionado à capacidade de os agentes de mercado preverem mecanismos para garantir investimentos e determinar como repartir o respectivo retorno⁵⁴, que logicamente só fazem sentido em uma relação continuada, do ponto de vista da racionalidade limitada das empresas no momento da celebração do contrato de cooperação.

Essa disciplina se faz, segundo CLAUDE MÉNARD⁵⁵, em três dimensões: em primeiro lugar, os mecanismos escolhidos para monitoramento do acordo envolvem dificuldades em razão de as contratantes permanecerem legalmente autônomas e terem centros de decisões distintos, apesar de estarem semi-integradas.

Em segundo lugar (lembrando que a dependência mútua é aceita diante da perspectiva de ganho), contratos de colaboração apresentam inclinação por mecanismos de preservação de renda, e, via de consequência, da estabilidade do arranjo comercial (na fase pré-contratual, isso se faz pela escolha do parceiro comercial; durante a execução do contrato, por mecanismos de blindagem contra pressões do mercado).

Por último, ganha importância a necessidade de previsão de meios de solução de eventuais disputas que venham a surgir durante a vigência do contrato – tanto do ponto de vista da eleição de determinada técnica (mediação ou conciliação ou arbitragem ou processo judicial, por exemplo) como também do desenho detalhado do mecanismo escolhido – para o qual o estudo das convenções processuais se revela particularmente útil.

Ainda que essa não seja a única situação em que as partes poderiam optar por se valer de convenções processuais (na realidade, as possibilidades são inúmeras), a existência de cooperação no plano do direito material é suporte indispensável para que se

⁵² PAULA A. FORGIONI, *Contratos empresariais cit.*, p. 196.

⁵³ “Hybrid organizations develop because of the advantages partners find in linking some of their investments. In doing so, they accept mutual dependence.” CLAUDE MÉNARD, *The economics cit.*, p. 357.

⁵⁴ Cf. CLAUDE MÉNARD, *The Economics cit.*, p. 357.

⁵⁵ *The economics cit.*, p. 357.

possa pensar em nível científico sobre a transposição desse comportamento para dentro do processo⁵⁶.

Com isso, torna-se desnecessário recorrer a imagens de “amizade” entre as partes ou utopia para ilustrar as hipóteses em que litigantes celebrariam negócios jurídicos processuais: eles o fariam dentro do processo em razão dos mesmos incentivos (reciprocidade e ganhos futuros) pelos quais já o fazem fora⁵⁷; por se tratar, rigorosamente, de um único fenômeno observado além do processo mas que projeta desdobramentos para dentro dele⁵⁸.

Possível, assim, ainda, entender o estudo das convenções processuais como avanço necessário para compor o quadro geral das normas que regulam os contratos de cooperação, de modo a conferir-lhes tratamento jurídico adequado também sob o enfoque processual, não sendo assim tão necessária uma “guinada cultural”⁵⁹ para que elas passem

⁵⁶ De maneira correlata, LOÏC CADIET aponta que certa “ideologie concurrentielle” acabou gerando os fenômenos de “marchandisation et de marchandisation” da justiça: “(...) par marchandisation de la justice, j’entends, entre autres choses, que les systèmes processuels sont travaillés par des logiques de demande concurrentielle émanant des justiciables. Motivés par la recherche de la plus grande utilité économique, ces comportements de demande procèdent à une instrumentalisation des règles d’organisations et de fonctionnement de la justice étatique, voire, lorsque l’utilité potentielle est trop inférieure au bénéfice escompté, à l’éviction des modes officiels de résolution des litiges au profit des modes alternatifs supposés plus souples, plus simples et d’un moindre coût, que seront évoqués plus loin.” E prossegue: “La marchandisation de la justice désigne le fait que l’idéologie concurrentielle s’infilte subtilement au sein de la institution judiciaire en y diffusant des logiques gestionnaires et des préoccupations managériales qui déterminent, non seulement la manière d’administrer l’institution, y compris les juridictions, mais aussi la façon de définir les règles de procédure les plus efficaces : c’est alors la justice elle-même qui est pensée selon le modèle concurrentiel ; le principe concurrentiel est érigé en modèle d’[économie judiciaire.]” *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, Revue française d’administration, 125:2008, disponível em <http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133-htm>, acesso em 18.5.2018, p. 138.

⁵⁷ “C’est dire que la notion de coopération répond à une réalité économique et juridique. Il ne fait, dès lors, plus aucun doute qu’à mi-chemin entre le contrat-permutation et le contrat-concentration, le contrat-coopération existe.” SUZANNE LEQUETTE, *Entre le contrat cit.*, p. 73.

⁵⁸ “É preciso reconhecer que, ao celebrar contrato empresarial, o agente econômico pondera custos e riscos, para que possa decidir por contratar com terceiros (e não produzir internamente). O agente procede à contratação naqueles termos porque lhe parece ser mais vantajoso do que desvantajoso. Os negócios jurídicos processuais estão inseridos nessas vantagens e desvantagens levadas em conta pelos contratantes quando da pactuação do contrato; eles fazem parte do poder de disposição das partes no momento da negociação. É possível que, para pleitear um negócio material mais vantajoso, uma das partes faça concessões nos negócios jurídicos processuais, e vice-versa.” FREDIE DIDIER JR., JÚLIA LIPIANI, LEANDRO SANTOS ARAGÃO, *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais in FREDIE DIDIER JR., Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais*, Salvador, Juspodium, 2018, p. 180.

⁵⁹ “Às partes, quando plenamente capazes, o art. 190 do Código de Processo Civil permite que estipulem ‘mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa’ etc. (art. 190), autorizando-as também, quando de comum acordo e com a participação do juiz, a fixarem um calendário vinculativo para a prática de atos processuais (art. 191). Essas são aberturas muito legítimas para a busca de melhores caminhos para alcançar decisões justas e aderentes à realidade, sem prejuízo à segurança jurídica que a legalidade do procedimento se destina a propiciar, mas é geral o *ceticismo* dos estudiosos em relação à ampla utilização

a ser utilizadas, mas apenas o reenquadramento da possibilidade concedida por lei sob essa ótica⁶⁰.

Observa-se, por oportuno, que o mesmo raciocínio pode ser estendido em maior ou menor grau a todos os contratos de longa duração⁶¹, ainda que não se lhes possa propriamente conceituar como contratos de cooperação⁶².

1.2.1. Segue: as vantagens específicas que decorrem da celebração de convenções processuais (e as críticas que as acompanham)

pelas partes desses mecanismos inovadores. Para tanto seria indispensável uma provável *guinada cultural* não só dos advogados mas também dos sujeitos em litígio, que neste país não são propensos a dialogar com os adversários.” CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Teoria Geral cit.*, p. 125.

⁶⁰ Como, por exemplo, ANTONIO DO PASSO CABRAL e FREDIE DIDIER JR., tratando de negócios processuais atípicos e execução: “Cabe salientar, ainda, que a negociação processual na execução é importante para o tráfego das relações comerciais, porque fomenta a consensualidade. De fato, como lida com relações empresariais, constantemente exequente e executado são partes em muitos outros contratos, são efetivos parceiros comerciais, e, para além de resolverem aquele caso, importa a manutenção da capacidade econômica de uns e outros para todas as demais relações de direito material entre eles, atuais e futuras. Especialmente para aqueles devedores que passam por dificuldades financeiras temporárias, é importante que o processo de execução se desenvolva de modo a satisfazer o título, mas também permitir que o executado continue com suas atividades. E isso interessa também ao exequente, sobretudo nos casos em que as partes possuem diversas relações jurídicas ou negócios de médio e longo prazo. Assim, arruinar o executado não é nem objetivo da execução, e nem seria talvez um perverso interesse do credor, porque tal orientação estratégica poderia repercutir negativamente nos próprios negócios.” *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*, Revista de Processo, 275:2018, obtido em www.rtonline.com.br, acesso em 30.4.2018, pp. 4-5 do arquivo digital.

⁶¹ “As relações duradouras contêm em si características específicas que demonstram a necessidade de sua diferenciação e compreensão particular, face aos contratos instantâneos. Normalmente, são relações de confiança e dependência, de relevada complexidade, que se destacam pelo dinamismo e pelo efetivo desenrolar do programa contratual.” GIULIANA BONANNO SCHUNCK, *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*, São Paulo, Almedina, 2016, p. 36. Ela relata ainda que “vários autores atribuem às partes que contratam tal modalidade [contratos de longa duração] um grau de cooperação aumentado, deixando mais fortes, por consequência, os deveres anexos ao contrato, resultantes do princípio da boa-fé objetiva” (pp. 50-51).

⁶² “A cooperação entre contratantes acaba sendo fator crucial para a redução de custos de transação, evitando desgastes desnecessários das partes. O papel que a cooperação desempenha em contratos é justamente o da redução de custos e de possibilitar o desempenho ótimo das contratações, trazendo assim benefícios que podem ser, inclusive, econômicos.” GIULIANA BONANNO SCHUNCK, *Contratos de longo prazo cit.*, p. 84. E prossegue: “(...) o estudo da cooperação demonstra que ela não significa o abandono de interesses individuais, como já dissemos, mas ao contrário, a cooperação pode ser interessante para que as partes possam concretizar seus interesses de forma mais eficaz” (p. 85).

Uma das principais vantagens da celebração de convenções processuais se relaciona com o incremento de satisfação dos litigantes com o procedimento⁶³ (uma espécie de legitimação pelo procedimento de ordem negocial⁶⁴), assente na premissa de que as regras processuais podem até funcionar bem como conjunto geral – o que não significa que sejam adequadas para todos os litigantes em todas as situações⁶⁵.

Em complemento, a possibilidade de moldar o procedimento para melhor se adaptar aos contornos da disputa particularmente considerada pode minimizar gastos para as partes, uma vez que os contratos comerciais de longa duração de um modo geral (e os contratos de cooperação de modo específico) via de regra são, como já se mencionou, incompletos.

Essa incompletude se explica em geral por uma de duas razões: ou o custo de prever antecipadamente todos os possíveis comportamentos dos contratantes e as respectivas consequências seria proibitivo; ou, no momento da contratação, verifica-se que o custo para fazer valer judicialmente um determinado contrato poderia exceder os ganhos que as partes teriam com a respectiva celebração (em razão, por exemplo, da especificidade do respectivo objeto que implicaria na dificuldade de demonstrar em juízo as alegações de uma ou outra partes)⁶⁶.

⁶³ “The literature on procedural justice is staggeringly lengthy, but its fundamental lesson is fairly simple: participants in a dispute resolution process think that procedure matters, and not all procedures are alike in terms of making participants believe that justice has been done. One of the most effective ways to increase a disputant’s satisfaction with a dispute resolution process is to permit the disputant to have some say in how the process will unfold.” MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable*, *George Washington Law Review*, 75:2007, disponível em <https://ssrn.com/abstract=888221>, acesso em 9.3.2018., pp. 4-5.

⁶⁴ “Most research suggests that the distributive outcomes ‘who got how much’ have only a modest effect on how disputants perceive the fairness of the procedures they went through. In fact, important causal effects seem to run in the opposite direction disputants perception of the justice provided by a procedure affect their judgments of the distributive justice provided by the outcome.” E também: “Evidence suggests that disputants consistently value certain features in a dispute resolution mechanism. For example, they want voice, an opportunity to tell their stories. Disputants also want fair decision makers and a process that treats each disputant with dignity and respect.” MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation cit.*, p. 17.

⁶⁵ MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation cit.*, p. 3.

⁶⁶ “Contract theorists have identified two primary reasons for why parties may agree to contracts that fail to provide for the optimal obligations in each contingency (or state of the world) that might materialize during the term of the contract. First, the front-end transaction costs of anticipating all future states of the world, calculating the efficient outcome in each state, and providing specifically for low-probability states may exceed the resulting gains in contractual surplus. Second, the back-end costs of enforcing contracts may exceed all gains, owing to the difficulty of observing and then verifying to a court private information known only to the parties.” ROBERT E. SCOTT, GEORGE G. TRIANTIS, *Anticipating litigation in contract design*, *The Yale Law Journal*, 814:2006, p. 816.

Sendo assim, em teoria (ausentes pesquisas empíricas a respeito, não há como confirmar se o fenômeno realmente ocorre na prática), a escolha entre termos precisos e vagos no momento da celebração do contrato, antes do surgimento da disputa, pode ser enquadrada como o produto de uma escolha que as partes fazem – ou podem fazer – de alocar seus recursos nos custos de transação (*front-end* ou *transaction costs*) ou de execução (*back-end* ou *enforcement costs*) do negócio jurídico⁶⁷, com base em suas circunstâncias particulares. Estabelecer uma combinação ótima de termos precisos e vagos pode, assim, fazer com que as partes diminuam custos que equivaleriam a atingir um determinado ganho em incentivos contratuais⁶⁸, aumentando eficiência⁶⁹.

Nisso, as convenções processuais podem ser especialmente úteis, já que permitem que as partes selecionem os fatos relevantes para eventual disputa e regras para a respectiva resolução, direcionando a atividade do tribunal com base no custo-benefício que projetável a partir das informações de que dispõem no momento da celebração do contrato⁷⁰.

⁶⁷ “We will refer to the front-end costs as transaction costs and the back-end costs as enforcement costs. The important distinction between the front and back ends is that they are separated by the resolution of uncertainty. For example, the front end is drafting the contract and the back end is litigating disputes that arise when the contract turns out to be a losing proposition for one party”. ROBERT. E. SCOTT, GEORGE G. TRIANTIS, *Anticipating litigation cit.*, p. 823. Eles assim explicam os custos de transação: “Front-end (transaction) costs are relatively straightforward and well documented in the literature. The parties invest in foreseeing possible futures contingencies, determining the efficient obligations that should be enforced in each contingency, bargaining over the share of the contracting surplus, and drafting the contract language that communicates their intent to courts” (p. 823). Por outro lado, custos de execução “are less well understood among contract theorists. The reason is that they largely stem from the process of litigation, a distinct game played between the parties under relatively complex evidentiary and procedural rules” (p. 824).

⁶⁸ “(...) the mix of precise and vague terms that characterize the typical commercial contract can be framed as the product of a tradeoff that the parties have made in investing in the front end or back end of the contracting process, based on their particular circumstances. By reaching the optimal combination of front-end and back-end costs, parties can minimize the aggregate contracting costs of achieving a particular gain in contractual incentives. Conversely, for any given expenditure of contracting costs, the parties can reach the highest possible incentive gains by optimizing the allocation of their investment between the front and back ends.” ROBERT. E. SCOTT, GEORGE G. TRIANTIS, *Anticipating litigation cit.*, p. 817.

⁶⁹ “Finally, we draw an explicit connection between the choice of rules or standards and the complexity or ‘completeness’ of the contract – that is, the degree to which a contract separately addresses different contingencies that call for different obligations. By efficiently choosing between vague and precise terms, the parties can lower the cost of writing a more complete contract. Indeed, by improving the cost-effectiveness of litigation, the parties can incorporate more standards in their contract, and reduce the cost of writing a more complete contract even further.” ROBERT. E. SCOTT, GEORGE G. TRIANTIS, *Anticipating litigation cit.*, p. 821. No mesmo sentido, MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation cit.*, p. 5.

⁷⁰ “In some circumstances, contracting parties can agree to the procedural rules that will govern the enforcement of their contract. It is now common for parties to agree to have disputes resolved by arbitration rather than by litigation or by the court of a specific venue. In many of these cases, the parties’ ex ante agreement as to procedure improves the cost-effectiveness of their prospective enforcement mechanism. In other words, the procedural provisions may increase the incentive bang for the enforcement buck (or lower

Embora possa à primeira vista soar contraditório, conquanto as convenções processuais sejam mecanismo que pode diminuir gastos adiante na relação entre as partes, não se ignora que a própria negociação tendente à celebração de negócios jurídicos processuais tem custo que lhe é inerente e que não deve ser subestimado. Seria, de fato, ingênuo defender a litigância customizada como panaceia para os males da jurisdição estatal, especialmente quando se tem um sistema que prevê procedimento (ordinário) com amplas oportunidades de manifestação, produção de prova e interposição de recursos, de aplicação residual.

Seja como for, teoricamente, com o tempo, é possível cogitar que variantes procedimentais ganhem popularidade, diminuindo o custo marginal que decorre da customização, a exemplo do que já ocorre atualmente em alguma medida com cláusulas de eleição de foro ou cláusulas arbitrais⁷¹.

De modo geral, segundo relatam KEVIN E. DAVIS e HELEN HERSHKOFF, embora tratando especificamente da situação das convenções processuais (*contract procedure*) nos Estados Unidos da América, a respectiva celebração conduz à presunção geral de que acordos voluntários firmados por partes competentes serão mutuamente benéficos, na medida em que permitiriam diminuição de custos de transação associados ao processo (desde a eleição de foro que seja mais conveniente para ambas até a previsão de audiência por meio audiovisual para evitar deslocamentos, passando por formas simplificadas e eletrônicas de comunicações processuais que afastariam gastos com citações e intimações, por exemplo)⁷².

Também, segundo DAPHNA KAPELIUK e ALON KLEMENT, as convenções processuais antecedentes podem ser mecanismo eficiente para a redução do comportamento oportunista das partes visando à preservação da relação entre elas, e também para moldar seus comportamentos anteriores e posteriores ao surgimento da disputa visando a esse mesmo fim. Ainda, antes do ajuizamento de eventual demanda, as

the enforcement buck per bang).” ROBERT. E. SCOTT, GEORGE G. TRIANTIS, *Anticipating litigation cit.*, p. 856.

⁷¹ “(...) one can easily imagine that with experience, one or more procedural variants would gain popularity, decreasing the marginal cost of customization the investment required to draft a procedural customization from whole cloth is vastly higher than the cost of simply adopting an existing variation by reference.” MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation cit.*, p. 22.

⁷² *Contracting for procedure cit.*, p. 526.

partes podem criar mecanismos de revelação de informações úteis para avaliação dos prospectos de performance tanto das obrigações contratualmente assumidas quanto das posturas de ambas em juízo, a permitir tomada de decisão mais informada⁷³.

Justamente pelas razões elencadas, DAPHNA KAPELIUK e ALON KLEMENT têm visão bastante crítica das convenções processuais incidentais, especialmente quando os interesses das partes depois do surgimento da disputa divergente daqueles manifestados antes do conflito, por duas razões principais: de um lado, a perspectiva de conflito pode diminuir incentivos para cumprimento das obrigações contratualmente assumidas; de outro, depois que surge a contenda, na visão deles, reduzem-se as chances de diálogo produtivo com vistas a modificação procedimental⁷⁴.

Estas razões, somadas à perspectiva de economia de recursos e possibilidade de evitar abuso processual, em condições nas quais a celebração de convenções processuais não interfira nos incentivos para o cumprimento das obrigações previstas em contrato, explicam por que, para eles, o momento ideal para acordos sobre o procedimento é o da própria negociação contratual. Ainda, apontam eles, uma vez em conflito, pagamentos entre as partes só se cogitam como parte da respectiva resolução⁷⁵.

⁷³ “Specifically, parties can obtain three major advantages by way of pre-dispute contractualized procedures. The first advantage concerns the ability of contracting parties to reduce strategic and opportunistic behavior once a dispute arises. (...) The second advantage involves the ability of contracting parties to shape their pre-dispute substantive and procedural behavior. Contractualized procedures affect parties’ behavior both in the substantive and procedural domains. They impact the parties’ incentives to perform their contractual obligations and to comply with substantive law, and they affect parties’ decisions to engage in a dispute, to bring suit, to invest in litigation and to consider the possibility of a settlement. The third advantage concerns the parties’ ability to increase their welfare by creating information revelation mechanisms at the pre-dispute stage.” *Contractualizing cit.*, p. 3.

⁷⁴ “While litigants can save costs and reduce risks by making post-dispute procedural arrangements, there are various other benefits that they cannot realize through such arrangements. This would be the case whenever the parties’ post-dispute diverge from their pre-dispute interests. On the one hand, post-dispute procedural arrangements might compromise the parties’ pre-dispute welfare. For example, incentives to perform contractual obligations might be reduced by the parties’ prospect of post-dispute compromise and settlement. On the other hand, and more significantly, after the dispute arises parties would fail to make procedural modifications even if such modifications were desirable from a pre-dispute perspective.” *Contractualizing cit.*, p. 13.

⁷⁵ “Cooperation is much more likely at the contracting stage. The contracting parties may be willing to make procedural arrangements that would prevent them from strategically and opportunistically manipulating procedure. They would do so to save costs and to avoid future abuses of process, as long as such arrangements do not adversely affect their incentives to perform their contractual obligations.” E, um pouco antes, “transfer payments between the parties are often unfeasible after the dispute arises, unless they are part of its ultimate resolution. If a litigant fears he may end up with a net loss from what seems to be mutual concessions and cooperation, he may be unwilling to concede unless he is compensated for such loss. Absent monetary transfers, cooperation would, therefore, be inhibited.” *Contractualizing cit.*, p. 17.

Por fim, MICHAEL L. MOFFITT aponta existir debate em doutrina estadunidense sobre o caráter (positivo ou negativo) da tendência observada nos Estados Unidos da América de que partes bem preparadas, em disputas que envolvam grandes somas de dinheiro, tendam a buscar solução para seus conflitos fora do Judiciário – recorrendo, por exemplo, à arbitragem – para a qual a possibilidade de convenções processuais (*customized litigation*) poderia ser uma solução.

No Brasil, em que, como já se acenou, há menos de três anos se permite de maneira clara e inequívoca a celebração de convenções processuais, entende-se não ser possível até o momento vislumbrar se essa abertura do sistema realmente poderá desviar eventuais disputas de meios alternativos como a arbitragem. De todo modo, como se verá no próximo tópico, no estado atual, somente se pode concluir ser viável em teoria a convivência entre negócios processuais e arbitragem, à semelhança do que ocorre na França, por exemplo⁷⁶.

1.3. COOPERAÇÃO EXISTE TAMBÉM NO PROCESSO: O EXEMPLO DA ARBITRAGEM

Cabe neste ponto outra ressalva: a proposta do presente trabalho não é identificar todos os pontos de aproximação e afastamento entre as técnicas da arbitragem e do processo definido por convenção das partes, razão pela qual referido exame será realizado dentro dos limites do que interessa para o objeto deste estudo, ou seja,

⁷⁶ “En conclusion, la frontière est assez mince entre la solution juridictionnelle et la solution conventionnelle des litiges. Entre ces deux modes de solution, les nuances s’observent davantage que les contrastes. Bien que l’épithète ne soit plus de saison, appelons cela, si’lon veut, le modèle de la justice plurielle. Au rebours d’un discours associant les modes alternatifs de règlement des conflits à une entreprise de déjudiciarisation il est permis de défendre l’idée que les modes de solution amiable doivent être articulés aux modes judiciaires de règlement des conflits. Les uns n’excluent pas les autres et, pour un même conflit, il doit être possible d’aller de l’un à l’autre et *cive versa*. Si elles ne sont pas identiques, le garanties qu’offrent ces deux modes de règlement des litiges doivent donc être équivalentes. Au droit à un procès équitable, doit ainsi répondre le droit à une conciliation équitable. Il est notable que, dans um cas comme dans l’autre, les solutions applicables fassent l’objet d’une consécration internationale.” LOÏC CADIET, JACQUES NORMAND, SORAYA AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 1^a edição, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 218.

relativamente aos pontos sensíveis para a definição da consensualidade de um e de outro métodos⁷⁷.

Definido esse ponto, destaca-se que, na arbitragem⁷⁸, o tribunal privado composto especialmente para a resolução de determinado conflito extrai sua autoridade (ou jurisdição privada) da autonomia da vontade das partes⁷⁹, que concordam com a instauração de painel arbitral e voluntariamente declaram se submeter à respectiva decisão. Embora se possa afirmar que os árbitros exercem função pública⁸⁰⁻⁸¹, a atividade é privada.

Evidentemente não é assim no processo judicial, método de trabalho visando à resolução de conflitos com o mínimo de perturbação social possível oferecido aos sujeitos de direito como manifestação do monopólio estatal do uso da força⁸²: o processo judicial tem nítido caráter público.

⁷⁷ Nesse sentido, RODRIGO MAZZEI e BÁRBARA SECCATO RUIS CHAGAS, *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem* in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, Salvador, Juspodium, 2015, pp. 536-537.

⁷⁸ Segundo CARMONA, arbitragem é “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”. *Arbitragem cit.*, p. 31.

⁷⁹ “A arbitragem se funda na autonomia da vontade das partes, que a ela se vinculam através da convenção de arbitragem, sendo sua instituição exigível judicialmente, por meio de tutela específica. À vontade das partes se submete, também, a escolha ou montagem do procedimento a ser seguido para a obtenção da sentença arbitral e a lei aplicável ao caso, inclusive com a possibilidade de permitir a decisão por equidade. É exatamente essa base consensual da arbitragem que a torna menos disruptiva da relação entre as partes, propiciando facilidades para o prosseguimento do relacionamento entre elas, bem como para o cumprimento voluntário da decisão. Assim, a autonomia da vontade apresenta-se como um dos principais valores a servir de base para a constituição da arbitragem. Afinal, dela emanam ou a ela estão relacionadas as principais características da arbitragem na forma como ela é pensada presentemente.” CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos cit.*, ps. 33-34.

⁸⁰ “A solução de conflitos não é atividade exclusiva do Estado, mediante a oferta da tutela jurisdicional estatal. São crescentes a valorização e o emprego dos meios não judiciais de solução de conflitos, ditos *meios alternativos* ou (*paralelos* à atuação dos juízes), como a *arbitragem*, a *conciliação* e a *mediação* – o que conduz ao reconhecimento da equivalência entre eles e a jurisdição estatal. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, BRUNO VASCONCELOS CARRILHO. LOPES, *Teoria geral cit.*, p. 31, destaque do original.

⁸¹ Discorda JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, para quem “não cabe dizer que a arbitragem tenha natureza jurisdicional.” *Vista da arbitragem a partir do processo* in ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK (coords.), *Temas de direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 200. E, na mesma página, sintetiza: “Não tendo a sentença arbitral natureza administrativa nem judicial, não resta outra solução senão a de considera-la de natureza contratual, regida do começo ao fim por manifestações de vontade das próprias partes, ou que nelas têm a sua fonte.”

⁸² “(...) o *ambiente institucional* no qual a arbitragem se desenvolve possui características muitíssimo distintas daquele em que se desenvolve o processo judicial. O julgador no processo judicial é funcionário estatal, que geralmente é sorteado para a atuação em determinado caso, enquanto o árbitro é um profissional atuante no mercado, que é escolhido direta ou indiretamente pelas partes para a solução de uma

Embora esses dois métodos sejam geneticamente bastante distintos, é inegável a aproximação⁸³ a partir do momento em que se confere às partes em processo judicial (ou mesmo antes, no caso das convenções prévias) a possibilidade de disporem acerca de posições jurídicas processuais ou do procedimento (art. 190, CPC)⁸⁴⁻⁸⁵.

Explica-se: uma vez celebrada convenção processual, manifestação de vontade das partes passa a reger, dentro de determinados limites, a atividade jurisdicional, limitando-a e guiando-a (de maneira bastante evidente, art. 191, CPC)⁸⁶.

controvérsia.” CARLOS EDUARDO STEFEN ELIAS, *Imparcialidade dos árbitros*, tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de doutor sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2014, p. 180, destaque do original.

⁸³ Segundo LOÏC CADIET, “[c]ette contractualisation de la procédure évoque d’emblée l’arbitrage et il est vrai que l’arbitrage trouvant sa source dans la convention des parties peut apparaître comme une procédure de tpe contractuel. Mais l’observation, pour être moins évidente, plus inédite, vaut ausse – elle vaut en vérité surtout – pour la procédure devant les juridictions étatiques. Ici, le contrat se diffuse très sensiblement au sein du procès ; au moyen d’accords processuels (on peut aussi parler d’actes processuels conventionnels), il devient, en quelque sorte, à l’instar sinon à l’égal de la loi et de la décision unilatérale du juge, une technique complémentaire de gestion de la procédure, du moins en matière civile. ” *La qualification juridique des accords processuels in* ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, p. 94.

⁸⁴ Novamente retomando a ideia de que existe um microsistema de negociação processual, LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS: “(...) há de se ter em mente que as autonomia e organicidade próprias de todo microsistema conduzem o seu aplicador a buscar, dentro da lógica do sistema examinado, as balizas conducentes à colmatação de eventuais lacunas existente no trato de determinado instituto a ele pertencente. Apenas se frustrado tal intento após o exaurimento das forças intrínsecas ao microsistema é que se buscará apoio nas normas a ele exteriores, cujo uso será sempre residual e eventual. Mas a relação entre o sistema processual geral e o microsistema dos negócios processuais não é unidirecional, ou seja, não se revela apenas com a aplicação residual e eventual, ao microsistema das regras processuais a ele exteriores. Mais importante do que este sentido relacional é o que se desenvolve no caminho inverso: a clausula 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 terceiro, atividade probatória, saneamento processual, recursos, liquidação, execução, medidas de urgência, dentre outros).” *Convenções cit.*, pp. 198-199.

⁸⁵ O que, inclusive, minimiza a suposta tipicidade da arbitragem em comparação com o processo jurisdicional defendida por EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE justamente com base na importância da autonomia da vontade naquela técnica: “Deixa-se clara também, por esse lado, a tipicidade do processo arbitral em relação ao estatal, a autonomia da vontade, ao mesmo tempo em que é um pressuposto do processo arbitral, baliza seu procedimento. Logo, tal pressuposto, embora se identifique com pressuposto processual subjetivo da competência no processo estatal, não se limita ou restringe a uma posição prefacial no processo arbitral, ou no sentido de apenas impedir um julgamento de mérito, como lá ocorre. Estende-se para o procedimento, influenciando diretamente no seu curso e destino.” *Processo arbitral e sistema*, tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de doutor sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2009, pp. 94-95.

⁸⁶ A aparente tensão entre publicismo e privatismo foi bem sintetizada por RODRIGO RAMINA DE LUCCA: “Afim, se é verdade que o processo tem natureza pública, e se é verdade que a realização, homogeneização e integração do direito objetivo é tarefa da mais elevada importância, também é verdade que a função precípua do processo é tutelar e efetivar os direitos juridicamente assegurados das partes ou de quem elas extraordinariamente representam.” *Disponibilidade processual cit.*, p. 18.

Observa-se aqui o que BOTELHO DE MESQUITA denominou significado positivo da liberdade, que se traduz na possibilidade de os indivíduos contraírem obrigações tais que permitam modificações na realidade para o prevalecimento de suas vontades⁸⁷. No processo, a liberdade representa “essa possibilidade de mover o juiz para que, por meio da proteção jurisdicional, algo de novo se crie entre os homens: a justiça do caso concreto”⁸⁸.

Analisando a questão sob este ângulo, e à luz da lição invocada, processo judicial regido por convenção entre as partes e arbitragem não são substancialmente diferentes⁸⁹, uma vez que, ainda que a fonte de autoridade de ambos seja distinta, o procedimento, as posições jurídicas das partes e, em alguma medida, as condutas do julgador são regidos por negócios jurídicos em ambas as situações⁹⁰.

Asseverava ainda BOTELHO DE MESQUITA que “esses dois aspectos ou sentidos que a liberdade tem aplicam-se também no processo em relação ao juiz. A sujeição do juiz à lei, e apenas à lei, implica para o juiz a liberdade de decidir sem sofrer a

⁸⁷ “A liberdade é também a possibilidade do indivíduo de agir eficazmente para a consecução dos próprios objetivos. De todos os sentidos que comumente se emprestam à palavra liberdade, este é certamente um dos mais belos, senão o mais belo, pois por ele se exprime toda a força criadora do homem. É a grande mola que move o universo humano. A liberdade do indivíduo, neste sentido, se exprime em um agir, em um comandar a si próprio e aos demais. O conceito de obrigação, como vínculo imposto à vontade de outrem, gerando, consequentemente, o poder atribuído à vontade deste para o prevalecimento de seu interesse, mostra perfeitamente que a liberdade sob a lei importa sempre o poder de comandar sobre os demais para o prevalecimento da própria vontade, no sentido da satisfação dos próprios interesses.” (JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, *O princípio da liberdade na prestação jurisdicional in Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. 2, Revista dos Tribunais, 2005, p. 36)

⁸⁸ JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, *O princípio da liberdade cit.*, p. 36.

⁸⁹ “Em seu grau mais elevado, a contratualização do processo é também a arbitragem, na qual o Estado se despe da natureza pública do processo judicial e deixa todos os ônus da gestão processual nas mãos de particulares. Ao final da arbitragem, como todos sabem, o Estado reconhece que a decisão proferida no âmbito particular é jurisdicional ou tem efeitos jurisdicionais, a ponto de conferir a essas decisões o mesmo *status* conferido às decisões judiciais (art. 515, VII).” MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI, *Estudo cit.*, p. 145.

⁹⁰ “Há um elemento comum entre autonomia privada e direito subjetivo, que é justamente a ideia de liberdade. Ela é fundamento da autonomia privada e, ao mesmo tempo, materializa-se na ideia de direito subjetivo como limitação à esfera de atividade do outro. Embora o direito subjetivo tenha sido construído a partir da ideia de *poder* e, já na pandectística alemã, de *vontade*, ele é, sem dúvida, uma categoria estática que tem no seu cerne uma posição de vantagem atribuída ao sujeito pelo ordenamento jurídico. Ainda que, dessa situação de vantagem atribuída ao sujeito possam emanar situações dinâmicas, como o seu exercício e a faculdade de defendê-lo em juízo, isso não faz com que o direito subjetivo materialize a noção de poder como aptidão para criar normas jurídicas. O direito subjetivo tem natureza estática, enquanto que a autonomia privada possui uma perspectiva dinâmica, no sentido de que, a partir dela, o ordenamento continua em evolução.” IGOR RAATZ, *Autonomia cit.*, pp. 178-179.

opressão de quaisquer outras fontes de poder; é a ausência de impedimento ao cumprimento do dever livremente escolhido”⁹¹.

Conquanto tenha sido feita sob a égide do Código de Processo Civil revogado, em princípio, a afirmação não é incompatível com a possibilidade atual de se celebrar convenções processuais, uma vez que estas não alcançam o direito material (ou seja, a “lei” a que se refere BOTELHO DE MESQUITA e que serve de base para a decisão⁹²).

Ressalta-se, por fim, que é possível a coexistência entre arbitragem e negócios jurídicos processuais, não havendo esvaziamento de um em detrimento do outro: arbitragem possui, é fato, inúmeras vantagens para os litigantes que dela possam se valer (sigilo, possibilidade de escolha dos árbitros, etc.).

Porém, há que se considerar também que por vezes o custo de sua instauração é elevado e pode chegar a ser incompatível com a continuidade da relação entre as partes⁹³ (ou mesmo, em casos extremos, com o desenvolvimento da atividade negocial de alguma delas), ao passo que, no Judiciário, sendo as custas fixas e calculadas em percentual do valor da causa, é possível às partes dimensionarem de antemão o montante que despenderão para litigar⁹⁴.

Ainda, como são possíveis convenções processuais em todos os litígios que admitam autocomposição, determinados conflitos que não poderiam ser levados à arbitragem (e, via de consequência, teriam necessariamente que ser dirimidos perante o Poder Judiciário) podem ser trabalhados em negócios processuais.

⁹¹ JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, *O princípio da liberdade cit.*, p. 37.

⁹² Aliás, como destaca MARCO ANTONIO GARCIA LOPES LORENCINI, tratando dos métodos ditos “alternativos” ao processo jurisdicional de resolução de controvérsias: “Se fosse possível eleger um traço comum e fundamental de modalidades tão díspares de resolução de controvérsias, esse traço seria a *liberdade*. É inconcebível pensar em qualquer meio alternativo se não houver como premissa a vontade das partes. A solução via meios alternativos *autocompositivos* ou *heterocompositivos* pressupõe a plena liberdade de escolha antes de faculdades, direitos e ônus assumidos em determinado procedimento, é dado às partes escolher até mesmo o método de solução de controvérsia.” *A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias in* CARLOS ALBERTO DE SALLES (coord.), *As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 600-601.

⁹³ “The total amount of arbitration fees may be unbearable for the injured party, as well as for the party’s contingent-based lawyer. Where the value of a claim is small, the amount of the arbitration fee may be unconscionable because it is excessive relative to the value of the underlying claim.” HENRY S. NOYES, *If you (re)build it, they will come cit.*, pp. 587-588.

⁹⁴ DIOGO ASSUMPCÃO REZENDE DE ALMEIDA, *As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC in* ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, pp. 255-256.

Também, na arbitragem, via de regra, não se cogita de recurso contra a decisão de mérito – o que pode ser negociado pelas partes no processo regido por convenção –, e os árbitros não podem executar coercitivamente as próprias decisões, fatores que, ponderados, também podem contribuir para a maior aceitação das convenções processuais⁹⁵.

Por fim, necessário lembrar, com PAULA COSTA E SILVA, que mesmo que a arbitragem seja o meio adequado para a solução de determinados litígios, a inafastabilidade do Poder Judiciário como local adequado para eventual discussão de nulidade da sentença arbitral torna a sua existência necessária⁹⁶ – e mesmo esse processo, em princípio, poderia ser regido por convenção das partes.

1.4. A COOPERAÇÃO POSITIVADA NA FORMA DE DEVER PROCESSUAL

1.4.1. Breve observação sobre a natureza do art. 6º do Código de Processo Civil

O artigo 6º do Código de Processo Civil atual estabelece que “[t]odos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁹⁵ A respeito das potenciais vantagens dos negócios processuais sobre a arbitragem: “Additionally, modified litigation has significant advantages over arbitration: it is cheaper than arbitration; it includes a meaningful right to appellate review; it guarantees the appointment of a neutral, independent decision-maker; and it avoids problems with handling certain types of disputes, like consumer class actions, that may not be easily amenable to arbitration.” HENRY S. NOYES, *If you (re)build it, they will come cit.*, pp. 583-584.

⁹⁶ “(...) a conflitualidade altamente especializada ou que deve ser mantida sob sigilo tende igualmente a ser subtraída ao sistema formal de justiça. Neste caso, a arbitragem, com as suas vantagens (confidencialidade, possibilidade de escolha do decisor, possibilidade de postergação de regras substanciais de direito estrito) é o meio escolhido. Se atendermos aos dois tipos de frequência de litígios que são decididos por via arbitral, podemos extrair a seguinte conclusão: porque um e outro tendem a não ser submetidos à decisão por um magistrado, a arbitragem, mais do que um meio alternativo é o meio adequado à solução dos litígios que a ela acedem. Quanto a estes dois tipos de litígios, a relação de alternatividade inverte-se na sua formulação: é sistema judicial que funciona como meio alternativo, de existência necessária, relativamente à arbitragem.” *O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efetiva e complementariedade*, Revista de Processo, 158:2008, p. 106.

Embora sejam comuns as referências a esse dispositivo como aquele em que positivado em nosso sistema o chamado “princípio da cooperação”, tem-se que, com o devido respeito, essa classificação não é a mais correta, por duas razões principais.

A primeira e mais evidente é que o dispositivo fala claramente em “dever” de cooperação. Conquanto a interpretação literal evidentemente não seja a única possível, tampouco se pode simplesmente ignorar a escolha de palavras e expressões que compõem o texto legal.

Veja-se, por exemplo, que a linguagem é bastante distinta quando se cuida dos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário (“Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” – art. 3º, CPC), do contraditório (arts. 7º, 8º, 9º, 10, CPC), ou da publicidade (“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (...)” – art. 11, CPC).

A segunda razão diz com a própria definição de princípios e regras, ambas espécies do gênero norma jurídica⁹⁷. Consoante HUMBERTO ÁVILA, “princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido”⁹⁸, enquanto os diversos tipos de regras⁹⁹ “descrevem objetos (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos) e exigem do destinatário a adoção de um comportamento mais ou menos determinado, e do aplicador o exame de correspondência entre a conduta adotada e a descrição normativa daquele objeto”¹⁰⁰.

⁹⁷ Não é o caso de aprofundamento nessa distinção, cujos desdobramentos escapam ao escopo do presente trabalho, razão pela qual se adota como marco teórico a noção de HUMBERTO ÁVILA, segundo a qual “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decibilidade e 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 complementaridade 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.” *Teoria dos princípios*, 12ª edição ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 78-79, destaque do original.

⁹⁸ *Teoria cit.*, p. 79.

⁹⁹ Comportamentais ou constitutivas, novamente conforme HUMBERTO ÁVILA: “(...) as regras podem ser divididas em dois grandes grupos: o das *regras comportamentais* e o das *regras constitutivas*. As *regras comportamentais* descrevem comportamentos como obrigatórios, permitidos ou proibidos. As *regras constitutivas* atribuem efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações”. *Teoria cit.*, p. 81, destaque do original.

¹⁰⁰ *Teoria cit.*, p. 83.

Para que não restem dúvidas, aplicando-se a classificação proposta por HUMBERTO ÁVILA ao artigo 6º do Código de Processo Civil invocado no início deste tópico, verifica-se que a norma apresenta destinatário certo (“todos os sujeitos do processo”), regula conduta específica (“devem cooperar entre si”) e o efeito jurídico que se pretende atingir (“para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”).

Nesse cenário, ainda que os conceitos utilizados sejam abertos (o que significa cooperar? O que se considera “tempo razoável”? O que é “justa e efetiva”?) – e, portanto, a definição do conteúdo preciso e do alcance dessa regra dependa de interpretação –, isso não afasta a possibilidade de enquadrar essa norma jurídica na categoria de regra.

Essa classificação não é meramente teórica e projeta uma consequência importante para o objeto deste estudo: sendo regra, nem mesmo em tese o juiz poderia, em sopesamento com eventuais outros valores, exercendo a ponderação, afastar ou mitigar a aplicação da cooperação a determinado processo, como poderia em tese ocorrer com um princípio¹⁰¹. Trata-se de um imperativo de conduta cuja observância não é facultativa dentro das hipóteses em que sua aplicação se justifica, não havendo regra de exceção aplicável.

Constata-se, ademais, que o dispositivo mencionado (art. 6º, CPC) está inserido no capítulo “das normas fundamentais do processo civil” – o que não exclui a possibilidade de que a cooperação seja entendida como regra que estabelece um dever, e não como princípio, na linha que se vem de sustentar.

Por fim, embora se sustente que a cooperação, em nosso sistema, é um dever de todos os sujeitos processuais, como já se acenou, a doutrina processual em peso a ela se refere como sendo um princípio. Por isso, nas citações, na bibliografia e eventualmente no próprio texto da tese, a referência pode vir nessa forma (princípio da

¹⁰¹ “As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.” *Teoria cit.*, p. 194.

cooperação), quando necessário ou adequado para contextualizar o pensamento de algum doutrinador ou mencionar ensinamento específico.

1.5. CONTEÚDO DO DEVER DE COOPERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No núcleo do dever de cooperação está a ideia de que o juiz tem o dever funcional de adotar postura ativa no contraditório¹⁰², dialogando com as partes para viabilizar prolação de decisão¹⁰³ de mérito, contribuindo, com isso, para o escopo processual de pacificação social.

Busca-se, pelo dever de cooperação (ou colaboração, aqui referidos como sinônimos), equilíbrio na divisão de trabalho entre os sujeitos do processo, ou seja, entre a direção do processo pelo juiz e o pleno exercício do contraditório participativo¹⁰⁴. Essa noção é válida para ambos os vetores possíveis de colaboração intersubjetiva, tanto das partes com o juízo, quanto do juiz com as partes¹⁰⁵.

Trata-se de construção teórica que entende o processo como atividade colaborativa, cujo resultado será necessariamente fruto das atividades desenvolvidas por

¹⁰² “Na verdade, o princípio da cooperação restringe a *passividade* do juiz, afastando-se da ideia liberal do processo como uma “luta” ou “guerra” entre as partes, meramente arbitrada pelo juiz” (grifo do original). LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, *O princípio contraditório e a cooperação no processo*, disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>, acesso em 6.6.2016.

¹⁰³ Fala-se em decisão, e não em sentença, ante a possibilidade de prolação de interlocutória versando sobre o mérito que, conquanto não ponha fim ao procedimento em primeiro grau (art. 203, §§1º e 2º, CPC), também pode ser encarada sob essa perspectiva de objetivo comum das partes para a pacificação do conflito relativamente às questões por ela enfrentadas.

¹⁰⁴ “O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso)”. FREDIE DIDIER JR., *Princípio da cooperação: uma apresentação*, Revista de Processo, 127: 2005, obtido em www.rt.com.br, p. 1 (arquivo digital).

¹⁰⁵ LUCIO GRASSI GOUVEIA, *A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro*, Revista de Processo, 172:2009, obtido em www.rt.com.br, p. 1 (arquivo digital).

todos os sujeitos de que dele participam¹⁰⁶, sem prejuízo do antagonismo entre as partes ou da imparcialidade do julgador.

Esse “ambiente” processual somente pode ser criado mediante aprofundamento do contraditório, com a superação da ideia de que esta garantia constitucional (art. 5º, LV, CF) possa ser observada com a mera concessão de oportunidade de manifestação bilateral perante juiz imparcial. Diversamente, necessário propiciar às partes “*participação real e efetiva* na realização dos atos preparatórios da decisão judicial”¹⁰⁷.

Nesse ponto, necessária uma ressalva: evidentemente, a crítica segundo a qual a cooperação no processo seria inviável em razão dos interesses opostos das partes – o que, via de consequência, as impediria de ajudar uma à outra, por receio de prejudicar suas chances de êxito – é descabida no âmbito teórico do princípio da cooperação¹⁰⁸.

Não se espera, nem mesmo em tese, que a parte “coopere” com seu adversário a ponto de prejudicar a si própria. Diversamente, o princípio da cooperação diz respeito à valorização da boa-fé nas condutas processuais e da participação efetiva via contraditório para a construção compartilhada da decisão¹⁰⁹. Cuida-se da possibilidade real

¹⁰⁶ “Atualmente, ganha vigor a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O contraditório é o elemento que fornece ao processo este aspecto discursivo, por força de um mandamento constitucional do diálogo judicial (Verfassungsgebot zum Rechtsgespräch) entre partes e órgão julgador para a formação do juízo do magistrado.” ANTONIO DO PASSO CABRAL, *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, Revista de Processo, 126:2005, obtido em www.rt.com.br, p. 3 (arquivo digital).

¹⁰⁷ JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, *A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC*, Revista de Informação Legislativa, 190:2011, p. 297.

¹⁰⁸ “A premissa que deve ser esclarecida desde o início é a de que a grande maioria da doutrina que trata do tema não afirma a necessidade de as partes cooperarem espontaneamente entre si, do que resultariam consequências dificilmente sustentáveis, como a de que elas houvessem que trazer ao processo, desde logo, alegações e provas que lhes fossem desfavoráveis. Ao se falar em cooperação, busca-se a alteração da relação que se estabelece entre o juiz e as partes, e vice-versa, sem que se chegue ao limite de cercear de maneira absoluta a liberdade das partes no processo.” LARISSA GASPAR TUNALA, *Comportamento processual contraditório – a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, Salvador, Juspodium, 2015, pp. 132-133.

¹⁰⁹ A respeito: “a idéia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe -se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.” CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*, disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 7.6.2016, p. 8.

de influenciar o resultado do processo, e não de altruísmo desmedido em proveito da parte contrária.

Em complemento, não há quebra da imparcialidade do juiz: o julgador deve auxiliar a parte que dele necessite, independentemente de quem se trate, e de maneira igual (ou seja, sem favorecer uma em detrimento da outra). Com isso, mantém-se e reafirma-se a isonomia.

Tampouco se ignora a crítica atinente ao histórico da cooperação, que no passado foi utilizado para justificar posturas antidemocráticas em modelos de processo civil de regimes totalitários¹¹⁰. No entanto, aplica-se no caso a tese da descontinuidade do conteúdo e significado dessa regra, ora revista em relação ao seu alcance anterior à segunda guerra mundial¹¹¹: se o contexto mudou, a interpretação deve também mudar.

Resumindo, as partes são os agentes mais interessados na obtenção de informações preparatórias à prolação da decisão de mérito, e, sob certos aspectos, os mais preparados para essa tarefa. Cabe ao juiz, assim, organizar essa atividade, e abrir espaço para que os sujeitos parciais atuem na defesa de seus interesses¹¹².

¹¹⁰ “Relembrando o que foi exposto até aqui, Baumbach já defendia, em 1938, o dever de colaboração, pelo qual os jurisdicionados teriam o dever de “ajudar o juiz com todas as forças a encontrar o direito”, ao mesmo tempo em que propunha a extinção do processo civil contencioso. O dever de colaboração das partes foi positivado nos Códigos portugueses de 39 e 61 (art. 265) e, apenas no que se apurou para este trabalho, consistiu em princípio fundamental dos sistemas processuais soviético, alemão socialista e polonês socialista. Em todos eles, a liberdade das partes foi radicalmente cerceada.” RODRIGO RAMINA DE LUCCA, *Disponibilidade cit.*, pp. 158-159.

¹¹¹ “[o] conceito de princípio que alicerçou a construção teórica do chamado ‘princípio dispositivo’ esbarra na ‘tese da descontinuidade’, segundo a qual os princípios constitucionais do segundo pós-guerra e as construções teóricas daí advindas não podem ser vistas como uma continuidade dos princípios gerais do direito e dos princípios epistemológicos (máximas jurídicas)”. IGOR RAATZ, *Autonomia privada e processo civil – negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, Salvador, Juspodium, 2016, p. 189.

¹¹² “O confronto entre *civil law* e *common law* tem sido feito por diversos prismas. No campo do processo, é critério recorrente o que se tira da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes (*rectius*: entre juiz e advogados das partes) na instrução probatória. Adverte-se aí uma diferença de acentuação : os ordenamentos anglo-saxônicos atribuem a tarefa principalmente aos advogados, enquanto nos da família romano-germânica assume relevância maior o papel do órgão judicial. Cunharam-se até denominações no âmbito do *common law*, para assinalar o contraste: ao processo do tipo dominante na família romano-germânica chama-se ‘inquisitorial’, ao outro tipo ‘adversarial’. À evidência, jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual ‘quimicamente puro’: todos cominam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos.” JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo in Temas de direito processual – nona série*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

1.5.1. Conteúdo e desdobramentos do dever de cooperação para o juiz

Como já se acenou, o dever de cooperação que toca a todos os sujeitos processuais foi consagrado na parte geral do Código de Processo Civil de forma genérica (arts. 6º, CPC), ressaltando-se os ideais de duração razoável do processo, justiça e efetividade da decisão.

Porém, há também previsão específica em relação aos seus corolários – o que reforça que a construção teórica em torno da colaboração entre os sujeitos processuais tem aplicação prática que foge ao academicismo.

Para delimitar o conteúdo do dever de cooperação em relação ao juiz, necessário aprofundar ideia com a qual já se acenou em tópico precedente segundo a qual o contraditório não se exaure na oportunidade de manifestação ou como o direito de informação seguido da possibilidade de reação, mas vai além: porque o exercício efetivo do contraditório tem aptidão para melhorar a qualidade da decisão judicial, ele faz surgir para o juiz o dever de promovê-lo como forma de conduzir o processo de maneira adequada, visando a solução justa.

Em outras palavras, a colaboração entre partes e juiz contribui para decisão judicial mais justa e maior aderência ao direito material, o que inclusive justifica a repressão a comportamentos desleais ou de má-fé, cabendo ao juiz fomentar o debate e atuar ativamente para que haja interações proveitosas a respeito de todas as questões relevantes para o deslinde da controvérsia¹¹³.

¹¹³ “Oltre l’obbligo delle parti di contribuire alla risoluzione del conflitto, il contraddittorio impone un dovere anche al giudice, nel senso d’instaurare un vero dibattito giudiziario sulle questioni discusse nel processo. Da molto è sorpassata la visione che il magistrato non debba intraprendere sforzi nel campo probatorio per non ferire la sua imparzialità, concezione dominante che ancora prevale negli ordinamenti del common law, dove è in vigore l’adversarial system, con una maggiore passività del giudice (27). In opposizione, i processualisti hanno percepito la necessità di un atteggiamento attivo del giudice nella ricerca della verità, che evita l’applicazione senza restrizione del principio dispositivo nell’attività probatoria.” ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*, Rivista di Diritto Procesuale, 2:2005, p. 461.

De acordo com FREDIE DIDIER JR., sob esse enfoque, o dever da cooperação (que é por ele tratado como princípio) se divide em três aspectos, cada um dos quais gera para o julgador um dever distinto, a saber: dever de esclarecimento, dever de consultar e dever de prevenir¹¹⁴. Para maior clareza, eles serão tratados já em conjunto com as respectivas disposições legais.

O primeiro (dever de esclarecimento) se refere ao dever de o julgador esclarecer junto às partes eventuais dúvidas a respeito de suas alegações ou pedidos para a adequada interpretação das manifestações dos sujeitos parciais no processo. Essa noção se coaduna com a determinação abrangente do art. 9º do Código de Processo Civil.

Já o segundo (dever de consultar¹¹⁵) diz respeito à impossibilidade de decisão a respeito de fundamento que não tenha sido abordado pelas partes e que, portanto, não tenha integrado o contraditório – ainda que se trate de questão cognoscível de ofício, e pouco importando que se tratem de questões de fato ou de direito¹¹⁶, refletido no art. 10 do Código de Processo Civil.

O dever de prevenir, por sua vez, se relaciona à necessidade de impedir o uso inadequado do processo, devendo o julgador apontar eventuais defeitos que impeçam as manifestações das partes de produzirem os efeitos desejados, propiciando que sejam sanados. Exemplo de positivação do dever de prevenir se encontra no art. 321 do Código de Processo Civil, relativamente aos requisitos da petição inicial, mas a noção é abrangente e pode ser extrapolada para todo o processo.

Para LÚCIO GRASSI GOUVEIA, haveria ainda o chamado dever de auxílio (que foi expressamente consagrado pelo Código de Processo Civil português – art. 7º, 4),

¹¹⁴ *O princípio cit.*, p. 1.

¹¹⁵ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI estende a aplicação do dever de consulta também ao árbitro. *A liberdade do árbitro e o problema da requalificação jurídica da demanda*, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, 98:2015, pp. 115-116.

¹¹⁶ “(...) os litigantes têm o direito de influenciar na preparação da decisão que será prolatada e o juiz tem o dever de consultar as partes, chamando-as para se manifestarem sobre pontos que ele vislumbra como relevantes para a decisão a ser tomada. O contraditório, nesses termos, coloca-se para o litigante como uma garantia de influência e também uma garantia de ‘não surpresa’ (já que o julgador não decidirá fora do que foi submetido ao debate). É acertado concluir, nesse contexto, que o art. 10 do NCPC dá concretude ao princípio do contraditório e consagra a perspectiva atual que se tem do postulado, já que aquela norma, ao fomentar um debate prévio sobre os fundamentos da futura decisão, impõe o ‘dever de consulta’ ao magistrado, além de assegurar à parte a garantia de influência (na livre convicção do juiz) e a garantia de ‘não surpresa’.” ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO, *Da expressa proibição à “decisão-surpresa” no novo CPC*, Revista do Advogado, 126:2015, p. 165 (contém grifos no original).

pelo qual o magistrado teria de providenciar remoção de obstáculo ao exercício de alguma posição processual ativa ou passiva que estivesse ao seu alcance¹¹⁷.

Além desses, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, elenca ainda o dever de inquisitorialidade, que deriva diretamente do texto legal do Código de Processo Civil português, segundo o qual o juízo deve se valer dos poderes inquisitórios que lhe são conferidos para a busca da verdade no processo¹¹⁸.

Ainda, relaciona-se ao dever de cooperação atribuído ao juiz disposição que lhe impõe assegurar às partes igualdade de tratamento e velar pela duração razoável do processo (art. 139, I e II, CPC).

Apenas para fins de registro (vez que o estudo de direito comparado fugiria ao escopo do presente trabalho), convém mencionar que o princípio da cooperação também foi consagrado em ordenamentos estrangeiros, notadamente em Portugal¹¹⁹, França¹²⁰ e Alemanha¹²¹.

¹¹⁷ O juiz “[d]eve assim impedir que a parte venha a ter contra si uma decisão desfavorável, por não ter conseguido obter documento ou informação imprescindíveis ao julgamento da causa.” *A função cit.*, p. 2 (arquivo digital).

¹¹⁸ “Dever de inquisitorialidade (cf. art. 411º e 986º, nº 2): o tribunal tem o dever de utilizar os poderes inquisitórios que lhe são atribuídos pela lei; por exemplo: o juiz suspeita de que uma pessoa que as partes não ofereceram como testemunha tem conhecimento de factos relevantes para a decisão da causa; utilizando os poderes inquisitórios em matéria probatória (cf. art. 411.o), deve convocar essa pessoa para depor (cf. art. 526.o, n.o 1)”. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências? (01.2015)*, disponível em http://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%A2ncias_01.2015, acesso em 7.6.2016.

¹¹⁹ “Artigo 7º - Princípio da cooperação. 1 — 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. 2 — O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando -os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando -se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 — As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 417º; 4 — Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.” Código de Processo Civil português (Lei 41/2013).

¹²⁰ Art. 16, CPC francês: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.”

¹²¹ “Em vernáculo, de acordo com a tradução de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, Titular de Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: “§ 139 – Condução material do processo. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em

1.5.2. Conteúdo do dever de cooperação para as partes

No que diz respeito às partes, o dever de cooperação se resume fundamentalmente na sua atuação de boa-fé no processo, tanto sob o aspecto subjetivo como objetivo (arts. 5º, 77, 80, 81, CPC).

Esse é o parâmetro geral que permite aferir se os sujeitos parciais se comportam de maneira cooperativa, e que de maneira tangível se desdobra exemplificativamente nos deveres de expor os fatos em juízo conforme a verdade, prestar esclarecimentos quando solicitadas, cumprir decisões jurisdicionais sem criar embaraços e comparecer aos atos processuais para os quais forem intimadas (arts. 77, 334, §8º, CPC).

A respeito do dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade (art. 77, I, CPC), necessário observar que, a despeito de existir dever de veracidade, mesmo sob o prisma cooperativo, não se impõe às partes um dever de completude; ou seja, a parte pode – obviamente dentro de limites que não prejudiquem a própria verdade das alegações – omitir-se em relação aos fatos circunstanciais que poderiam lhe ser prejudiciais¹²².

litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito". FREDIE DIDIER JR., *O princípio cit.*, p. 2.

¹²² “É reconhecida, porém, ainda sob o ponto de vista cooperativo, a liberdade de omissão, ou seja, a parte não está obrigada a relatar absolutamente todos os fatos circunstanciais à causa principal, pois não se pode dela exigir que ofereça à parte contrária todos os elementos necessários ao julgamento em seu desfavor. Daí a afirmação feita de que, apesar de existente o dever de veracidade, não há em nosso ordenamento um dever de completude, o que permite a omissão, principalmente para que as partes não sejam obrigadas a alegar fatos contra si mesmas. O direito à omissão, por sua vez, tem limites, pois não se pode omitir fato tão essencial que acabe por comprometer a veracidade dos demais fatos.” E conclui: “Conjugando os deveres de veracidade e completude, portanto, tem-se que as partes são livres para optarem por não revelarem fatos ou produzirem provas que lhes desfavoreçam, desde que isso não torne inverídico os fatos efetivamente afirmados. E, ao

Dito de outra forma, nem mesmo dentro de um processo cooperativo se obriga a parte a deduzir alegações ou produzir prova contra si mesma, ou a favorecer seu adversário em prol de ideal supremo de justiça.

1.5.3. Segue: consequências da observância do dever de cooperação pelos sujeitos processuais

A relação entre o dever de cooperação e as convenções processuais, que compõe o objeto do presente trabalho, será abordada especificamente em tópico próprio, em que se tratará as limitações e possibilidades dos acordos de vontade entre as partes no âmbito processual. Porém, para complementar logicamente os tópicos anteriores, convém tratar das implicações gerais da observância do princípio da colaboração no processo civil.

Se é certo que ao juiz não assistem faculdades, mas apenas poderes e deveres, então correto afirmar que a observância do dever de colaboração, nos termos acima delineados, é obrigatória, por decorrer de texto expresso de lei. Repisa-se: trata-se de regra que, assim, não admite juízo de ponderação, mas apenas de aplicabilidade ou não (e, pelo próprio teor do texto legal, tem aplicação geral).

Mas, para além dessa constatação, há vantagens genéricas na adoção das posturas que se vem de mencionar.

A participação dos sujeitos parciais em contraditório aprofundado legitima a decisão judicial¹²³, por ser aspecto da legitimação pelo procedimento em seu caráter substancial.

escolherem manifestarem-se, têm que observar o dever de veracidade, alegando somente aquilo que acreditarem ter acontecido.” LARISSA GASPAS TUNALA, *Comportamento cit.*, pp. 135-136.

¹²³ “A participação ativa dos personagens do processo é o que o legitima como mecanismo e instrumento de resolução de conflitos. Assim, é certo afirmar que o processo desviado de uma participação permanente e democrática das partes, marcado pelo amplo diálogo dos seus personagens, não se afigura como legitimador de resolução alguma, não sendo, portanto, adequado à realização do contraditório participativo, afastando-se dos preceitos elementares do devido processo legal.” ANTONIO AURÉLIO ABI-RAMIA DUARTE, ALEXANDRE

Ademais, a cooperação, especialmente nos aspectos de auxílio, prevenção e consulta, pode, em tese, afastar potenciais nulidades processuais, contribuindo para o bom andamento da marcha processual com a eliminação de atos desnecessários.

1.5.4. Segue: outras manifestações do dever de cooperação no Código de Processo Civil

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema – o que escaparia ao objeto deste estudo – convém mencionar a existência de outras manifestações do dever de cooperação ao longo do Código de Processo Civil, reforçando a respectiva relevância.

Relativamente a terceiros, a previsão da possibilidade de intervenção de *amicus curiae* (art. 138, CPC) também é reflexo da consagração do dever de cooperação, por permitir a colaboração de terceiros com conhecimento específico para a prolação da decisão.

Analisando a questão sob outro ângulo, a promoção, pelo Código de Processo Civil, de mecanismos de solução consensual do litígio evidencia, novamente, a ênfase à colaboração entre partes e juiz na busca de decisão que seja adequada, independentemente de seu conteúdo de mérito¹²⁴.

FREITAS CÂMARA, *O processo como “comunidade de trabalho” e o princípio da cooperação*, Revista da EMERJ, 18:2015, p. 68.

¹²⁴ “Um aspecto que a princípio não parece estar relacionado com a dimensão cooperativa do processo, mas que no fundo quer nos parecer como fortemente promotora da participação das partes são os dispositivos relacionados com a busca da solução consensual. De fato a resolução do conflito tendo como protagonistas as próprias partes interessadas, mediadas ou conciliadas por especialistas ou pelo próprio juiz, representa o ápice da participação/cooperação das partes no processo, pois o que importa é a contribuição dos próprios interessados para a obtenção da pacificação, seja ela adjudicada ou consensual.” CAMILO ZUFELATO, *Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC*, in A. Freire et alli (orgs.), *Novas tendências do processo civil - estudos sobre o projeto de novo Código de Processo Civil*, Salvador, Juspodium, 2014, p. 105.

Ainda, há previsão específica do dever de o relator conceder prazo para que o recorrente sane o vício ou complemente documentação exigível antes de considerar inadmissível recurso incompleto (art. 932, parágrafo único, CPC).

Aliás, o tratamento que vem sendo dado pelos tribunais superiores para esta disposição ilustra bem uma aplicação prática do dever de cooperação: o relator deve colaborar com a parte recorrente para que recurso com vício formal ou documentação incompleta possa vir a ser conhecido, permitindo o enfrentamento do mérito do inconformismo, mas apenas até o limite em que isso não implique vantagem indevida em detrimento do recorrido.

Nesse sentido, o enunciado administrativo nº 6 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o prazo previsto no dispositivo mencionado somente deve ser concedido “para que a parte sane vício estritamente formal” e o julgamento dos agravos em recurso extraordinário nº 953.221 e 956.666, no qual se decidiu que o prazo não poderia ser concedido para complementar fundamentação do recurso¹²⁵.

Entendimento contrário, aliás, equivaleria a dilação injustificada do prazo para a própria interposição do recurso, burlando o requisito de admissibilidade da tempestividade, como já se consignou em decisão monocrática proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que deixou de conhecer de agravo de instrumento interposto sem as respectivas razões¹²⁶.

¹²⁵ 1ª Turma define limites para concessão do prazo previsto no artigo 932 do novo CPC, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318235>, acesso em 1. 4. 2018.

¹²⁶ Agravo de instrumento nº 2099462-37.2016.8.26.0000, rel. des. Carlos Alberto de Salles, j. em 31.5.2016, do qual constou que “No caso dos autos, foram protocoladas eletronicamente 236 páginas pela advogada da agravante em 17 de maio de 2016, sem a minuta do recurso. As peças, cuja juntada poderia ser complementada, já haviam sido protocoladas; mas não o próprio agravo de instrumento. Como o setor de distribuição deste Tribunal não sabia sequer como proceder ao registro dos documentos (p. 237), foi consultada a Presidência da Seção de Direito Privado que determinou a intimação da defensora para a devida apresentação (p. 237). A minuta, por fim, foi protocolada apenas em 23 de maio de 2016, quando já decorrido o prazo recursal (art. 1.003, §5º, NCPC). É de rigor o não conhecimento do recurso, portanto, máxime porque entendimento contrário pelo prosseguimento do agravo de instrumento implicaria perigoso precedente de ofensa às regras de tempestividade recursal, de preclusão, de equidade e de ampla defesa”.

1.6. RELAÇÃO ENTRE AUTONOMIA DA VONTADE, DEVER DE COOPERAÇÃO E CONVENÇÕES PROCESSUAIS

A mera noção de negócio jurídico processual traz, em si, paradoxo aparente: convenção é acordo, processo é desacordo. Embora essa ideia não seja novidade¹²⁷, ela é útil como ponto de partida para compreender a relação entre a autonomia da vontade, o dever de cooperação e as convenções processuais.

Sob esse prisma, a questão que se coloca é a de saber como partes em conflito poderiam voluntariamente colaborar uma com a outra.

Como já se mencionou, a contradição é apenas ilusória. Existe possibilidade de haver disputa acerca de (aspecto do) direito material envolvido, mas acordo quanto ao método de trabalho que será utilizado para resolver a contenda¹²⁸. Essa é, aliás, a base da arbitragem¹²⁹, não se vislumbrando qualquer diferenciação entre aquele método e o processo judicial que aponte para a sua inaplicabilidade a este.

Assim, na premissa de que o grau de litigiosidade entre as partes não seja tão elevado que impeça qualquer diálogo, é de se cogitar que, visando ambas à prolação de decisão jurisdicional sobre o mérito dos pedidos (ainda que com interesses opostos e – a

¹²⁷ LOÏC CADIET, *Les conventions cit.*, p. 62.

¹²⁸ “Diferente, porém, é o negócio processual, que não visa solucionar o conflito, mas regulamentar, nos moldes desejados pelas partes, o próprio método de solução, isto é, o exercício da jurisdição. É instrumento do próprio instrumento. Aqui, também se fazem presentes atos de disposição das partes, as quais não dispõem de seu direito substantivo, mas, sim, do direito processual. Tais contratos assemelham-se, mas não se confundem, com a cláusula compromissória, prevista no art. 853 do Código Civil e art 4º da Lei de Arbitragem. Assim como o instrumento contratual atrelado à arbitragem, as convenções processuais estabelecem regras a serem observadas em eventual disputa que decorra da execução do contrato matriz. São, pois, pactos condicionados ao advento do conflito. Diferem, no entanto, na sua destinação, porquanto a cláusula compromissória tem por objetivo, além da criação de regras próprias para observância casual e futura, a retirada do âmbito do Poder Judiciário da competência de processar e julgar demanda que verse sobre o conflito oriundo do contrato na qual está inserida. A convenção processual, por sua vez, também estabelece regramento próprio para a solução do conflito surgido da interpretação e aplicação do negócio jurídico, mas não afasta a jurisdição estatal como o método de solução a ser adotado. Ao contrário, reafirma a opção pela atividade jurisdicional, mas acrescenta regras que alteram o procedimento legal com o escopo de adaptá-lo para melhor atender, segundo o entendimento e a vontade dos contratantes, as características do caso concreto.” DIOGO ASSUMPÇÃO REZENDE DE ALMEIDA, *As convenções cit.*, pp. 258-259.

¹²⁹ “A arbitragem - meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.” CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo cit.*, p. 31.

rigor – sem que isso interfira de forma alguma, em razão dos seus deveres de lealdade e boa-fé), possam, de comum acordo, adaptar o procedimento ou direcionar suas atividades e situações jurídicas para este fim por meio de declarações de vontade convergentes.

Dito de outra forma, ao manifestarem suas vontades de maneira convergente na forma de convenção processual¹³⁰, os sujeitos processuais dão concretude ao seu dever de cooperação, atuando-o na prática em grau máximo.

Mais do que isso: quando as partes – supondo-se, para fins acadêmicos, em condições de igualdade financeira e informacional –, em convenção prévia (ou seja, em cláusulas ou capítulo de contrato elaborado antes do surgimento de conflito) levam em consideração que podem obter certas vantagens materiais se negociarem quanto ao procedimento ou às suas posições jurídicas processuais, elas estão atribuindo valor (no sentido de vantagem econômica ou de outra ordem) às suas prerrogativas processuais¹³¹.

A título ilustrativo, para facilitar a compreensão, embora já ressalvando que o exemplo não se aplicaria em nosso sistema, HENRY NOYES, ao tratar do tema, avança a ponto de propor que as partes poderiam detalhar no contrato o montante (em dinheiro) que se estaria atribuindo às prerrogativas processuais de que as partes estariam abrindo mão, de modo a possibilitar deduzi-lo do total da negociação (“a. If you wish to waive your right to a jury, reduce your purchase price by \$5.00. [___] b. If you wish to agree that Florida is the exclusive forum for dispute resolution, reduce your purchase price by \$5.00. [___]”, e assim por diante)¹³².

Sua ideia é que esse tipo de clausulado auxiliaria na demonstração de que a tomada de decisão foi feita de maneira “consciente, voluntária e inteligente” – critérios que têm sido utilizados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América para decidir pela

¹³⁰ “Constituída embora por duas declarações de vontade, a convenção processual é ato *uno*: emitidas que sejam, as declarações fundem-se para formar entidade nova, capaz de produzir efeitos específicos.” JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Convenções cit.*, p. 89.

¹³¹ “Although this article discusses ‘waiver’ of dispute resolution rights, that term is a misnomer a true *waiver* involve a known right or privilege that a party intentionally relinquishes. A right is *forfeited* when a party fails to assert it. This Article addresses dispute resolution rights that are neither *waived* nor *forfeited* – they are *negotiated* and given up *in exchange for consideration*. If a party may waive certain protections by intentionally relinquishing them and a party may forfeit the protections by ignorance (and the system is not then subverted), then a party should be able to bargain away its litigation rights in exchange for consideration. Litigation rights are more valuable if they may be exchanged.” HENRY S. NOYES, *If you (re) build it, they will come cit.*, pp. 618-619.

¹³² *If you (re) build it, they will come cit.*, p. 639.

aplicabilidade ou não de contratos em que consumidores abrem mão de prerrogativas processuais¹³³.

Logicamente, essa proposição não é isenta de críticas e nem se está defendendo que as partes devam sempre ou não possam nunca negociar em razão disso¹³⁴. Porém, compreender essa circunstância – que é agora, diante da redação do art. 190 do Código de Processo Civil, uma realidade – é essencial para que as partes possam tomar decisões informadas do ponto de vista estratégico tanto no momento da celebração do negócio jurídico quanto posteriormente, se e quando sobrevier controvérsia entre elas que as leve a buscar o Poder Judiciário¹³⁵.

Seja como for, o ponto de aproximação entre o dever de colaboração e a figura das convenções processuais se dá justamente sob o enfoque do empoderamento das partes, que permite enxergar as últimas como manifestação do primeiro: tanto naquele como nestas, os sujeitos parciais aceitam divisão diferenciada do trabalho no processo, assumindo as rédeas do procedimento ou dispendo sobre suas posições jurídicas para preparar a decisão de mérito de acordo com regras próprias que, segundo o seu entendimento qualificado pelo interesse que possuem no desfecho justo da demanda, sejam mais adequadas às peculiaridades do caso

Desse modo, mais do que um mero desdobramento¹³⁶, tem-se que as convenções processuais são verdadeira materialização do dever de cooperação imposto a

¹³³ “This arrangement would go a long way toward establishing that the waiver of litigation rights was ‘knowing, voluntary and intelligent’, even where the consumer is not represented by an attorney. These principles should translate particularly well to commerce transacted over the internet, where the business might provide links to generic explanations of the various rights being waived.” *If you (re) build it, they will come cit.*, p 640.

¹³⁴ Novamente HENRY S. NOYES: “Some have argued that ‘courts have rushed to embrace most forms of [ex ante contract], and in so doing have overlooked, if not forsaken, an underlying concern for fundamental fairness in favor of preservation of contractual autonomy.’ But it is hard to accept that there is some fundamental unfairness in the parties’ agreement to adopt and appl mutually agreed-upon litigation procedures, especially where the parties bargain and negotiate for the procedures that will apply.” *If you (re) build it, they will come cit.*, pp. 619-620.

¹³⁵ “All contracts include an assessment of anticipated, but unknown, future events and allocation of risks. Enforcement of contracts is normally necessary when unanticipated events transpire.” HENRY S. NOYES, *If you (re) build it, they will come cit.*, p. 622.

¹³⁶ NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, em comentário ao art. 190, CPC: “Este artigo é desdobramento do dever de cooperação estampado no CPC 8º”. *Comentários ao Código de Processo Civil - novo CPC - lei 13.105/2015*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 701.

todos os sujeitos processuais¹³⁷, embora seu campo de incidência seja menos abrangente do que o do dever em si (este aplicável a todos os processos, aquelas somente passíveis de realização nos processos entre partes plenamente capazes que versem sobre direitos que admitam autocomposição).

Essa constatação se estende, em princípio, aos negócios processuais celebrados pelas partes envolvendo atividade do juiz¹³⁸, em que o dever de cooperação também se materializa em consenso em matéria processual, que não envolve o litígio de fundo.

Obviamente, essas afirmações não significam que somente se desincumbiram do dever de cooperar as partes e o julgador que lograram chegar a convenção processual num determinado processo, pois, como já se mencionou, não são todas as disputas judiciais que admitem a celebração de negócio jurídico processual. Ademais, mesmo nas ações em que seja teoricamente possível a respectiva celebração, outras condicionantes (como a animosidade entre as partes e a impossibilidade de diálogo) podem acabar impedindo-a de ocorrer.

Necessário, nesse ponto, redobrar o cuidado com generalizações: a celebração de convenções processuais representa a materialização do dever de cooperação em grau máximo, mas esse dever terá sido atendido sempre que as partes se portarem de boa-fé no processo e o juiz se desincumbir dos deveres correlatos de esclarecimento, prevenção e consulta, pois, novamente, convenções processuais não são jamais obrigatórias, mesmo nos processos que as admitem.

Para finalizar, ressalta-se que, além de estarem em harmonia com o dever de cooperação, as convenções processuais configuram técnica complementar de gestão do processo civil (como exemplo, ao aceitar a calendarização processual, o juiz deve analisar

¹³⁷ Substancialmente de acordo, ROBSON RENAULT GODINHO, para quem “um dos alicerces sobre os quais se erigiu essa orientação em prol de negócios jurídicos processuais parece ter sido o redimensionamento do princípio do contraditório, estimulando a colaboração das partes para superar obstáculos que se mostravam intransponíveis enquanto estas agiam isoladamente segundo seus próprios interesses.” *Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira?*, Revista do Advogado, 126:2015, p. 77.

¹³⁸ Para DANIEL MITIDIERO, aparentemente, o calendário processual é negócio de que o juiz é parte: “[a]inda, em homenagem ao diálogo no processo, o legislador permitiu a calendarização do procedimento pelo comum acordo entre o juiz e as partes (art. 191) e saneamento em ‘cooperação com as partes’ nas causas complexas (art. 357, §3º).” *A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro*, Revista do Advogado, 126:2015, p. 51.

sua pauta de audiências e verificar a possibilidade de realização dos atos nas datas sugeridas) e mecanismo de promoção de justiça mais cidadã e democrática¹³⁹.

¹³⁹ Novamente, LOÏC CADIET: “Favoriser la contractualisation de la justice aux conditions que je viens d’indiquer, c’est simplement contribuer à faciliter l’acceptation sociale de l’activité juridictionnelle; c’est donc contribuer à retisser du lien social et, lorsque ces modes se développent au sein même de l’institution judiciaire, c’est promouvoir une justice plus citoyenne, une justice plus démocratique, sous la tutelle d’un Etat modérateur en charge des équilibres sociaux, qu’on pourrait appeler l’Etat-médiateur, après l’Etat-gendarme du 19ème siècle et l’Etat-providence du 20ème siècle.” *Les conventions cit.*, p. 82.

Capítulo 2. DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este capítulo é dedicado a considerações sobre convenções processuais, cuja compreensão é instrumental para o desenvolvimento da tese que será investigada.

Porque não se trata de um trabalho que se pretende enciclopédico sobre os negócios jurídicos processuais, mas sim sobre a atuação que se espera do juiz em relação a eles, não se devem entender os tópicos que seguem como tentativa de redefinir conceitos ou de abordar à exaustão a disciplina que os envolve (fundamento de existência, tipos, classificações, evolução histórica nacional e internacional), pois, de um lado, sua existência é um dado legal, e, de outro, isso escaparia ao objeto do presente estudo, por inúmeras razões (não se pretende investigar as razões que levaram o legislador a instituí-las, nem tecer juízo de valor acerca da escolha legislativa, nem tratar de minúcias procedimentais ou técnicas de redação do clausulado, etc.).

O objetivo aqui é estabelecer linguagem sobre qual o raciocínio a ser desenvolvido nos capítulos subsequentes possa se embasar, fixando premissas e viabilizando a compreensão. Essa é a razão pela qual não se adentrará discussões sobre o conceito, nem teorias sobre atos ou fatos jurídicos. Eventuais dissensos doutrinários serão, no que pertine, registrados e referidos, contudo sem aprofundamento.

Feitas essas necessárias ressalvas, a existência de convenções processuais no ordenamento jurídico pátrio não chega a ser novidade: sem pretender realizar escorço histórico, consigna-se que o Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/1973) já previa possibilidades esparsas de celebração de acordos pelas partes em matéria processual, dentre as quais frequentemente são lembradas as aberturas para disposição sobre distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único), suspensão convencional do processo (art. 265, II) e da execução (art. 792), e adiamento da audiência por uma única vez (art. 453, I).

Porém, mesmo durante a vigência do diploma revogado, BARBOSA MOREIRA já sustentava a possibilidade de celebração de convenções processuais atípicas¹⁴⁰ (com fundamento no art. 158, CPC/1973, reproduzido pelo art. 200, CPC/2015), embora o raciocínio não tenha sido ulteriormente desenvolvido.

Nesse contexto, a novidade consiste na consagração, pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), de cláusula geral de negociação, permitindo expressamente a celebração de convenções processuais por partes plenamente capazes, em processos cujo objeto envolva interesses disponíveis¹⁴¹ (art. 190, CPC).

Para fins deste trabalho, adota-se a definição segundo a qual “convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais ou alteram o procedimento”¹⁴². Ressalta-se, contudo, que não se trata de unanimidade doutrinária¹⁴³.

Melhor explicitando, o marco teórico adotado engloba acordos sobre matéria processual celebrados antes do ajuizamento de eventual ação – inseridos, por exemplo, em cláusula do negócio jurídico de direito material, tal como ocorre com cláusula compromissória arbitral (a que se denominam convenções prévias¹⁴⁴) – e também aqueles

¹⁴⁰ Nesse sentido: “a possibilidade, limitada embora, de convenções processuais fora das hipóteses previstas *expressis verbis* em lei”. *Convenções das partes sobre matéria processual in Temas de direito processual - terceira série*, São Paulo, Saraiva, 1984, ps. 91/92.

¹⁴¹ A respeito, conforme relata RODRIGO RAMINA DE LUCCA, “há muitos casos de processos *necessários*, cujos efeitos não podem ser obtidos por meios autocompositivos, que envolvem interesses eminentemente disponíveis. Servem como exemplos a invalidação de contrato e a exclusão judicial de sócio (art. 1.030 do CC). Processos necessários, mas *dispositivos*: admitem a confissão, a admissão, os efeitos materiais da revelia, a renúncia à pretensão etc.” *Disponibilidade processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*, tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo para obtenção do título de doutor sob a orientação do Prof. Titular Flávio Luiz Yarshell, São Paulo, 2018, p. 61.

¹⁴² ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções cit.*, p. 74.

¹⁴³ A título ilustrativo, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA conceitua negócio jurídico processual “como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre os limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.” *Sobre os acordos cit.*, 2015, p. 84. No mesmo sentido, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, referindo Marcos Bernardes de Mello. *Negócios jurídicos cit.*, p. 32.

¹⁴⁴ “Les parties ne sont pas condamnées à attendre qu’un litige survienne entre elles pour se préoccuper de l’éventualité de le résoudre à l’amiable. En amont de la naissance du litige, le principe de la liberté contractuelle leus offre la possibilité de prévoir, dans leus convention, des clauses relatives à la solution d’un litige éventuel, clauses contractuelles relatives à l’action en justice, plus simplement applées clauses relatives au règlement des différends, clauses relatives aux litiges ou, de manière plus concise, clauses de différend. Cette prévision est un exercice de sagesse contractuelle car le moment de la formation d’un contrat est le plus

celebrados já no curso do processo (negócios processuais incidentais). O traço definidor das convenções processuais diz respeito à sua aptidão de produzir efeitos no processo, pouco importando o momento de sua celebração¹⁴⁵.

Quanto ao seu objeto, as convenções processuais podem versar sobre o procedimento, e/ou sobre as posições jurídicas das partes (ônus, deveres, faculdades e poderes processuais), consoante se exporá oportunamente.

Por fim, registra-se ainda que, para ANTONIO DO PASSO CABRAL, os acordos processuais não se confundem com outras duas figuras que, embora envolvam certo nível de consensualidade, deles se distinguiriam. A primeira delas é o ato de uma das partes cuja eficácia está subordinada à concordância da outra – o que ocorre, por exemplo, no caso da alteração do pedido e da causa de pedir, que depende do consentimento do réu após a citação e até o saneamento do feito (art. 329, II, CPC); ou na hipótese de desistência da ação após contestação (art. 485, §4º, CPC).

Nesses casos, cada ato unilateral da parte é dirigido ao juiz, que defere ou homologa as manifestações de vontade emitidas em momentos distintos para que tenham

proice à la conclusion de clauses relatives au litige susceptible de naître entre les parties. A ce moment, en effet, l'accord règne entre les parties et cette entente leur permet précisément d'envisager, à froid si ce n'est avec sérénité, l'inexécution éventuelle de leurs obligations et la solution du désaccord qui pourrait en résulter. Sans aucun doute, il est plus facile de se mettre d'accord sur la manière de régler le litige à naître que sur le règlement d'un litige né et déjà cristallisé." LOÏC CADIET, *Les conventions relatives au procès en droit français - Sur la contractualisation du règlement des litiges*, Revista de Processo, 160:2008, p. 64. Registra-se, contudo, que especificamente em relação ao "accord d'amiable composition", há, na França, a exigência suplementar de que o litígio já tenha surgido ("Cette condition ne suppose pas que le juge ait déjà été saisi; ele interdit, en revanche, la stipulation anticipée des clauses contractuelles d'amiable composition judiciaire."), observando, ainda, que, na opinião do autor, "Cette discrimination n'est pas justifiée" (p. 78).

¹⁴⁵ Discorda da classificação desse tipo de ato (em sentido amplo) como sendo processual J. J. CALMON DE PASSOS, para quem "Não há atos processuais praticados fora do processo". *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, Rio de Janeiro, Forense, 2002. Ele destrincha seu posicionamento tomando como exemplo o compromisso, que se aproxima dos negócios processuais aqui referidos: "Fora do processo, é um puro ato de direito privado, um contrato, um pacto regulado pelas normas comuns a todos os atos de direito privado. Processuais são as normas que disciplinam o comportamento dos árbitros no juízo arbitral, suas atribuições, seus poderes e as limitações respectivas. Estas normas, entretanto, não fazem do compromisso, enquanto pacto, encarado em si mesmo, um ato processual. Os efeitos processuais simplesmente potenciais são insuficientes para processualizar o ato. O compromisso é um ato de direito material idôneo para produzir efeitos processuais. Tal como ocorre, inversamente, com certos atos processuais, que são em si mesmos atos processuais, porém idôneos para produzirem efeitos materiais. (...) não são atos processuais aqueles atos que sobre o processo não têm um efeito imediato. Quando o efeito é simplesmente mediato, deve-se negar ao ato a natureza processual. Ele pode unicamente constituir o antecedente necessário para o cumprimento de um ato processual. Somente se faz ato dessa natureza, entretanto, quando produz efeitos no processo. Assim, não é ato processual o compromisso, porém a dedução da exceção de compromisso; como não é ato processual o pagamento, porém o é a exceção de pagamento." *Esboço cit.*, p. 52.

eficácia. Para CABRAL, seria importante distinguir atos sujeitos a homologação de negócios processuais por terem consequências distintas em caso de revogação: formado o consenso, no caso da convenção processual, via de regra inviável a respectiva revogação unilateral (a menos que haja autorização nesse sentido no próprio acordo) – o que não ocorre no caso do ato geneticamente unilateral, ao menos até a prolação de decisão a respeito¹⁴⁶.

A outra categoria por ele destacada é a dos chamados atos conjuntos das partes, em que, embora haja convergência de interesses anterior à prática do ato, a produção dos efeitos pretendidos pelas partes depende de atuação judicial¹⁴⁷. Ainda que se compreenda essa escolha teórica, não se vislumbra vantagem do ponto de vista lógico ou prático na distinção entre negócios processuais e atos conjuntos das partes.

O núcleo da distinção residiria na circunstância de que os atos consensuais são estimulantes (produzem efeitos somente após decisão judicial) enquanto as convenções são determinantes (se válidas, produzem efeito imediatamente)¹⁴⁸, mas isso só se revela insuficiente para justificar tratamento autônomo dessas figuras, como se exporá oportunamente.

2.2. CONVENÇÕES PROCESSUAIS TÍPICAS

Inicialmente, destaca-se que não houve alteração da disciplina legal da convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §3º, CPC), dos acordos para suspensão do processo de conhecimento ou da execução (arts. 313, II, 922, CPC), que já existiam no Código de Processo Civil revogado e se mantêm no atual.

A cláusula de eleição de foro, que antes já existia no Código revogado e segue no atual (art. 63, CPC), sofreu pequena modificação de sua disciplina legal: antes a

¹⁴⁶ Sobre o tema, v. BARBOSA MOREIRA, *Convenções cit.*, pp. 89-90.

¹⁴⁷ A respeito, v. ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções cit.*, pp. 74-75.

¹⁴⁸ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções cit.*, pp. 69/70.

abusividade da eleição de foro conduzia à nulidade da cláusula, ao passo que agora conduz somente à sua ineficácia¹⁴⁹.

Previu-se, ademais, a possibilidade de escolha consensual do perito (art. 471, CPC) para a realização de exame cuja eficácia é em todo semelhante à da perícia judicial.

Menciona-se, ainda, embora com a ressalva do posicionamento doutrinário segundo o qual se trataria de ato conjunto típico e não propriamente convenção processual, a possibilidade de calendarização do procedimento¹⁵⁰, que depende do comum acordo entre partes e juiz (art. 191, CPC) e que altera o modo de ser do impulso oficial¹⁵¹ – o qual deixa de ser movido por despachos e passa a ser governado pelo ato inicial que instituiu o calendário¹⁵², à semelhança do que já ocorre na arbitragem¹⁵³. As datas fixadas vinculam

¹⁴⁹ A respeito, vide considerações de CAROLINE DAL POZ EZEQUIEL, *Negócios Jurídicos Processuais*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Cândido Rangel Dinamarco para a obtenção do título de Mestre, São Paulo, 2018, pp. 77-79.

¹⁵⁰ Para FREDIE DIDIER JR., o calendário processual é negócio jurídico plurilateral, pois conta com a participação do juiz. *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015 in ANA MARCATO et alli* (coords.), *Negócios Processuais*, v. 1 da Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro, Salvador, Juspodium, 2017, p. 164. Segundo ele, “não há razão alguma para não se permitir negociação processual atípica que inclua o órgão jurisdicional” (p. 169).

¹⁵¹ Ensina CARLOS ALBERTO DE SALLES que “o modelo processual tradicionalmente vigente no Brasil pode ser considerado como aquele de um processo *tempo-estruturado*. Por essa expressão, se quer significar a utilização do tempo como um elemento a partir do qual o processo se organiza, regulando a atuação dos vários sujeitos dele participantes, com a delimitação temporal dos seus ônus e faculdades processuais, tendo por base unidades abstratas de tempo previamente estabelecidas, os chamados prazos.” A possibilidade de calendarização abre margem para que se pense num processo “*tempo-orientado*, no qual o elemento tempo seja usado não apenas para marcar o desencadeamento dos atos processuais, mas para um planejamento do processo, estabelecendo marcos temporais concretos para seu desenvolvimento futuro. A grosso modo, sendo tempo-orientado, o processo segue um determinado calendário específico, no qual se fixa as datas limites para conclusão das atividades planejadas.” *Calendário processual: perspectivas para um processo tempo-orientado in JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, FLÁVIO LUIZ YARSHHELL, HEITOR VITOR MENDONÇA SICA* (coords.), *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*, Salvador, Juspodium, 2018, pp. 118 e 119, respectivamente (destaques do original).

¹⁵² “A prática permite que se abandone, p. ex., a utilização de publicações sucessivas. O término de um prazo para o autor já deflagra, automaticamente, o prazo superveniente para o réu. Isso evita os chamados ‘buracos negros’ [*black holes*], isto é, os lapsos inúteis de tempo perdidos com juntada de petição, conclusão dos autos ao juiz para despacho em gabinete, lavratura e assinatura do despacho pelo juiz, devolução dos autos pelo gabinete à serventia judicial (cartório ou secretaria), remessa do teor do despacho à publicação em imprensa, certificação da publicação nos autos e retirada dos autos pela parte interessada para o cumprimento do ato pertinente. Tudo já está antevisto e rigorosamente datado a fim de não haver dilações improdutivas. Afinal, ‘*right delayed is right denied*’. Ademais, o impulso oficial sofre uma releitura, pois não se vê o juiz movimentando o procedimento de fase em fase: a força motriz da marcha processual deixa de estar nos despachos e passa a residir no ato inaugural que instituiu o cronograma.” EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, *Calendarização Processual in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, p. 356.

¹⁵³ “(...) o calendário tem florescido entre nós do âmbito arbitral, onde o papel do árbitro pode colocar-se mais comodamente como simples condutor ou regente das iniciadas partes. Nesse sentido, ajuda ”

todos os sujeitos processuais, e dispensam intimação para a prática dos atos, não havendo óbice à sua celebração em execução¹⁵⁴.

Destaca-se, também, a possibilidade de fixação de questões de fato e de direito sobre as quais recairá a atividade probatória, bem como as questões de direito que as partes reputam relevantes para a decisão do mérito, que deve ser apresentada ao juiz para homologação (art. 357, §2º, CPC), e o saneamento compartilhado das causas complexas em matéria de fato ou de direito (art. 357, §3º, CPC)– o que inclusive chegou a ser feito sob a vigência do Código revogado, ainda que timidamente, segundo se tem notícia¹⁵⁵.

2.3. CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

Como já se mencionou, o Código de Processo Civil inovou ao estabelecer cláusula geral de negociação processual (art. 190)¹⁵⁶, permitindo às partes plenamente

¹⁵⁴ Cf. EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, *Calendarização cit.*, pp. 367-368.

¹⁵⁵ Consoante se extrai da decisão preparatória proferida por pelo juiz FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI em ação de indenização por dano material (autos nº 0000241-40.2012.8.26.0426) em trâmite perante a 1ª Vara Cível de Patrocínio Paulista, na qual se designou audiência preliminar para tentativa de conciliação e “esclarecer o juízo sobre dados, ainda nebulosos, atinentes as questões controvertidas do conflito, bem como debater a admissibilidade e pertinência da postulação probatória documental, oral e pericial de fls. 1.182/1.183 e 1.185/1.188, custos, prazos, ônus da prova, etc”; e autorizando-se a ré a demonstrar o funcionamento técnico de maquinário por recursos audiovisuais. Ainda, determinou-se a apresentação prévia do rol de testemunhas e de quesitos para eventual realização de nova perícia para que pudessem “todos deliberar sobre a pertinência” tanto da prova oral quanto do novo exame pericial e sugeriu-se pontos controvertidos, a serem melhor definidos em conjunto com as partes.

¹⁵⁶ “A cláusula geral é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a ‘standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de condutas não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada, de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. A técnica das ‘cláusulas gerais’ contrapõe-se a técnica casuística. Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação perene de insegurança) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea).” FREDIE DIDIER JR., *Cláusulas gerais processuais*, disponível em www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais, acesso em 15.5.2018.

capazes, em ações que versam sobre direitos disponíveis, a celebração de convenções processuais sobre o procedimento, bem como sobre seus ônus, faculdades, poderes e deveres. Para que não restem dúvidas, esclarece-se que o objeto desses negócios processuais não é o mérito da demanda, ou o direito discutido, e sim as posições jurídicas que surgem em razão da discussão judicial e o próprio procedimento¹⁵⁷

Abriu-se caminho, assim, de maneira expressa e inequívoca para a celebração de negócios processuais atípicos, com potencial para profunda alteração do procedimento ou das posições jurídicas das partes e, via de consequência, ampla modificação do método de trabalho consubstanciado no processo judicial.

2.3.1. Requisito subjetivo para qualquer negociação processual atípica: “partes plenamente capazes”

O Código de Processo Civil atual previu a possibilidade de partes plenamente capazes celebrarem acordos sobre suas posições jurídicas processuais ou sobre o procedimento em processos que versem sobre direitos que admitam autocomposição (art. 190, CPC).

Neste tópico, será abordado somente o requisito subjetivo dos negócios processuais (partes plenamente capazes).

¹⁵⁷ “[...] o objeto do negócio jurídico processual não é o *meritum causae* ou os direitos próprios da relação jurídica material posta em juízo (pois aí haverá fenômeno diverso, que é a transação prevista no art. 269, III do CPC-1973 e no art. 478, III do CPC-2015), mas sim os direitos próprios da relação jurídica processual. Uma coisa são os direitos controvertidos na lide (*e.g.*, o dever de prestar alimentos, a reparação de danos, a dissolução societária, etc.), outra coisa são os ‘ônus, poderes, faculdades e deveres’ que serão objeto do negócio jurídico processual (*e.g.*, os prazos, a suspensão do processo, os ônus da prova, etc.). são estes últimos (e não os primeiros) o objeto dos negócios jurídicos processuais e, portanto, de acordo com a teoria geral dos negócios jurídicos exposta até aqui, não há dúvida de que são a partir destes que se deve aferir a validade do negócio (e não dos primeiros, como sugere a redação do art. 190 do NCPC-2015).” MIRNA CIANCI, BRUNO LOPES MEGNA, *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo in* ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, Salvador, Juspodium, 2015, pp.

Não há na doutrina unanimidade em relação a que consistiria a capacidade “plena” mencionada pelo dispositivo referido.

Encontram-se os seguintes posicionamentos: (i) o dispositivo exclui a possibilidade de celebração de convenções processuais por absoluta e relativamente incapazes no plano do direito civil (capacidade negocial), mas a permite caso a incapacidade seja processual e eles se encontrem adequadamente representados ou assistidos¹⁵⁸; (ii) a capacidade deve ser analisada tanto do ponto de vista do direito material (capacidade negocial) quanto processual (capacidade de ser parte, de estar em juízo e postulatória), conjugando-os¹⁵⁹; (iii) além da capacidade negocial e processual, alguns doutrinadores sugerem acrescentar-se a ausência de vulnerabilidade como requisito de capacidade¹⁶⁰.

¹⁵⁸ FLÁVIO LUIZ YARSELL, *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, Salvador, Juspodium, 2015, pp. 73-75. PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *Negócios Jurídicos Processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2017, p. 236.

¹⁵⁹ Assim ANTONIO DO PASSO CABRAL, para quem “parece ser equivocado afirmar que a capacidade seria regida apenas pelo direito material, mesmo que se restrinja o raciocínio a certos tipos de convenção processual (p. ex., nos acordos pré-processuais). É que os equivalentes no direito processual às capacidades do direito privado oferecem balizamento seguro para os fins de filtrar a atuação processual de um ou outro sujeito. E, como a convenção é um negócio jurídico processual, destinado a produzir efeitos num processo (mesmo futuro), deve, em princípio, respeitar os efeitos pré-processuais. Se as espécies de capacidade processual incorporam (ainda que com outros nomes) as classificações do direito privado, e lhes somam outros requisitos, não podem ser simplesmente desconsideradas.” *Convenções cit.*, pp. 311-312. Também EDUARDO TALAMINI, *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 1.6.2018, p. 3.

¹⁶⁰ FREDIE DIDIER JR. entende tratar-se de capacidade autônoma e específica, a que denomina “*capacidade processual negocial*”, que pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela, pois a vulnerabilidade é caso de *incapacidade processual negocial*, como será visto adiante, que a princípio não atinge a *capacidade processual geral* – um consumidor é processualmente capaz, embora possa ser um *incapaz processual negocial*.” *Negócios jurídicos processuais atípicos cit.*, pp. 171-172. E prossegue: “(...) o sujeito pode ser incapaz civil e capaz processual, como, por exemplo, o menor com dezesseis anos, que tem capacidade processual para a ação popular, embora não tenha plena capacidade civil. Embora normalmente quem tenha capacidade civil tenha capacidade processual, isso pode não acontecer. *Como se trata de negócios jurídicos processuais, nada mais justo que se exija capacidade processual para celebrá-los. Incapaz não pode celebrar negócios processuais sozinho*. Mas, se estiver devidamente representado, não há qualquer impedimento para que o incapaz celebre um negócio processual” (p. 172). Aderem LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS, *Convenções processuais cit.*, p. 228 e MARÍLIA SIQUEIRA DA COSTA, *Convenções processuais cit.*, p. 82.

Logicamente, não se exige capacidade postulatória para negócios jurídicos celebrados antes do surgimento do conflito que se destinem a produzir efeitos em eventual processo entre as partes¹⁶¹.

Adota-se aqui o primeiro dos posicionamentos invocados: a incapacidade negocial (de direito material) impede a celebração de convenção processual, mas eventual incapacidade processual não tem a mesma consequência, desde que haja adequada representação ou assistência, conforme o caso.

Conquanto, como já se mencionou, parte da doutrina entenda a ausência de manifesta vulnerabilidade de uma das partes como requisito de capacidade do negócio jurídico optou-se por tratar dessa exigência no capítulo que trata da atuação do juiz para controle da convenção processual, até em respeito à própria redação do artigo 190, parágrafo único, do Código de Processo Civil¹⁶².

2.3.2. Objeto das convenções processuais atípicas

Considerando que, conforme bem colocou HEITOR SICA, o Código de Processo Civil (art. 190) “inverteu o sinal da legalidade”¹⁶³ relativamente às convenções

¹⁶¹ A respeito, FLÁVIO LUIZ YARSHHELL, *Convenção cit.*, p. 76, embora ressaltando que a presença de advogado pudesse ser desejável “por se tratar de matéria técnica, que presumivelmente escapa ao conhecimento do leigo”.

¹⁶² Art. 190, parágrafo único, CPC – “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.”

¹⁶³ “Antes, o sistema processual civil brasileiro era governado pela ideia de tipicidade estrita, da qual decorria a indisponibilidade das normas processuais por convenção dos sujeitos do processo, salvo raras exceções. Tratava-se, em suma, de uma visão do fenômeno processual sob uma ótica extremamente publicista e pautada numa acepção tradicional da legalidade, segundo a qual as partes só poderiam fazer, em juízo, o que o ordenamento lhes autorizava. Agora, pode-se dizer que o art. 190 ‘inverteu o sinal’ da legalidade, ao investir as partes o amplo e atípico poder de ‘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’, salvo disposição em contrário do ordenamento. Se o esforço da doutrina, anteriormente ao art. 190, era o de identificar em que situações as partes poderiam convencionar sobre as normas processuais, a partir do advento desse dispositivo em nosso ordenamento, a doutrina recebeu a missão de identificar em que situações as partes *não poderão* fazê-lo.” HEITOR VITOR MENDONÇA SICA *in*

processuais atípicas, autorizando ampla disposição das partes acerca de suas posições jurídicas processuais e do procedimento, as possibilidades de negociação tendem ao infinito.

Dito de outra forma, mesmo estando adstritas às condições materiais (direito que admita autocomposição), pessoais (partes plenamente capazes e ausente manifesta vulnerabilidade) e informacionais (sem inserção abusiva em contrato de adesão) estabelecidas pelo Código de Processo Civil, inúmeras são as combinações que atualmente se abrem para as partes¹⁶⁴, de modo que a tentativa de identificação casuística das convenções processuais autorizadas pelo sistema atual certamente resultaria em fracasso.

Diferentemente, e porque esses dados serão importantes para a adequada compreensão da postura que se espera do juiz (a ser abordada na segunda parte do trabalho), propõe-se que diretrizes gerais aplicáveis aos negócios processuais atípicos no que concerne às suas possibilidades quanto ao objeto.

2.3.2.1. Convenções processuais sobre o procedimento

Para melhor compreensão do objeto dos acordos processuais sobre procedimento¹⁶⁵ (conjunto de atos concatenados destinados ao fim de prolação da sentença

CASSIO SCARPINELLA BUENO (coord.), *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 748.

¹⁶⁴ “(...) o microsistema de negociação processual confere ambiente novo ao processo, regrando-o sob os auspícios da liberdade, na sua dimensão de ‘poder de autorregramento’. Relativiza normas processuais, permitindo que o modo de ser do processo seja definido pelas partes. Esse tratamento diferenciado reflete um conjunto normativo orgânico de tutela do autorregramento da vontade no processo, dotado de uma lógica de liberdade a merecer exame particularizado, buscando-se as bases para aplicação desse microsistema e os limites a que se acha sujeito.” LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS, *Convenções processuais cit.*, p. 196.

¹⁶⁵ “(...) la struttura del procedimento si coglie quando ci si troco di fronte ad una série di ‘norme’ (fino a quella regolatrice di un ato finale: di solito un provvedimento, ma può trattarsi anche di un atto mero), ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come levita o come diversos), ma enuncia come presupposto del próprio operare li comprimento di una attività regolata da altura norma della serie. Il procedimento se presente, poi, come una sequenza di ‘atti’, quali previsti e valutati dalle norme. Il procedimento va, infine, riguardato come una serie di ‘facoltà’, ‘poteri’, ‘doveri’: quante e quali sono le ‘posizioni soggettive’ che è dato trarre dalle norme in discordo; e che risultano anch’esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetta ad un soggetto quando um dovere sia stato compiuto, da

no processo civil¹⁶⁶), necessário lembrar que este, de acordo com DINAMARCO, se divide em quatro elementos: “(a) a indicação dos *atos a realizar*, (b) a determinação da *forma* de que cada deles se revestirá, (c) o estabelecimento da *ordem sequencial* a ser observada entre eles e (d) a *diversificação estrutural* entre diversos ou muitos conjuntos de atividades e a destinação dos modelos assim instituídos às diferentes espécies de tutela jurisdicional”¹⁶⁷.

Sinteticamente, sob o prisma dos atos a realizar, há demanda, atos intermediários (inclusão do réu e instrução) e provimento, sendo os dois primeiros preparatórios do último.

A forma dos atos se desdobra em três aspectos: modo, local e tempo (ou como, onde e quando se devem praticar os atos processuais).

A sequência se relaciona à ideia de um roteiro que se deve percorrer, passando por fases relativamente estanques em nosso sistema (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória) para se chegar ao pronunciamento do Estado-juiz.

Por fim, em relação ao aspecto da disciplina procedimental, pode haver diversas espécies de procedimentos, cuja escolha em tese não cabe à parte, embora com mitigações (como aquelas relacionadas à cumulação de pedidos, por exemplo) - o que se justifica do ponto de vista de sua adequação à situação de direito material à qual deve-se aderir¹⁶⁸.

Em linha de princípio, tanto pela redação do dispositivo legal que versa sobre esse assunto (art. 190, CPC), quanto do ponto de vista lógico, é possível que as

lui o da altri, e, a sua volta, l'esercizio di quem potere costituisca il presupposto per l'insorgere di un altro potere (o facoltà o dovere).” ELIO FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 7ª edição, Padova, Cedam, 1994, pp. 77-78.

¹⁶⁶ “Do primeiro ponto de vista, deve-se salientar que os atos de um processo são ligados entre si como elementos de um todo, como partes de uma unidade que se protraí no tempo. (...) Assim, tais atos são como as fases de um caminho que se percorre para chegar ao ato final, no qual se identificam a meta do itinerário preestabelecido e ao mesmo tempo o resultado de toda a operação. O conjunto dos atos, em sua sucessão e unidade formal, tem o nome técnico de *procedimento*.” ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manual cit.*, p. 63.

¹⁶⁷ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, 6ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 455.

¹⁶⁸ Sobre esses quatro aspectos do procedimento, v. DINAMARCO, *Instituições cit.*, ps. 455 e seguintes.

convenções processuais versem sobre quaisquer das quatro facetas do procedimento que se vem de apresentar, “para ajustá-lo às especificidades da causa”.

Em relação à possibilidade de as partes moldarem o procedimento da maneira que entenderem mais conveniente, revela-se pertinente a comparação com a arbitragem, que se estabelece em primeiro lugar a partir da análise da escolha legislativa de tratamento do tema: tanto em relação às convenções processuais atípicas (art. 190, CPC)¹⁶⁹ como no que toca ao procedimento arbitral (arts. 21-22, Lei nº 9.307/1996)¹⁷⁰, a lei pouco diz, justamente para conferir aos litigantes possibilidades amplas de conformação dos atos processuais.

Essa semelhança enseja a constatação de que, da mesma forma como ocorre na arbitragem, as partes devem respeitar parâmetros mínimos necessários para a configuração do devido processo legal, mas que, uma vez observados, é grande o espaço de liberdade conferido aos litigantes¹⁷¹.

¹⁶⁹ Referindo-se ao artigo 190 do Código de Processo Civil, MARÍLIA SIQUEIRA DA COSTA comenta que “Fala-se, também, em cláusula geral como espécie de técnica legislativa, a qual se utiliza de linguagem vaga e aberta, ampliando seu campo semântico, o que demandará maior exercício criativo por parte do juiz (e demais intérpretes). Ao assim fazer, o legislador acaba por reduzir a tipicidade a um grau mínimo e, por via de consequência, confere maior mobilidade ao sistema”, e também que “Percebe-se, com isso, que, para o texto normativo do artigo 190, CPC/2015, não haveria melhor técnica redacional a ser aplicada, em virtude dos fins com ele pretendidos, afinal, já existem, no diploma processual, diversos negócios jurídicos processuais típicos, a exemplo da escolha consensual do perito, eleição de foro, distribuição convencional do ônus da prova. Se a pretensão foi conferir maior espaço de liberdade às partes, seria limitador manter a tendência do código anterior de prever apenas hipóteses típicas de negociação processual.” *Convenções cit.*, pp. 66 e 67.

¹⁷⁰ “É sintomático o fato de a Lei de Arbitragem conter apenas *dois artigos* destinados ao desenho do procedimento e dos atos processuais (arts. 21-22), em contraste com as *dezenas* de dispositivos a esse propósito ditados pelo Código de Processo Civil – e a doutrina toma essa constatação, associada à liberdade conferida às partes para o traçado do desenho do procedimento a ser adotado em cada caso (LA, art. 21), como representativos pontos de apoio na demonstração da simplicidade dos atos e flexibilidade do procedimento em sede arbitral.” CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 53.

¹⁷¹ “Tanto quanto aquele que se desenvolve perante o Poder Judiciário, o procedimento arbitral é o conjunto ordenado dos atos mediante os quais, no processo, o árbitro exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses. Como em todo processo, no arbitral, o procedimento precisa incluir necessariamente certos atos indispensáveis, que constituem seus elementos estruturais. E, como em todo processo de conhecimento, os elementos estruturais do procedimento arbitral são a demanda, a inclusão do réu na relação processual (citação lá, notificação aqui), a resposta do réu, a instrução e a sentença – a qual será de mérito ou terminativa, segundo as circunstâncias de cada caso. Observada essa estrutura básica e os ditames cogentes impostos pela garantia constitucional do devido processo legal, as partes têm grande liberdade para estabelecer as regras do procedimento a ser realizado na arbitragem que convencionam, o que fazem mediante remissão ao regulamento de dada instituição arbitral ou, especificamente, definindo elas próprias os modos como querem que a arbitragem se desenvolva.” CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A arbitragem cit.*, p. 52, destaques do original.

Portanto, insere-se no campo das possibilidades, em relação à forma dos atos, a radical oralização do procedimento, prevendo-se que alegações iniciais, defesa, prova (depoimento pessoal, testemunhal e testemunha técnica) e sentença serão orais e reduzidas a termo ou a gravações de mídia digital, de maneira semelhante ao que deveria ocorrer nos Juizados Especiais.

No que diz respeito ao tempo do processo (quando os atos devem ser praticados), abertura para dilação ou redução de prazos já se encontra na possibilidade de calendarização processual (art. 191, CPC), mas nada impede que as partes a convençionem entre si¹⁷², independentemente da concordância do juiz, apenas para fins de ajustar a ocorrência da preclusão temporal (aumentando ou reduzindo prazos que a elas competiriam), com ou sem a dispensa de intimações.

Quanto ao local da prática dos atos, possível que as partes convençionem o deslocamento de parte dos atos processuais para fora do edifício físico onde está sediado o juízo, acordando colheita de depoimentos (pessoais ou de testemunhas) nos respectivos escritórios sem a presença do magistrado, por exemplo.

2.3.2.2. Convenções processuais sobre posições jurídicas das partes

Já as convenções sobre posições jurídicas das partes determinam o exercício ou não de prerrogativas processuais, tendentes a gerar, alterar ou eliminar obrigações de fazer ou não fazer, sem qualquer alteração procedimental e dentro de sua liberdade de agir de acordo com os próprios interesses¹⁷³ - neste ponto em tudo equivalente à autonomia da vontade do direito privado¹⁷⁴.

¹⁷² Inclusive para que a contagem seja feita em dias corridos, por exemplo, a teor do enunciado nº 579 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Admite-se negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais em dias corridos.”

¹⁷³ Divergem TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et alli*: “não reputamos ser possível a pactuação de negócio jurídico processual que tenha por objeto deveres processuais imperativamente impostos às partes, sob pena de ser-lhe ilícito o objeto”, explicando que “ônus, faculdades e poderes consistem em temas que

As partes podem, assim, abdicar totalmente ou acordar não exercer seus poderes processuais¹⁷⁵, com a celebração de pacto de *non petendo*¹⁷⁶, de *non exequendo*¹⁷⁷ (estendendo-se à execução provisória), pacto de instância única¹⁷⁸ ou para afastar a possibilidade de interposição de recursos aos tribunais superiores¹⁷⁹ – estes, rigorosamente,

preponderantemente atinem à esfera jurídica das partes”, ao passo que “quanto aos deveres processuais, há evidente preponderância do caráter público” - o que afastaria a possibilidade de convenção a respeito. *Primeiros Comentários cit.*, p. 356.

¹⁷⁴ “(...) nos acordos em que as partes convencionam o exercício ou não exercício de prerrogativas processuais, não há disposição sobre procedimento. Se a parte se compromete a não ajuizar a demanda, não executar a sentença, não alegar, não recorrer, etc., não há uma norma legal que tenha aplicação natural ao caso: trata-se de autorregulação dentro da liberdade de agir ou não agir no próprio interesse. É expressão do protagonismo e autonomia das partes na condução do processo, e, por isso, este tipo de regra convencional, quando aparece no processo, é *funcionalmente equivalente* às regras dispositivas do direito material porque fruto da autonomia privada.” ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções cit.*, pp. 80-81, destaque do original.

¹⁷⁵ Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória inclusive com a correlata previsão de exclusão a 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 e 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 do depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal”.

¹⁷⁶ “Uma primeira espécie convencional extrajudicial é o chamado *pactum de non petendo*. Nas suas origens romanas correspondia ao compromisso pelo qual o credor se obrigava, em certas circunstâncias, como a do compromisso arbitral, a não exigir judicialmente o pagamento de seu crédito. O instituto, que é também citado como correspondente ao perdão da dívida, pode ser equiparado à renúncia à tutela jurisdicional, a que fiz alusão no meu estudo sobre as garantias fundamentais do processo, no qual manifestei opinião no sentido da sua plena admissibilidade, desde que as circunstâncias de que se cerque evidenciem que ela foi livre e consciente, não imposta pela necessidade de librar-se de qualquer espécie de sujeição, nem como condição de acesso a quaisquer bens ou direitos.” LEONARDO GRECO, *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões in* JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA *et alli* (coords.), *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. 295.

¹⁷⁷ “O *pactum de non exequendo* é o negócio executivo unilateral pelo qual o credor ou um legitimado extraordinário compromete-se a não requerer a execução de um título executivo. É uma hipótese específica de *pactum de non petendo*. O efeito da promessa de não executar é que subsiste a pretensão cognitiva, enquanto a pretensão executiva não será admissível em juízo, o que é possível pela independência entre as pretensões cognitiva e executiva.” ANTONIO DO PASSO CABRAL, FREDIE DIDIER JR., *Negócios jurídicos processuais cit.*, p. 6 do arquivo digital.

¹⁷⁸ “Pre-litigation customization that reduces or eliminates the prospect of appeal would merely change the timing of the decision whether or not to appeal. Why not allow litigants pre-commit to waive their rights to appeal? Why not allow them to enter litigation knowing that the outcome in trial court would be final?”. MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation cit.*, p. 14. E prossegue: “Permitting customization of appeals, like all forms of customization, would be no more than a mutual choice by the litigants in a particular dispute. From the Rawlsian position, behind the veil of ignorance, before the litigation begins, neither party necessarily has reason to believe that *its side* will be the one to suffer from some judicial malfeasance” *p. 15).

¹⁷⁹ “[...] por se tratar o recurso, como conceito jurídico-positivo, de remédio voluntário, cuja natureza é extensão do direito de ação, classificando-se o direito de recorrer como direito potestativo, as partes litigantes

se relacionam também ao procedimento –, ou ainda para que determinado recurso não possua efeito suspensivo, permitindo-se desde logo o cumprimento provisório de sentença.

Ônus são imperativos do próprio interesse: situações em que a parte se vê diante da escolha de praticar determinado ato para obter vantagem ou impedir que desvantagem recaia sobre si¹⁸⁰, mas que se regem pela ideia de liberdade, na medida em que cabe a ela decidir exercer a conduta sem que à omissão lhe seja imputada sanção¹⁸¹.

Os dois principais ônus exercidos pelas partes no processo são o de afirmar e o de provar. O primeiro (ônus de afirmar) corresponde à descrição dos fatos de maneira favorável ao interessado de modo a conduzir à prolação de decisão em seu favor¹⁸², englobando tanto as alegações do autor como a defesa do réu¹⁸³.

podem dispor deste direito, inclusive por meio de convenção que estabeleça a supressão da segunda ou da terceira instância, acordando que a lide tramitará somente no juízo originário ou até o segundo grau e que a decisão proferida por um desses juízos, a depender do caso, não se sujeitará a revisão.” JÚLIA LIPIANI, MARÍLIA SIQUEIRA, *Negócios jurídicos cit.*, p. 466.

¹⁸⁰ “O ônus é uma figura técnica bem demarcada pela teoria geral do direito civil. Afirma-se a existência de um ônus sempre que um sujeito se encontra numa situação em que tem de adoptar determinado comportamento para obter uma vantagem ou para impedir uma desvantagem. A desvantagem que está em causa no ônus é uma desvantagem jurídica. Produz-se um efeito jurídico desfavorável ao sujeito sobre o qual o ônus recai. Ora, quando a lei expressamente afirma que, se o réu não contestar a ação, se darão como provados os factos articulados pelo autor (art. 484/1 do CPC), está a associar uma consequência desfavorável à ausência de comportamento da parte processual passiva. Qual seja a repercussão desta desvantagem no julgamento da ação é questão que dependerá de uma valoração, estranha à caracterização da situação jurídica concreta em que o réu foi investido em determinado momento processual.” PAULA COSTA E SILVA, *Acto e processo cit.*, p. 204.

¹⁸¹ “Por isso, oportuna a ideia de ônus como sendo um encargo, um peso, no sentido de uma conduta que tem de ser realizada sob pena de, por conta de sua omissão, o sujeito perder a possibilidade de alcançar determinado resultado positivo. Não se trata de dever, nem de obrigação, eis que ‘o não desempenho’ do ônus não gera aplicação de sanção.” JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI, *O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil in O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 233.

¹⁸² “(...) em qualquer processo – de conhecimento, de execução, monitório e cautelar – as partes têm o ônus de fazer afirmações *de fato e de direito* que possam conduzir ao resultado do processo favorável aos seus respectivos interesses. *Afirmção*, em sua noção mais ampla, consiste no *ato das partes de fornecer ao juiz uma declaração da existência ou da inexistência de uma circunstância de fato ou de direito*. Em outros termos, é o motivo do pedido dirigido ao juiz. A afirmação tanto pode ser *positiva* quanto *negativa* (ou meramente impugnativa), de forma a abranger também a negação.” PEDRO DA SILVA DINAMARCO, *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*, tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de doutor sob a orientação do Prof. Titular Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, 2007, pp. 98-99.

¹⁸³ “(...) os dois principais ônus a serem desempenhados pelos sujeitos parciais do processo civil dizem respeito ao ônus de afirmar e ao ônus de provar. Quanto ao ônus de afirmar, decorre ele da circunstância de, em nosso sistema, o juiz desconhecer os fatos e não ter, em regra, o poder de iniciativa para fazer com que o fenômeno processual possa ser gerado. Por isso, cumpre ao interessado a missão de ajuizar uma petição inicial para, assim, tirar o juiz da ‘inércia’, descrevendo os fatos que teriam existido na vida e que seriam

Diante dessa abertura, as partes em tese poderiam, por exemplo, transferir a terceiro o ônus de afirmar de maneira imparcial os eventos, informando seus pontos de discordância e relegando a juízo apenas a definição do direito aplicável¹⁸⁴.

Para melhor visualização, imagine-se que, em contrato de seguro, os contratantes acertem que, em caso de sinistro, o procedimento administrativo de apuração da respectiva ocorrência e conformidade com os termos da apólice seria conduzido por empresa ou regulador desde logo especificados¹⁸⁵, que goze de confiança mútua, valendo a narrativa dos eventos nele contido como descrição dos fatos para fins de ajuizamento de demanda.

Com isso, a apuração dos fatos em regulação de sinistro (por exemplo: ocorreu incêndio, quais foram os equipamentos e estabelecimentos atingidos) substituiria as alegações de fato em juízo, de sorte que caberia ao magistrado instruir o processo apenas para resolver eventual divergência que não tenha sido possível sanar extrajudicialmente¹⁸⁶ – pense-se, exemplificativamente, quanto à existência de cobertura

constitutivos do direito que ele, autor, crê ter para alcançar um bem da vida não obtido amigavelmente. De seu lado, o réu, querendo, também tem de invocar fatos que lhe sejam benéficos por serem impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor.” JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI, *O ônus da prova cit.*, pp. 233-234.

¹⁸⁴ Essa proposta não se confunde com a ideia de verdade negociada, rejeitada por MICHELE TARUFFO: “Sobre a base das considerações que precedem, a dúvida formulada no título destas páginas se resolve em sentido negativo: a verdade dos enunciados relativos aos fatos da causa existe ou não existe em função de como são desenvolvidos os relativos acontecimentos no mundo real, e não é objeto de negociação ou de acordo entre as partes. Como já se disse, a não contestação não torna verdadeiro aquilo que é falso, e nem torna verdadeiro aquilo que já é verdadeiro de per si.” *Verdade negociada?*, trad. Pedro Gomes de Queiroz, Revista Eletrônica de Direito Processual, 13:2014, p. 653. Antes, esse negócio processual se inseriria no âmbito da “definição 1: A alegação de um fato consiste na formulação e um enunciado descritivo daquele fato, realizada por uma parte em um dos seus atos” articulada no artigo, transferindo a enunciação para terceiro. A respeito dessa definição: “Este enunciado é caracterizado por uma pretensão e verdade, já que a parte que alega o fato o indica como verdadeiro. (...) Todavia, isso não implica que aquele fato seja verdadeiro: o enunciado que o descreve pode ser verdadeiro ou falso, segundo a premissa formulada em P2, mas o status epistêmico do enunciado que é objeto de alegação permanece aquele da incerteza” (p. 647).

¹⁸⁵ “Para exigir a indenização, por isso, não basta para o segurado, a ocorrência do dano. É preciso que o sinistro seja averiguado e analisado pelo segurador, de modo que a indenização somente ocorra depois que este esteja convicto de que realmente o dano atingiu o bem segurado e se deu na conformidade com os termos e condições da cobertura securitária. Entre a participação do sinistro e o pagamento da indenização terá de acontecer um procedimento destinado a definir o cabimento, ou não, da reparação ao segurado. A esse procedimento, que não é contencioso, nem se passa em juízo, dá-se o nome de ‘regulação de sinistro’.” HUMBERTO THEODORO JR., *O contrato de seguro e a regulação do sinistro*, disponível em <http://www.ibds.com.br/artigos/OContratodeSeguroeaRegulacaodoSinistro.pdf>, acesso em 6.7.2018, p. 8.

¹⁸⁶ “O regulador atua, na verdade, como um elo entre o segurador e o segurado, buscando dar ao procedimento regulatório um caráter *consensual*, pois o ideal é que se obtenha um acordo entre as partes acerca da indenização a que efetivamente faça jus o segurado. Não se trata de um simples cálculo de valores, mas de investigação e análise técnica de todos os fatos relevantes para solucionar a pretensão do segurado à indenização prevista no contrato de seguro. O desempenho da função regulatória, à luz do princípio da boa-

(pelo enquadramento em determinada cobertura contratada ou incidência de excludente de responsabilidade, por exemplo), ou quanto à forma de cálculo da indenização, ou ainda em relação à interpretação do contrato de seguro (por exemplo, se a segurada foi devidamente informada sobre o limite máximo de indenização ou sobre a incidência de cláusula de depreciação sobre os valores apurados).

As partes poderiam, ainda, convencionar para estabelecer que a demanda seria ajuizada mediante requerimento conjunto, a exemplo do que ocorre com o compromisso arbitral – o que seria especialmente útil se o contrato prever a realização de sessões de conciliação ou mediação prévias que lhes permitam definir com maior precisão o núcleo de suas discordâncias, a exemplo do que já ocorre na França¹⁸⁷.

O ônus da prova tem por objeto a comprovação que os fatos se deram conforme alegações e incumbe, via de regra, ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor (art. 373, CPC).

Quanto a esse ponto, cabe apenas observar que convenções para distribuição do ônus da prova de maneira diversa da legalmente estabelecida são típicas (art. 374, CPC), mas não negócios processuais em que ambas as partes decidem a respeito da atividade probatória (ou seja, a disposição acerca da maneira pela qual as partes se desincumbirão, ambas, dos seus ônus contrapostos da prova), estabelecendo previamente quais serão as provas produzidas (e quais não serão produzidas) e em que ordem.

fé, obrigatoriamente observável no cumprimento do contrato de seguro, reclama a participação leal tanto do segurador como do segurado.” HUMBERTO THEODORO JR., *O contrato de seguro cit.*, p. 10.

¹⁸⁷ “Dans une première vue, le code n’offre à l’accord des parties qu’une seule manière d’introduire la procédure. Ce moyen est la *requête conjointe* que l’article 57 définit comme ‘l’acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs. La consécration de la requête conjointe doit être reliée à la promotion de la conciliation judiciaire et de l’*amiable composition* lors de la réforme de la procédure civile dans les années 1970. (...) Certes, les parties n’ont pas la liberté de choisir leur juge comme elles peuvent le faire d’un arbitre. Mais cet acte commun de saisine du juge peut être l’occasion de délimiter conventionnellement l’objet du litige, donc l’office du juge auquel les parties peuvent du reste donner mission de statuer en *amiable compositeur* à certaines conditions.” LOÏC CADIET, *Les conventions cit.*, p. 72. Na sequência, o autor ressalva que o requerimento conjunto em si não é exatamente uma convenção, mas antes um ato comum das partes – cuja existência poderia, no exemplo mencionado, ter decorrido de uma convenção prévia (p. 73).

A respeito, entende-se, embora ressalvando entendimento contrário¹⁸⁸, que as partes podem estabelecer de comum acordo que somente serão produzidos determinados tipos de prova, com exclusão dos demais, sem que isso implique restrição indevida dos poderes instrutórios do juiz¹⁸⁹. A assertiva é polêmica, pois a afirmação dos poderes instrutórios do juiz na busca da verdade material no processo civil é conquista relativamente recente no país, que trouxe importantes avanços para este campo de estudo¹⁹⁰.

No entanto, evidentemente ressalvadas situações patológicas – em que, por exemplo, as partes celebram convenção processual para afastar a realização de toda e qualquer prova, ou de prova que seria suficiente e necessária para a obtenção de uma verdade científica (como o exame de DNA em ações relativas a paternidade, por exemplo) – nas quais é possível até mesmo cogitar de utilização do processo para alcançar objetivo

¹⁸⁸ “É claro que em um processo cuja validade é submetida à cláusula do direito ao processo justo (art. 5º, LIV, CF) os acordos processuais não podem incidir sobre os poderes do juiz, notadamente aqueles vocacionados à verificação da veracidade das alegações de fato, sob pena de indevida restrição da possibilidade de obtenção de uma decisão justa para a causa. Daí que os acordos processuais não podem ter por objeto os poderes do juiz.” LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART, DANIEL MITIDIERO, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 244.

¹⁸⁹ “Neste ponto específico, no entanto, pensamos, ainda que de forma minoritária, que as faculdades de iniciativa probatória do juiz no Processo Civil, se, por um lado, não estão ligadas com o automático comprometimento de sua imparcialidade, também não lhe conferem amplos poderes para produção de prova *ex officio*. Se é fora de dúvida que a publicização do processo civil demanda por maiores poderes do juiz no âmbito da instrução é também necessário alcançar um equilíbrio entre as funções processuais.” ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal*, Revista de Processo, 149:2007, p. 357. E conclui: “Portanto, se existe possibilidade de produzir prova de ofício pelo magistrado, sua atuação deve ser apenas coadjuvante, suplementar. Trata-se, com certeza, de função concomitante, convergente, onde se observa atividade de sujeitos em cooperação, mas que, para o juiz, é de iniciativa subsidiária, cabendo às partes como protagonistas. Caso o resultado da atividade probante não traga ao juiz elementos suficientes para que a decisão reflita a verdade real, pode somente então o magistrado empreender esforços, de ofício, para obtenção de outros meios de prova, com vistas à prolação da melhor decisão possível, objetivo estatal de relevância evidente” (p. 358).

¹⁹⁰ Por exemplo: “a correta interpretação do art. 130 do CPC é a que leva à afirmação da existência de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz. E digo isto com base no fato de que não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz. Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova não tem ele o conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará. Ademais, se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isto mostra o equívoco do entendimento oposto.” ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*, Revista de Processo, 153:2007, p. 36.

ilegal, forçoso reconhecer que os poderes instrutórios do juiz não são ilimitados, posto que são por vezes constrictos por lei, e subsidiários à atuação das próprias partes¹⁹¹.

Via de regra, pode-se entender que, se partes capazes optaram por racionalizar tempo e custos pela pré-determinação das provas a serem produzidas, a convenção é válida e deve ser eficaz¹⁹². Convincente, a propósito, o argumento de MICHAEL L. MOFFITT, para quem uma restrição firme e durável da disponibilidade de produção de prova seria problemática se tivesse sido imposta aos litigantes, mas não se as partes são sofisticadas e de maneira consciente celebraram acordo nesse sentido antes (ou no início) da disputa¹⁹³.

Podem-se citar, a título ilustrativo, sem pretensão de esgotar o tema, as restrições à produção de prova decorrentes da presunção de veracidade das alegações de fato decorrente da revelia e da impossibilidade de produção de prova pericial nos Juizados Especiais – cuja validade não se questiona.

O mais significativo desses exemplos, no entanto, é a preclusão da prova que decorre de a parte não adotar as providências prévias necessárias à sua realização;

¹⁹¹ “(...) a atividade probatória, porém, não se encerra aí. Não fica restrita Às partes. O juiz não assiste *indiferentemente* a esse embate. Mas nem por isso se coloca à frente de autor e réu. Sua atividade, dessa perspectiva, continua sendo, sim, *complementar*. Ou seja, tem plenos poderes para atuar de ofício, mas sempre *depois da iniciativa das partes* (ou, pelo menos, do autor, no caso de revelia). O órgão judicial depende dessa iniciativa e, por isso, atuará sempre *suplementando* tal atividade, naquilo que lhe parecer necessário para, por meio dessa suplementação, obter o retrato consistente e verossímil dos fatos indispensáveis ao julgamento.” LUIZ RODRIGUES WAMBIEER, EVARISTO ARAGÃO SANTOS, *Sobre o “ponto de equilíbrio” entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar in JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA et alli* (coords.), *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. 160.

¹⁹² EDUARDO TALAMINI adota posição intermediária sobre convenções concernentes a meios de prova: “Um ajuste a esse respeito pode ter a natureza de *ato de verdade*. As partes indicam que apenas se produzirá prova oral porque reputam que isso basta para a reconstituição histórica dos fatos. Se o juiz concorda com essa apreciação das partes, defere apenas tal prova. Ou seja, ele toma para si essa deliberação. Nesse caso, o pressuposto para que ele defira a definição consensual das partes é a *correção* dos meios de prova por elas predefinidos. Mas um ajuste probatório pode retratar também um *ato de vontade das partes*. Elas restringem a instrução à prova documental, por exemplo, não porque achem isso suficiente, mas porque assim o querem (porque desejam um procedimento célere e simplificado etc.). Nessa hipótese, a mera consideração de documentos pode não ser suficiente para reconstituir o passado – e pode, conseqüentemente, interferir no resultado final do processo (por via documental pode ser impossível provar um fato que efetivamente ocorreu e que ensejaria a incidência de outras normas, cuja não consideração conduz a solução diversa da que se teria com a plenitude probatória). Portanto, o pacto probatório como ato de vontade apenas pode ser admitido quando se estiver diante de direitos materiais disponíveis – hipótese em que, declarada e conscientemente, a parte opta por uma solução mais simples, mas que pode, todavia, suprimir-lhe direito material.” *Um processo pra chamar de seu cit.*, pp. 13-14.

¹⁹³ “A firm-and-durable ceiling on the availability of discovery would be troublesome if it were imposed on litigants, but most of those concerns evaporate if both parties are sophisticated and knowingly entered the agreement at the outset of the litigation.” *Customized litigation cit.*, pp. 10-11.

nesse caso, embora o juízo tenha emitido pronunciamento de necessidade e pertinência de determinado meio de prova, deixa-se de produzi-la por razões que nada tem a ver com a busca da verdade material (não comparecimento da parte a exame pericial após intimação enviada para endereço desatualizado¹⁹⁴, ausência de recolhimento de custas ou despesas¹⁹⁵, apresentação intempestiva de rol¹⁹⁶), sem que, via de regra, se cogite de nulidade da decisão.

Aliás, a omissão pode inclusive ser voluntária, decorrente de avaliação pela parte do custo-benefício de produção da prova tanto do ponto de vista dos recursos materiais empenhados quanto das suas chances diante de potencial resultado. Se a parte

¹⁹⁴ “Ação acidentária. Não comparecimento à perícia médica designada em primeiro grau de jurisdição. Sentença de improcedência do pedido. Alegação de ausência de intimação pessoal. Inadmissibilidade. Correta a extinção do processo com julgamento de mérito. Obrigação da parte de manter atualizado o endereço. Aplicação da disposição contida no art. 274, parágrafo único, do CPC/2015. **Ausente o segurado à perícia designada, não se desincumbe do ônus de comprovar as suas alegações, não servindo como justificativa eventual mudança de endereço, pois ela deveria ser previamente comunicada ao Juízo. RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.**” (TJSP; Apelação 1020194-39.2015.8.26.0564; Relator (a): Valdecir José do Nascimento; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/03/2018; Data de Registro: 15/03/2018 – sem destaque no original. Obs.: caso meramente ilustrativo, não tendo sido feita pesquisa qualitativa ou quantitativa sobre o posicionamento do Tribunal quanto a essa questão.)

¹⁹⁵ “Ação de cobrança de despesas médicas. Gratuidade judiciária indeferida inicialmente, de forma fundamentada, por decisão irrecorrida. **Prova pericial preclusa, por inércia da própria autora, ante a falta de depósito dos honorários periciais correspondentes.** Novo pedido de gratuidade no apelo. Situação financeira da autora inalterada. **Manutenção do indeferimento.** A prova se destina ao juiz, a quem cabe a análise sobre a pertinência, necessidade e relevância da prova e não à parte. **Cerceamento de defesa incorrente. Inexistência de contrato escrito entre as partes e preclusão da prova pericial considerada pelo julgador como necessária ao deslinde do feito, por inércia da própria autora. Descumprimento do que estabelece o art. 373, I do CPC. Autora que não se desincumbiu do ônus da prova dos fatos constitutivos do direito alegado.** Improcedência mantida. Apelo improvido.” (TJSP; Apelação 1058335-35.2013.8.26.0100; Relator (a): Soares Levada; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/02/2018; Data de Registro: 09/02/2018 – sem destaque no original. Obs.: caso meramente ilustrativo, não tendo sido feita pesquisa qualitativa ou quantitativa sobre o posicionamento do Tribunal quanto a essa questão.)

¹⁹⁶ “Agravo de instrumento. Recurso interposto contra a r. sentença que decretou a falência da empresa agravante, fixando o termo legal da quebra em noventa dias contados do requerimento inicial ou do protesto mais antigo, prevalecendo a data mais antiga. (...) Decisão saneadora que fixou como ponto controvertido a ser dirimido em audiência de instrução a questão da efetiva entrega de todas as mercadorias constantes das notas fiscais que embasaram o pedido de falência. Declaração **Preclusão da prova oral pela inércia da agravante em apresentar o respectivo rol de testemunhas. Oitiva, em Juízo, de testemunha arrolada pela agravada, que enfraquece a tese de não recebimento da totalidade das mercadorias.** Agravante que deixou transcorrer in albis o prazo para apresentação de memoriais. **Ausência, portanto, de provas capazes de infirmar o julgamento de procedência do pleito exordial.** Na falta de novos elementos aptos a elidir as convicções judiciais esposadas na decisão que indeferiu a liminar e diante da concordância da D. PGJ, tem-se que a confirmação da r. sentença recorrida é medida que se impõe. Agravo de instrumento desprovido.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2040915-67.2017.8.26.0000; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Sumaré - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/03/2018; Data de Registro: 16/03/2018 – sem destaque no original. Obs.: caso meramente ilustrativo, não tendo sido feita pesquisa qualitativa ou quantitativa sobre o posicionamento do Tribunal quanto a essa questão.)

pode intencionalmente deixar de atuar para produzir provas sozinha, ela poderia fazê-lo também em acordo com a parte contrária.

Essa situação evidencia o ponto que se pretende demonstrar: conquanto seja louvável a preocupação com a busca do maior grau de probabilidade possível e os poderes instrutórios do juiz sejam mecanismo importante nessa jornada, eles estão longe de serem cláusula pétrea de um procedimento sob o pálio do devido processo legal. Trata-se, antes, de ferramenta para instrumentalizar a necessidade de conceder alguma resposta ao jurisdicionado que decorre da proibição de o juiz se escusar de julgar por não conhecer o direito ou os fatos.

A mencionada subsidiariedade dos poderes instrutórios do juiz também ajuda a explicar o porquê de a convenção processual em matéria probatória ser, em princípio, admissível: se assim é no processo definido em lei, não há razão para que não o seja ainda com mais força num processo definido por convenção processual, obviamente dentro de situações de normalidade, como já se mencionou.

Para que não restem dúvidas, reitera-se que o que se defende é que as partes possam estipular as provas a produzir dentro de limites de razoabilidade, respeitando seus próprios conhecimentos técnicos (que podem, por vezes, ser inclusive superiores aos do próprio julgador – por exemplo, ao determinar a realização de perícia de engenharia industrial e não civil em determinado processo) e as limitações de custo a que estão sujeitas. Não se está defendendo, por óbvio, restrição total à produção de prova por iniciativa de quem quer que seja nos processos em que ela seja necessária – até porque isso iria de encontro ao interesse público existente na adequada solução da controvérsia¹⁹⁷.

Nesse ponto, revela-se útil a comparação com a arbitragem: conquanto se afirme que ao árbitro assistem poderes instrutórios¹⁹⁸ em razão da sua equiparação ao juiz

¹⁹⁷ “(...) mesmo que disponham sobre seus direitos, as partes não podem impedir a atividade jurisdicional de convencimento e decisão do processo. A questão não é de disponibilidade ou indisponibilidade do direito, mas do interesse público do Estado na resolução do conflito de acordo com a lei.” MARCELA REGINA PEREIRA CÂMARA, *A contratualização do processo civil?*, Revista de Processo, 194:2011, p. 400.

¹⁹⁸ “(...) o árbitro não depende de requerimento das partes para determinar a produção e qualquer prova que julgar importante para a solução do litígio. Os poderes instrutórios do árbitro, de resto bastante semelhantes aos do juiz togado, não eliminam a importância do ônus da prova: como lembra Sergio La China, também na arbitragem atuam as regras do ônus da prova, seja para distribuir às partes atividade processual, estimulando-as a contribuir com a descoberta da verdade, seja para dotar o árbitro de uma verdadeira regra de fechamento o sistema processual, na medida em que, à falta de melhor material de convencimento, haverá o julgador de

estatal¹⁹⁹, também se afirma que eles são limitados pela autonomia da vontade das partes para disciplinarem livremente a instrução processual²⁰⁰, respeitados postulados mínimos atinentes ao devido processo legal²⁰¹ – exatamente na linha do que se sustenta no presente trabalho²⁰².

Sendo assim, não se justifica, havendo concordância das partes, pretender afastar acordo a respeito das provas a serem produzidas, dentro de condições de normalidade²⁰³, ou seja, desde que observada estrutura procedimental mínima, como já se mencionou. Isso, repita-se, não exclui em tese a possibilidade de que algum dos litigantes

concluir que o fato não provado desfavorece aquele que tinha a incumbência de demonstrá-lo.” CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem cit.*, . p. 313.

¹⁹⁹ “Essa investidura se faz pela vontade das partes em disputa – ou melhor, pela lei, ativada pela manifestação de vontade daquelas partes. Exercem os árbitros, assim, ao julgar, atos de efetiva jurisdição, como fazem os juízes togados.” LUIZ PÉRISSÉ DUARTE JUNIOR, VIRGINIA SANTOS PEREIRA GUIMARÃES, *Limites da responsabilidade civil do árbitro por erro ‘in judicando’ – um paralelo necessário*, Revista do Advogado, 119:2013, p. 115.

²⁰⁰ Novamente CARMONA: “A instrução processual será livremente disciplinada, respeitadas as regras estabelecidas no art. 22.” *Arbitragem cit.*, p. 24.

²⁰¹ “Destaque-se ainda a importância da autonomia da vontade na definição do procedimento arbitral. As partes escolhem não apenas a arbitragem como forma de solução de suas controvérsias, mas também o procedimento pelo qual se desenvolverá, sendo possível fazê-lo, também, por meio da indicação das regras de alguma instituição arbitral ou pela delegação ao árbitro ou painel arbitral da regulamentação do procedimento. No Brasil, as restrições quanto a possibilidade de opção ou elaboração de desenhos procedimentais são bem limitadas, devendo-se observar apenas o respeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Respeitados esses limites, qualquer arranjo procedimental mostra-se possível de acordo com a vontade das partes e do caso.” CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, São Paulo, Método, 2011, p. 35.

²⁰² Para discussão aprofundada do tema, veja-se LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d’ufficio degli arbitri*, Rivista di Diritto Processuale, 4-5:2013, especialmente p. 66: “Il quesito di fondo, come si è visto, consiste nel domandarsi se si debba considerare in assoluto inderogabile (e, quindi, a maggior ragione, non superabile nemmeno nel procedimento arbitrale per volontà delle parti o per disposizione degli arbitri) il principio, scaturente dal 1° comma dell’art. 115 c.p.c., che pone al centro del processo ordinario (secondo il modello c.d. ‘dispositivo attenuato’) il rapporto di regola-eccezione tra il preponderanti poteri dispositivi delle parti (nell’allegazione dei fatti, nonché nell’offerta di prova) e le attribuzioni istruttorie del giudice *ex officio*, da reputarsi ammissibili nei soli (e limitati) casi stabiliti dalla legge.” E conclui: “Ora, se si volge lo sguardo alla disciplina codicistica dell’arbitrato (ed, in particolare, all’art. 816 *ter* c.p.c.), tenendo conto della natura fundamentalmente ‘disponibile’ dei diritti suscettibili di devoluzione arbitrale, la risposta al predetto quesito dovrebbe essere risolutamente negativa.”

²⁰³ “A formação de negócios processuais probatórios necessariamente afetará os poderes instrutórios do juiz e esse ponto seguramente será fonte de intensas controvérsias, simetricamente ao que ocorre precisamente sobre a própria extensão de tais poderes. Para quem entende que os poderes instrutórios do juiz apenas devem assumir um papel subsidiário e complementar às atividades das partes, necessariamente seu balizamento em virtude de negócios probatórios será natural e automático. Entender de modo diverso significará concluir que o consenso pode ser superado, o que reduzirá significativamente seu âmbito de incidência, deixando-o a critério de um ato de vontade estatal.” ROBSON RENAULT GODINHO, *A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória in* ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, v. 1 coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, pp. 414-415.

tenha se obrigado a acordo processual probatório que lhe seja desvantajoso, mas essa circunstância por si não afasta a validade da avença.

Superada essa questão, encontra-se na doutrina, ainda, posições pela possibilidade de celebração de negócio processual para estabelecer hipótese de legitimação extraordinária, com fundamento na locução “ordenamento jurídico” empregada pelo artigo 18 do Código de Processo Civil, mais abrangente em relação a “lei”²⁰⁴, embora com ressalvas quanto à legitimidade passiva negocial²⁰⁵.

2.3.3. Segue: outras possibilidades genéricas

²⁰⁴ “O art. 18 do NCPC exige, para atribuição da legitimação extraordinária, autorização do “ordenamento jurídico”, e não mais da lei. Além disso, o art. 189 do NCPC consagrou a atipicidade da negociação processual – o tema foi tratado no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais. Negócio jurídico é fonte de norma jurídica, que, por isso mesmo, também compõe o ordenamento jurídico. Negócio jurídico pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária. Este negócio jurídico é processual, pois atribui a alguém o poder de conduzir validamente um processo. Não há, assim, qualquer obstáculo a priori para a legitimação extraordinária de origem negocial. E, assim sendo, o direito processual civil brasileiro passará a permitir a legitimação extraordinária atípica, de origem negocial.” FREDIE DIDIER JR., *Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial*, disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/91492/2015_didierjunior_fredie_fonte_normativa.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 6.4.2018. Concorda IGOR RAATZ, *Autonomia cit.*, p. 250.

²⁰⁵ “Não pode o futuro réu transferir sua legitimação passiva a um terceiro. Ou seja, não pode o réu, permanecendo titular de uma situação jurídica passiva (um dever obrigacional, por exemplo), atribuir a um terceiro a legitimação para defender seus interesses em juízo. Seria uma espécie de fuga do processo, ilícita por prejudicar o titular da situação jurídica ativa (o futuro autor). *Não se admite que alguém disponha de uma situação jurídica passiva por simples manifestação de sua vontade*. Nada impede, porém, que o futuro autor participe desse negócio processual e concorde com a atribuição de legitimação extraordinária passiva a um terceiro. Preenchidos os requisitos gerais da negociação processual, não se vislumbra qualquer problema: o sujeito concordou em demandar contra esse terceiro, que defenderá em juízo interesses de alguém que concordou em lhe atribuir essa legitimação extraordinária. Aplica-se aqui, por analogia, a regra da assunção de dívida, permitida com a concordância expressa do credor (art. 299 do Código Civil)¹⁴. Pode o futuro réu, no entanto, ampliar a legitimação passiva, atribuindo a terceiro legitimação extraordinária para defender seus interesses em juízo. Nesse caso, não há qualquer prejuízo para o autor, que nem precisa ser notificado dessa negociação. Isso porque, havendo legitimação passiva concorrente, escolherá o autor contra quem quer demandar. A ampliação dos legitimados passivos somente beneficia o autor. A notificação do futuro autor é, na verdade, um ônus do futuro réu: é do seu interesse que o futuro autor saiba que pode propor a demanda contra uma terceira pessoa.” FREDIE DIDIER JR., *Fonte normativa cit.* – destaque do original. No mesmo sentido, DANIELA SANTOS BONFIM, *A legitimidade extraordinária de origem negocial in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (coords.), Negócios processuais*, v. 1 coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, pp. 349-352.

De tudo que até aqui se expôs, extrai-se que a principal diretriz a seguir no que toca à análise da licitude dos negócios processuais se resume no brocardo *in dubio pro libertate*²⁰⁶ que decorre da ampla possibilidade de celebração de convenções processuais admitida pelos artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil: em caso de dúvida, deve-se admitir a convenção processual celebrada, se se verificar que ela atende aos requisitos legais (matéria, pessoa e informação adequadas).

A respeito de possibilidades genéricas, FLÁVIO YARSHELL ensina que as convenções processuais admitem a inserção de termos, condições e penalidades para o caso de descumprimento de alguma de suas regras (exceto relativamente à boa-fé) entre suas cláusulas²⁰⁷ – aplicáveis tanto aos negócios jurídicos sobre o procedimento quanto àqueles que versam sobre situações jurídicas das partes e, evidentemente, desde que sejam respeitadas as demais condicionantes.

Ainda, convém mencionar os acordos processuais em sede de execução²⁰⁸, mencionados por ANTONIO DO PASSO CABRAL e FREDIE DIDIER JR²⁰⁹: a) criação de título

²⁰⁶ Concorde FREDIE DIDIER JR., *Negócios Jurídicos cit.*, p. 174. Discorda MARCELO BONIZZI, para quem “o poder de celebrar negócios processuais só pode ser feito nos estritos limites da lei. Se a lei permitir alguma margem de interpretação, como faz no art. 190 do CPC, parece correto dizer que essa interpretação será sempre restrita.” *Estudo cit.*, p. 146. Na Itália, onde “[s]ulla categoria degli accordi processual, in sé e per sé considerata, è calato sostanzialmente l’oblio”, REMO CAPONI questiona: “Se è vero che il processo civile è diretto ad assicurare che gli interessi protetti dalle norme di diritto sostanziale siano realizzati, anche nella ipotesi di mancata cooperazione spontanea fra i soggetti, perché no recuperare tutti gli spazi di agibilità per quest’ultima, laddove la cooperazione non faccia integralmente difetto, ma si indirizzi ad una convergente disciplina negoziale di alcune fra le relazioni processuali delle parti?” *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual*, Civil Procedure Review, 2:2010, pp. 46 e 49.

²⁰⁷ “Primeiro, é lícita a convenção de *termos* pelas partes. Aliás, a lei permite o estabelecimento de um calendário e, por ora sem cogitar da participação do órgão judicial, é lícito às partes convencionarem sobre o tempo dos atos processuais; em particular sobre prazos – na premissa de que, de forma razoável e proporcional, isso se afigure compatível com os escopos da jurisdição. (...) Não se deve descartar a inserção de condições no negócio processual; o que não deve ser confundido conceitualmente com o ato processual. Com efeito, embora seja tradicional o entendimento de que atos processuais não podem ser condicionais (o que é bem ilustrado pela sentença), o conteúdo e a forma de exercício das posições jurídicas processuais podem estar sujeitos a evento futuro e incerto. (...) respeitados tais limites, também se afigura lícita a inserção de cláusula penal, a incidir no caso de descumprimento de alguma das regras (processuais) previstas pelos interessados – não apenas para a situação de litigância de má-fé.” *Convenção cit.*, pp. 72-73. Concorde FREDIE DIDIER JR., para quem “No negócio processual atípico, as partes podem definir outros deveres e sanções, distintos do rol legal de deveres e sanções processuais, para o caso de seu descumprimento.” *Negócios jurídicos cit.*, p. 177.

²⁰⁸ “(...) a execução é pautada pelo princípio dispositivo, verificando-se diversas faculdades de disposição para o exequente. A autonomia dos litigantes, que também se projeta na execução, engloba a possibilidade de definir negocialmente efeitos jurídicos, moldando o procedimento de acordo com as prioridades e interesses dos acordantes.” ANTONIO DO PASSO CABRAL, FREDIE DIDIER JR., *Negócios jurídicos cit.*, p. 4 do arquivo digital.

²⁰⁹ Sinteticamente: “Resumimos mais algumas diretrizes: i) não se admite negócio jurídico processual que exclua as sanções decorrentes da prática de ilícitos processuais; ii) admite-se renúncia do direito à multa e a

executivo extrajudicial por acordo entre as partes ou exclusão da eficácia de título executivo de determinado documento por convenção; b) afastamento da execução de eventual multa por descumprimento de obrigação; c) limitação das medidas executivas a serem utilizadas; d) disposição sobre medidas atípicas de execução; e) disposições sobre penhorabilidade, incluindo pacto de prelação; e) criação de procedimentos especiais executivos; f) escolha consensual de depositário e avaliador.

2.3.3.1. Ainda: convenções processuais para limitação de danos

Conquanto sejam relativamente desconhecidos na nossa cultura jurídica, a redação do Código de Processo Civil (art. 190) abre margem ainda para negócios processuais de liquidação de contingências ou limitação de danos, nos quais as partes tentam prever os cenários possíveis para os rumos da negociação e estabelecem desde logo as condutas que adotarão em cada um deles²¹⁰, inclusive com implicações processuais. Trata-se de mecanismo importante de superação de diferenças que poderiam, no extremo, até mesmo impedir a própria concretização do negócio jurídico em que inseridas as cláusulas de limitação de danos²¹¹.

Antes, porém, duas ressalvas.

promessa de não executar o valor da multa; iii) admite-se negócio jurídico processual em que se aceite, previamente, o uso de medidas executivas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão; iv) admite-se negócio jurídico processual em que se aceite, previamente, o uso de determinadas medidas executivas atípicas que passam, por isso, a ser medidas típicas, de origem negocial.” *Negócios cit.*, p. 9 do arquivo digital. Para o restante das referências mencionadas no corpo do texto, vide *Negócios cit.*, pp. 7-14 do arquivo digital.

²¹⁰ “Structurally, a contingent agreement is one in which the parties identify the universe of possible future conditions and agree to take on different obligations in each of those conditions.” MICHAEL L. MOFFITT, *Contingent agreements: agreeing to disagree about the future*, Marquette Law Review, 87:2004, disponível em <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol87/iss4/8>, acesso em 19.6.2018, p. 691.

²¹¹ “Without the possibility of contingent agreements, uncertainty regarding future conditions can make distributive decisions (for example, who gets how much money) difficult. By linking the allocation of resources to an externally measurable variable, negotiators can sometimes overcome otherwise paralyzing disagreements about the future.” MICHAEL L. MOFFITT, *Contingent agreements cit.*, pp. 692-693.

Em primeiro lugar, registra-se que se está atualmente em momento de afirmação das possibilidades e da relevância do negócio jurídico processual (até mesmo, repita-se, em razão da novidade) – o que torna cientificamente desejável que se distinga o negócio processual de outros negócios jurídicos, de forma a demonstrar sua importância autônoma (em oposição à processualização pura e simples de convenções que são próprias do direito material).

No entanto, há de se reconhecer que há hipóteses em que as convenções produzirão efeitos tanto no plano material como processual, sendo mais relevante discutir as suas possibilidades e limitações do que distinguir a preponderância de uns sobre os outros para identificar sua natureza. As considerações que seguem são feitas com base nesse pensamento.

Em segundo lugar, a doutrina estadunidense é bastante farta de exemplos de convenções processuais, que, lá, recebem diversas denominações (*procedure contracts, litigation contracts, procedure design, designer trials, customized litigation, party rulemaking, etc*), e que poderiam ser aplicáveis aqui, motivo pelo qual se expõem abaixo.

Porém, já se deixou de fora negócios jurídicos processuais que, conquanto sejam comuns naquela realidade, não poderiam ser transplantados para o Brasil em decorrência da diferença entre os sistemas de *common law* (Estados Unidos da América) e *civil law* (Brasil). É o caso, entre outras²¹², da dispensa de júri em ações civis²¹³ (no Brasil, somente crimes dolosos contra a vida atraem a competência do tribunal do júri²¹⁴) e das

²¹² “Some procedural devices adopted by contracting parties in their agreements are more common than others. Importantly, these are all devices whose validity has been repeatedly verified by the courts. Most common are venue clauses featuring a choice of a specific forum where the dispute is to be resolved. Some venue clauses further provide for the parties’ agreement to waive the forum non-convenience defense or any claim for lack of personal jurisdiction, thereby precluding a party from raising available venue or jurisdiction defenses. Also common in a variety of commercial contracts are clauses featuring the parties’ choice of applicable law, their waiver of the right to jury trial, their agreement to service of process and their agreement to amend the time provided by statute of limitation acts. Some contracts contain provisions that restrict the contractors’ procedural and substantive rights through limitations on pleadings.” DAPHNA KAPELIUK, ALON KLEMENT, *Contractualizing procedure*, não publicado, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1323056>, acesso em 31.5.2018, p. 7.

²¹³ “The clearest example of party rulemaking aimed at the trial stage is the contractual waiver of jury trial. According to the prevailing view, prelitigation agreements to waive jury trial are enforceable as long as they are made in a knowing, voluntary and intelligent manner.” ROBERT G. BONE, *Party rulemaking: making procedural rules through party choice*, *Texas Law Review*, 90:2012, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2057987>, acesso em 1.6.2018, p. 1348.

²¹⁴ Artigos 121 a 126 do Código Penal.

chamadas *forum choice clauses*²¹⁵, espécie de cláusula de eleição de foro com implicações mais complexas em decorrência da existência de regras procedimentais diferenciadas de acordo com os estados da federação – o que não ocorre aqui, em que o Código de Processo Civil é único para todos os estados brasileiros.

Uma primeira possibilidade toca aos chamados “*high-low*” *agreements*, em que, independentemente do valor da causa e do resultado do processo, as partes reduzem seus riscos acordando previamente valores mínimo e máximo de indenização a serem pagos pelo réu ao autor: o réu concorda em pagar um montante mínimo, mesmo em caso de improcedência, em troca de o autor abrir mão de eventual excedente ao valor máximo, mesmo se vier a obter condenação que o supere²¹⁶. Caso haja condenação em valor intermediário (entre o mínimo e o máximo estipulados), o réu fica a ela integralmente obrigado.

Embora seja pouco usual em nossa prática judicial, esse tipo de contrato é viável, pois estabelece uma obrigação de pagamento (como outra qualquer) associada a um *pactum de non exequendo* acima de determinada quantia, cuja validade já foi reconhecida pela doutrina (conforme mencionado quando se cuidou de negócios processuais em execução).

High-low agreements, em que as partes abrem mão de resultados extremos (ganhar tudo ou perder tudo) em prol de alguma segurança quanto aos valores que receberão ou despenderão já são utilizados em arbitragens no Brasil, nada impedindo que venham a sê-lo também em processos judiciais²¹⁷.

²¹⁵ Também ROBERT G. BONE, *Party rulemaking cit.*, pp. 1343-1345.

²¹⁶ “(...) a high-low agreement is one ‘in which a defendant agrees to pay the plaintiff minimum recovery in return for the plaintiff’s agreement to accept a maximum amount regardless of the outcome of the trial.’ (Garner, 2004).” KATHRYN E. SPIER, J. J. PRESCOTT, *Contracting on Litigation*, Law and economics research paper series, Michigan Law, paper n. 16-009:2016, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2765033>, acesso em 18.4.2018, p. 1.

²¹⁷ CARLOS ALBERTO CARMONA relata que a *high-low arbitration* é variação da arbitragem que “procura reduzir os riscos de um laudo inaceitável, estabelecendo as partes, previamente, limites mínimo e máximo para a autoridade do árbitro”, esclarecendo que “este método é usualmente empregado para resolver questões pecuniárias. O árbitro nem sempre está informado acerca dos limites estabelecidos pelas partes (às vezes o árbitro nem sabe que as partes estabeleceram limites). Assim, se o árbitro fixa uma condenação em valor inferior ao limite estabelecido, a parte vencedora receberá o limite mínimo previamente acordado; se o árbitro estabelecer condenação que ultrapasse o valor máximo previamente pactuado, estará limitada a condenação ao montante (máximo) previamente acordado; e se o árbitro fixar qualquer cifra entre os números balizados pelo acordo, o vencido efetuará o pagamento exato da condenação.” *Arbitragem cit.*, pp. 33-34.

Paralelamente, no plano do direito material, também se verificam acordos com finalidade análoga (ao menos no aspecto do teto a ser pago), como os contratos de seguro ou a limitação de valores a serem reembolsados em caso de perda ou extravio de bagagem em contrato de transporte aéreo. A diferença é que, enquanto no processo as partes pactuam a limitação de sua pretensão executiva, nos contratos que se vem de mencionar, a limitação diz respeito ao próprio crédito a ser declarado em eventual sentença condenatória.

Registra-se que, nesse caso, o valor da causa deverá refletir o valor do prejuízo estimado – e não os valores acordados para máximo (ou, o que é pior, o mínimo) de indenização – sob pena de se burlar o interesse do erário no recolhimento da taxa judiciária (em São Paulo, por exemplo, calculada em percentual sobre o valor da causa – arts. 1º, 4º, Lei Estadual nº 11.608/2003).

Existe, ainda, a possibilidade de prévia fixação de valores de indenização de acordo com faixas de responsabilidade, cabendo ao juízo apenas a definição da faixa em que se insere a condenação – especialmente útil para situações em que as próprias partes reconhecem que houve culpa concorrente na causação dos danos que serão discutidos no processo. Para ilustrar, suponha-se a seguinte determinação: se se apurar que o autor contribuiu em maior proporção para o dano do que o réu, este lhe paga a quantia de R\$25.000,00; se as responsabilidades forem idênticas ou equivalentes, o pagamento devido será de R\$ 50.000,00; e, se se verificar que a conduta do réu é que foi determinante para o dano, ele pagará ao autor R\$ 75.000,00²¹⁸.

Novamente, esse negócio processual é possível por representar disposição sobre os deveres das partes à luz de sua responsabilidade civil, na hipótese em que elas reconhecem que as condutas de ambas impactaram no dano experimentado, mas são incapazes de estabelecerem, por si, qual foi (ou quais foram) o(s) comportamento(s) determinante(s) para o prejuízo.

As partes poderiam, ainda, durante a negociação do contrato, especificar quais obrigações assumidas são especialmente importantes, ou sensíveis, estabelecendo

²¹⁸ Trata-se de exemplo adaptado de “[I]n yet another lawsuit, the parties agreed to a damage payment of \$6,000 if the jury found the defendant to be less than 50% at fault, \$11,250 if she were found to be exactly 50% at fault, and \$22,500 if she were more than 51% at fault.” KATHRYN E. SPIER, J. J. PRESCOTT, *Contracting cit.*, p. 1.

que, em caso de violação respectiva por qualquer delas, a parte contrária estaria autorizada a requerer providência de natureza cautelar sem caução e sem prévia manifestação da parte contrária²¹⁹.

Poderiam, indo até mais longe, nessa mesma situação (violação de uma obrigação “sensível”), reconhecer contratualmente que haveria urgência na concessão de tutela provisória (de natureza satisfativa), relegando-se ao juízo apenas a verificação da probabilidade do direito alegado pela suposta vítima do descumprimento contratual²²⁰.

Esses dois últimos exemplos são passíveis de aplicação no Brasil pois, do ponto de vista processual, apenas postergam o exercício da ampla defesa para momento posterior à citação mediante acordo quanto aos requisitos para a concessão de tutela provisória – que, contudo, segue tendo todas as suas demais características, notadamente a provisoriedade (ou seja, possibilidade de revisão após apresentação de defesa ou provas em sentido contrário).

Diminui-se, assim, o ônus de fundamentação do juiz no início do procedimento, e inverte-se pela via contratual o ônus de suportar o dano marginal decorrente da duração do processo.

Ainda, em tese, as partes poderiam abrir mão de executar totalmente a sentença definitiva, contentando-se com providências de natureza cautelar ou antecipatória

²¹⁹ “Due process requires that a defendant be afforded notice and an opportunity to be heard. But parties may waive these due process rights in an ex ante contract.” HENRY S. NOYES, *If you (re)build it, they will come cit.*, p. 602. O autor segue exemplificando que, “In *D. H. Overmyer Co. v. Frick Co.*, the Supreme Court considered whether to enforce a cognovit note, a contractual agreement that went far beyond waiver of notice and a hearing. A cognovit note allows the ‘contracting parties to preclude factfinding by agreeing to confession of judgment.’ The debtor authorizes the attorney (usually for the creditor) to enter judgment against the debtor if the debt is not paid on time. The debtor not only waives notice and a hearing but also waives ‘every defense which the maker of the note may otherwise have. It likewise cuts off all rights of appeal from any judgment taken on it.’ Once the judgment is entered, the burden of litigation shifts from plaintiff to defendant, forcing the latter to seek to reopen a judgment already entered” (p. 602). Noyes relata que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América considerou que “all rights, constitutional or otherwise, may be waived by contract before any dispute has arisen” (p. 603). No Brasil, pelas razões que já se expôs em tópico anterior, entende-se que não se pode abrir mão completamente de direitos constitucionais, daí porque se adaptou o exemplo para bases que, aqui, se crê seriam aceitáveis.

²²⁰ “Purchase agreements and merger agreements often include symmetric injunctive relief clauses which enable each party to obtain such relief without being required to post a bond or other security. Asymmetric clauses are more common in employment contracts, confidentiality contracts and non-competition contracts. These clauses enable only one of the parties (the employer, or the party who might suffer irreparable harm from breach of contract) to seek temporary injunctive relief without the necessity of posting a bond or other security. A more extreme example of asymmetric interim relief clauses features the employee’s prior consent in the employment agreement to the issuance of a preliminary injunction in favor of the employer, pending a final determination by the court.” DAPHNA KAPELIUK, ALON KLEMENT, *Contractualizing procedure cit.*, p. 9.

e declaratória para regular a relação entre elas²²¹. Conquanto possa soar improvável, essa situação poderia se verificar, a título ilustrativo, em relação a tutelas de urgência em direito societário, nas quais muitas vezes a decisão provisória acaba definindo o relacionamento entre as partes em razão da necessidade de continuidade das atividades empresariais, que não pode aguardar a duração fisiológica do processo até a prolação de decisão de mérito definitiva.

Já retornando ao direito brasileiro, é possível ainda acordo em que duas (ou mais) empresas cuja responsabilidade seria solidária aos olhos da lei (arts. 264-266, CC; arts. 12, 14, 18, 19, 20, CDC) estabelecem previamente o percentual da condenação pelo qual cada uma responderá caso venham a ser vencidas em processo judicial decorrente da execução de determinado contrato com terceiros, tornando desnecessária a apuração individualizada em ação de regresso (arts. 283-285, CC).

Isso, aliás, já ocorre em contratos de cosseguro, nos quais o risco assumido é distribuído entre duas ou mais seguradoras, que recebem proporcionalmente o prêmio e dividem, também proporcionalmente, o valor da indenização a ser pago em caso de sinistro. Trata-se de convenção que tem caráter mais notadamente de direito material (pode-se argumentar que, ao delimitar responsabilidades, afasta-se a solidariedade entre os co-obrigados, remanescendo apenas em relação ao terceiro e portanto a fixação de responsabilidades ocorre no plano substancial, não processual) – o que é em certa medida natural dado o caráter limítrofe do assunto, entre direito material e processual.

No entanto, as implicações processuais são inegáveis na medida em que se pode prever, por esse tipo de acordo, as provas que as responsáveis solidárias entendem serem necessárias para acionar suas responsabilidades (a serem produzidas no processo de origem), ou a desnecessidade de liquidação de sentença.

Não se ignora que, embora teoricamente possíveis, esses tipos de acordos ainda estão longe da realidade brasileira de negociação de contratos.

No entanto, tampouco há como negar que convenções que limitam danos nas formas mencionadas podem ter a inequívoca vantagem de reduzir riscos para os

²²¹ “They [parties] sometimes agree *ex ante* to forego damages altogether, thereby limiting themselves to injunctive and declaratory relief.” ROBERT G. BONE, *Party rulemaking cit.*, p. 1350.

contratantes (e também para seguradoras envolvidas nos contratos que eles venham a celebrar, por exemplo²²²), dinamizando relações negociais e até mesmo as viabilizando em determinadas situações, por permitirem uma contenção da responsabilidade patrimonial dos envolvidos que pode ser essencial até para a continuidade da atividade empresarial por eles desenvolvida, como já se mencionou.

2.3.4. Limitações aplicáveis a todas as convenções processuais

Independentemente do objeto de determinada convenção processual – quer verse sobre o procedimento ou as posições jurídicas das partes, ou ambos –, ela se sujeita a algumas limitações aplicáveis a todos os negócios jurídicos processuais.

A definição desses limites, conquanto importantíssima, não é simples, pois não se sujeita a critérios claros – e, mesmo aqueles que devem ser evidentemente observados (como, por exemplo, devido processo legal e questões de ordem pública) por vezes são conceituados em termos abertos a respeito de cujo conteúdo não raro tampouco há consenso²²³.

Ainda que a tarefa seja ingrata, porém, necessário tentar cumpri-la.

Identificando o cenário de vagueza que se vem de mencionar, FLÁVIO YARSHELL propõe que os limites às convenções processuais sejam analisados sob o prisma da adequação das normas convencionadas aos escopos da jurisdição²²⁴.

²²² KATHRYN E. SPIER e J. J. PRESCOTT relatam que esses tipos de contratos, inclusive envolvendo seguradoras e investidores judiciais (figura presente na litigância norte-americana que não encontra correspondência no Brasil) têm se tornado cada vez mais frequentes na experiência dos Estados Unidos da América. *Contracting cit.*, p. 1.

²²³ Como observa FLÁVIO YARSHELL, *Convenção das partes cit.*, pp. 70-71.

²²⁴ “Nesse contexto de poucas definições, sem prejuízo do que já foi ponderado, um critério a considerar é a adequação a regra processual aos escopos da jurisdição – seja ela estatal, seja arbitral. O processo existe para superar conflitos (e, portanto, restabelecer a paz social com racionalidade e presteza possível) mediante a atuação do direito objetivo (suposto que não seja possível solução consensual.” *Convenção cit.*, p. 72.

Assim, resgatando os parâmetros de devido processo legal e normas cogentes como limites às convenções processuais, ele propõe a impossibilidade de celebrar negócios processuais que (i) atinjam a intervenção do Ministério Público nos processos em que atue obrigatoriamente²²⁵; (ii) alterem regras de competência absoluta²²⁶; (iii) disponham sobre organização judiciária; (iv) versem sobre os deveres processuais de probidade e boa-fé (tanto para dispensar as partes de agirem segundo seus postulados quanto para ampliar o rol das condutas caracterizadoras de litigância de má-fé ou criar sanções processuais para a respectiva punição); (v) versem sobre matérias sujeitas a reserva legal²²⁷ (como a criação de recursos²²⁸ ou hipóteses de ação rescisória ou outras medidas tendentes a desconstituir a coisa julgada); e (vi) dispensar o interesse processual²²⁹.

Também exemplos de normas cogentes²³⁰ são as garantias constitucionais²³¹, que não podem ser completamente afastadas por disposição das partes, ainda que alguma mitigação decorra da respectiva celebração e seja admissível – se, contudo, não implicar seu afastamento substancial²³². Por exemplo: é possível a mitigação da ampla defesa, estabelecendo previamente as provas²³³ a serem produzidas (de que se

²²⁵ Desenvolvendo esta ideia, FREDIE DIDIER JR. explica que a razão de ser dessa limitação é que “não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível. Trata-se de negócios processuais celebrados em ambiente propício, mas com objeto ilícito, porque relativo ao afastamento de alguma regra processual cogente, criada para a proteção de alguma finalidade pública.” *Negócios jurídicos cit.*, p. 176.

²²⁶ Especificamente quanto a esse assunto, concorda LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, *Negócios jurídicos cit.*, p. 59.

²²⁷ No mesmo sentido, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, *Negócios cit.*, p. 59 e também Fredie Didier Jr., *Negócios jurídicos cit.*, p. 176..

²²⁸ Especificamente sobre esse ponto, vide JÚLIA LIPIANI, MARILIA SIQUEIRA, *Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal in* ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, Salvador, Juspodium, 2015, pp. 455-457.

²²⁹ Cf. *Convenção cit.*, p. 72.

²³⁰ Cf. LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, *Negócios cit.*, p. 59.

²³¹ “Vai daí que não se pode cogitar da eventualidade de as partes trazerem à pauta de negociação, temas alusivos a direitos fundamentais – como o são os que versam sobre jurisdição, juiz natural, duplo grau de jurisdição, ampla defesa, devido processo legal –, porque não cabem na conformação do sistema.” ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral)*. *Transação*, Revista de Direito Privado, 64:2015, p. 268.

²³² “No que tange aos poderes e faculdades das partes – leia-se, direitos das partes – é preciso examinar o acordo na perspectiva do regime da renúncia aos direitos fundamentais.” LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART, DANIEL MITIDIERO, *Novo Código cit.*, p. 244.

²³³ Discorda HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, para quem “É evidente que a possibilidade de as partes convencionarem sobre ônus, deveres e faculdades deve limitar-se aos seus poderes processuais, sobre os quais têm disponibilidade, jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz. Assim, não é dado às partes,

tratará em maior detalhe adiante) e a impossibilidade de interposição de recursos contra decisões interlocutórias; mas as partes não podem abrir mão da fundamentação nas decisões, pois essa garantia não diz respeito apenas a elas, e sim a toda a sociedade²³⁴.

Registra-se apenas que, embora o raciocínio do interesse público pudesse, em tese, ser aplicado ao princípio da publicidade, antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil atual, já se admitia a decretação de sigilo de justiça em decorrência da existência, em contrato, de cláusula de confidencialidade, quando se verificar que a causa versa sobre “informações e dados de natureza privada prevalente”²³⁵.

LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS, partindo da ideia de que o processo regido por convenção processual forma um microsistema dentro do processo civil,

por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz”. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 56ª edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, 2015, p. 637. No mesmo sentido, VICTÓRIA HOFFMAN MOREIRA e JULIENE DE SOUZA PEIXOTO, para quem “a atividade probatória do magistrado é autônoma à atividade probatória das partes, ou seja, ela subsiste no processo. Isto faz com que esta atividade esteja incólume mesmo quando as partes convencionam sobre o procedimento, especificamente sobre a produção das provas. Desta forma, entendemos que o exercício dos poderes instrutórios do juiz, por serem autônomos, não pode ser limitado por negócios jurídicos processuais celebrados pelas partes. Isto porque as partes podem convencionar apenas sobre seus poderes, ônus, deveres e faculdades, não podendo convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres conferidos ao juiz.” *Negócios jurídicos processuais e os poderes instrutórios do juiz in ANA MARCATO et alli* (coords.), *Negócios Processuais*, v. 1 da Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro, Salvador, Juspodium, 2017, pp. 624-625.

²³⁴ “We would not approve of a rule inviting the trial judge to issue orders without any explanation, even if both litigants explicitly waived any objection. The public sees something to gain from the litigation process, and it would be loathe to invite private litigants to deny those benefits.” MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation cit.*, p. 40.

²³⁵ “(...) CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDADE. PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE SIGILO DE JUSTIÇA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS (CPC, ART. 155). RESTRIÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO. RECURSO PROVIDO. 1. O art. 155 do Código de Processo Civil, em sintonia com a Constituição Federal, impõe, como regra, a publicidade dos atos processuais, admitindo, no entanto, hipóteses em que o feito se processará mediante sigilo de justiça. Essas hipóteses constituem rol exemplificativo, não exaustivo, sendo autorizado o sigilo de justiça em outras situações também merecedoras de tutela jurisdicional, por envolverem a preservação de outras garantias, valores e interesses fundamentais, como o direito à intimidade da parte (CF, art. 5º, X), ao sigilo de dados (CF, art. 5º, XII), o resguardo de informações necessário ao exercício profissional (CF, art. 5º, XIV) ou para atender a interesse público, relacionado à segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII). 2. Na espécie, os motivos apresentados pelos recorrentes referem-se à necessidade inerente ao exercício profissional, atividade bancária, e justificam o pretendido processamento do feito sob sigilo de justiça, pois aquela atividade é normalmente exercida sob sigilo bancário amparado em leis complementares, nos termos do art. 192 da Constituição Federal. 3. A pretensão de juntada aos autos, da ação de cobrança de honorários, do contrato de cessão de créditos firmado entre a instituição bancária e a sociedade empresária securitizadora, dotado de cláusula de confidencialidade, enseja a decretação do sigilo de justiça por tratar de informações e dados de natureza privada prevalente, afetando a intimidade e a segurança negocial das pessoas envolvidas nos créditos cedidos, além de técnicas de expertise e know-how desenvolvidas pelas partes contratantes, afetando suas condições de competitividade no mercado financeiro, não constituindo mero inconveniente a ser suportado pelos litigantes e terceiros. O caso, portanto, também configura proteção de sigilo comercial, a exemplo do que preconiza a regra do art. 206 da Lei 9.279/96. 4. Recurso especial provido.” (REsp 1082951/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 17/08/2015)

identifica quatro limitações: (i) negócios atípicos são balizados pelas regras dos negócios típicos, não podendo ser celebrados para burlá-las; (ii) as regras dos negócios típicos servem de parâmetro para a interpretação das possibilidades dos negócios atípicos; (iii) os requisitos de validade dos negócios atípicos (art. 190, CPC) também se aplicam às convenções típicas; e (iv) os negócios atípicos também possuem eficácia imediata (aplicando-se o art. 200, CPC)²³⁶.

Em complemento, e já decotando a parte que redundaria aos critérios que vieram de ser mencionados, FREDIE DIDIER JR. acrescenta que o objeto do negócio processual também deve ser lícito, da mesma forma que o objeto do negócio jurídico, não se admitindo convenções processuais que envolvam comportamentos ilícitos (como intimidação de testemunhas), por exemplo²³⁷.

Ainda, as partes podem convencionar a respeito de suas próprias situações jurídicas processuais, mas desde logo se registra que a convenção não pode restringir os poderes-deveres do julgador a ponto de impedir-lhe de zelar pela igualdade entre as partes ou de direcionar o resultado do processo²³⁸.

²³⁶ “A premissa de existência de um microsistema de negociação processual no processo civil brasileiro, cuja organicidade é conferida pelo princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, conduz, assim, a algumas conclusões, importantes à construção de sentido da cláusula geral do art. 190 do CPC/2015: a) as normas que estabelecem negócios jurídicos típicos funcionam como limites à celebração de negócios atípicos, impedindo o uso da pactuação atípica como forma de burla àqueles limites legais; b) as normas que estabelecem negócios jurídicos típicos servem de parâmetro hermenêutico para a compreensão de diversas questões afetas à construção da cláusula de atipicidade da negociação processual; c) o art. 190 do CPC/2015 também se aplica a negócios típicos, fornecendo-lhes, por exemplo, requisitos de validade a serem observados e forma e limite do controle judicial dos pactos; d) a regra de eficácia imediata dos negócios processuais (art. 200 do CPC/2015) aplica-se aos negócios atípicos regrados pelo art. 190 do CPC/2015.” *Convenções cit.*, p. 198.

²³⁷ “Tudo o quanto se sabe sobre a licitude do objeto do negócio jurídico privado aplica-se ao negócio processual. Assim, somente é possível negociar comportamentos lícitos. São nulos, por exemplo, o negócio processual em que uma parte aceite ser torturada no depoimento pessoal e o negócio em que as partes aceitem ser julgadas com base em provas de fé (carta psicografada, por exemplo). No primeiro caso, o objeto do negócio é a prática de um crime; no segundo, o objeto do negócio vincula o Estado-juiz, que é laico, a decidir com base em premissa religiosa, o que é inconstitucional (art. 19, I, CF/1988).” *Negócio jurídico cit.*, p. 175.

²³⁸ Para observações relativas aos limites das convenções processuais na Alemanha, vide CHRISTOPH A. KERN, *Procedural contracts in Germany in* ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, Salvador, Juspodium, 2015, p. 190.

As convenções processuais não podem tampouco prejudicar terceiros que não tenham dela (ou do processo) participado²³⁹.

Não podem tampouco produzir efeitos convenções para afastar externalidades negativas²⁴⁰, tal como aquela que isentaria ambas as partes do pagamento de custas processuais fora das condições que autorizariam a concessão de assistência judiciária gratuita. Possível, contudo, que as partes celebrem convenções sobre a repartição (ou atribuição integral a uma delas) do custo do processo²⁴¹, entendido não só como as custas, despesas processuais e honorários advocatícios²⁴², mas também englobando eventuais diligências na fase pré-processual tendentes, por exemplo, a evitar o ajuizamento da demanda²⁴³.

²³⁹ “(...) does the rule affect non-participants in the litigation? For example, we would want to guard against a circumstance in which a customized rule would affect or bind anyone (for example, through the preclusion doctrines) who did not agree to the customized rule.” MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation cit.*, p. 5.

²⁴⁰ Relatan DAPHNA KAPELIUK e ALON KLEMENT que externalidade é “an event which confers an appreciable benefit (or inflict an appreciable damage) on some person or persons who have not fully consented to it”. *Contractualizing procedure*, p. 38. Sobre a impossibilidade de transferência para o Poder Judiciário de externalidades negativas, veja-se ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções cit.*, pp. 376-378.

²⁴¹ Semelhante possibilidade existe na experiência francesa: “Les contractants peuvent enfin stipuler un *clause de remboursement des frais de procès*, imputant à l’une d’elles le paiement des *frais du procès* éventuel. Ce dispositif peut être associé avec une *clause de garantie d’issue*, dont l’objet est de faire peser sur l’autre partie au contrat le poids définitif des *indemnités* auxquelles une partie pourrait être condamnée. D’autres clauses financières sont également envisageables et, du reste, utilisées dans la pratique contractuelle. Telles sont, par exemple, les *clauses d’imputation et de répartition des frais en matière d’arbitrage et de médiation*, totalement domies au principe de la liberté contractuelle. Dans un domaine plus spécialisé, peuvent aussi être mentionnées les *clauses plafonnant le remboursement d’honoraires dans les contrats d’assurance de protection juridique*, dont la Cour de cassation a jugé qu’elles ne portaient pas atteinte au principe de libre de choix de son avocat par l’assuré, consacré par l’article L. 127-3 Code des assurances.” LOÏC CADIET, *Les conventions cit.*, p. 70.

²⁴² A respeito especificamente dos honorários advocatícios, vide BRUNO GARCIA REDONDO, JULIO GUILHERME MÜLLER, *Negócios processuais relativos a honorários advocatícios*, Revista Eletrônica de Direito Processual, 16:2015, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19961/14301>, acesso em 10.6.2018, especificamente pp. 70-74, nas quais os autores desenvolvem aspectos relativos a eficácia subjetiva, objeto, lugar, tempo e possibilidade de celebração de convenções em casos que envolvam honorários devidos à Fazenda Pública.

²⁴³ “Numa primeira análise, poder-se-ia pensar em razões orçamentárias que pudessem impedir que a vontade das partes alterasse a distribuição de custos prevista na lei. Se o custeio do processo é uma forma de o Estado financiar o aparato judiciário, as partes não poderiam convencionar a respeito. Entretanto, entendemos que deva ser aqui aplicada a mesma lógica das convenções processuais em geral. Não havendo interesse público ou de terceiros, concordantes as partes, deve ser respeitada a pactuação: *in dubio pro libertate*. Ao Estado, nas causas entre particulares, interessa apenas que as despesas e custas sejam pagas, isto é, que sejam vertidos aos cofres públicos os valores devidos em razão da prestação da atividade estatal. Se esse total será integralmente pago por uma das partes (normalmente a parte sucumbente) ou se será repartido entre elas, não há qualquer norma cogente que mostre relevantes interesses estatais nessa definição.” ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites*, Revista de Processo, 276:2018, pp. 73-74. No mesmo sentido, por admitir a imputação a uma das partes da obrigação de arcar com o custo financeiro do processo, independentemente do resultado, RAFAEL SIRANGELO DE ABREU, *A igualdade*

De maneira mais específica, ANTONIO DO PASSO CABRAL admite a possibilidade de convenções processuais sobre astreintes (“ou qualquer multa de natureza coercitiva ou indutiva (art. 139, IV, do CPC/2015) – que a lei faz reverter em face do adversário (art. 96 do CPC/2015)”) ²⁴⁴ mas não sobre outras multas aplicadas em razão, por exemplo, da violação ao dever de boa-fé processual ou por ato atentatório à dignidade da justiça, em relação às quais não cogita negociação.

Conquanto sejam possíveis algumas convenções em matéria recursal (relativas, por exemplo, a prazo ou limitação de número de páginas do arrazoadado), elas não podem criar novas hipóteses de cabimento ²⁴⁵, nem afastar recolhimento de preparo como requisito de admissibilidade, nem permitir a interposição independentemente da verificação de interesse recursal ²⁴⁶, nem, tampouco, impedir aplicação de súmula ou precedente vinculante ²⁴⁷.

Existe, também, o tormentoso problema das questões de ordem pública, que não podem ser afastadas por convenção das partes ²⁴⁸, posto que naturalmente limitam o

e os negócios processuais in ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, Salvador, Juspodium, 2015, pp. 207/208.

²⁴⁴ *Convenções sobre os custos cit.*, p. 78.

²⁴⁵ Discorda em parte ANTONIO DO PASSO CABRAL, para quem não é possível suprimir o primeiro grau de jurisdição, criando competência originária dos tribunais, nem a supressão do segundo grau para interposição direta de recurso especial, mas seria viável para criar o recurso extraordinário *per saltum*: “No Brasil, temos cláusula constitucional bem específica para o cabimento de recurso especial para o STJ, destinado a impugnar decisão judicial em única ou última instância proferida por ‘tribunais’ (art. 105, III). Por esse motivo, não seria possível que as partes, por convenção processual, disciplinassem um recurso especial *per saltum*, porque o recurso especial estaria sendo direcionado à decisão do juiz da primeira instância, e não contra uma decisão de um ‘tribunal’. Porém, a mesma restrição não se encontra no texto constitucional para o recurso extraordinário (art. 102, III da CR). Assim, inexistente o óbice textual, e possível que haja recurso extraordinário *per saltum* convencionado pelas partes.” *Recurso “per saltum” negocial: convenção processual para supressão de instância* in BRUNO DANTAS *et alli* (coords.), *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência após o primeiro ano de vigência do novo CPC em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*, São Paulo, RT, 2017, pp. 58, 60.

²⁴⁶ Cf. JULIA LIPIANI e MARILIA SIQUEIRA, *Negócios jurídicos cit.*, pp. 457-461 e 464.

²⁴⁷ “No que diz respeito às normas cogentes, como aquelas que dizem respeito à competência absoluta e às condições da ação, apenas para usarmos exemplos corriqueiros, é correto dizer que elas não poderão ser atingidas por negócios processuais. Também quanto aos efeitos dos recursos as partes não poderão celebrar negócios processuais, assim como não poderão ‘criar’ novos recursos ou impedir a aplicação de súmulas vinculantes ou de precedentes com igual força (fixados em assunção de competência), embora possam celebrar acordos que incluam renúncia ao direito de recorrer.” MARCELO JOSE MAGALHÃES BONIZZI, *Estudo cit.*, p. 146.

²⁴⁸ Segundo relata LOÏC CADIET, o mesmo ocorre na França: “Les clauses relatives à l’action, bien que fortement limitées par l’ordre public judiciaire, sont assez bien admises car le droit d’agir est une prérogative juridique dont les parties peuvent en principe disposer librement. La convention des partis peut alors porter sur les deux principaux aspects de l’exercice de l’action en justice.” *Les conventions cit.*, p. 69.

exercício da autonomia da vontade²⁴⁹. Diz-se “tormentoso”, porque, apesar de se poder encontrar em doutrina conceitos de ordem pública (em que se afirma tratar-se de conjunto de valores que, por serem tão caros à sociedade, estão sempre protegidos por normas de aplicação obrigatória que não podem ser afastadas pela vontade daqueles que a elas se sujeitam²⁵⁰⁻²⁵¹), não há precisão a respeito de quais ideais estariam incluídos e quais se excluiriam da definição²⁵².

Ainda que essa indefinição seja, em alguma medida, inerente à própria noção de ordem pública (que se afere de acordo com o momento social vivido e, justamente por isso, pode ir se modificando ao longo do tempo²⁵³), certo que pode configurar válvula de escape para controle indevido (isto é, excessivo) do conteúdo de convenções processuais²⁵⁴. No entanto, e porque investigação aprofundada desse ponto

²⁴⁹ Conforme explica RICARDO APRIGLIANO: “As leis imperativas, portanto, indiscutivelmente limitam e condicionam o domínio da autonomia da vontade. No plano do direito material, representam uma limitação à liberdade de contratar, impõem restrições às partes no que toca à disponibilidade de seus direitos. Entre elas, algumas apresentam particular repercussão, revelam-se mais críticas e importantes para o sistema, na medida em que tutelam interesses que se sobrepõem aos meros interesses das partes daquela relação jurídica. Tais interesses, porque envolvem aspectos sociais, morais, econômicos e até religiosos de uma determinada sociedade, acabam sendo considerados de especial importância e repercussão. Sempre que se identifica esta relevância sobre determinadas relações jurídicas, se está diante de normas de ordem pública.” *Ordem pública e processo – o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 16-17.

²⁵⁰ “O universo dos valores inalienáveis da sociedade, preservados por normas de imperatividade absoluta, que os indivíduos não têm o poder de contrariar (normas cogentes). As normas de direito processual são em grande parte de ordem pública, dados o caráter público do próprio processo e os escopos do exercício da jurisdição pelo Estado.” CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Teoria Geral do novo Processo Civil de acordo com a lei 13.256 de 4.2.2016*, São Paulo, Malheiros, 2016, p. 249.

²⁵¹ “As leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo sistema jurídico brasileiro como integrantes de seu núcleo essencial, compondo o universo mais ou menos amplo dos valores éticos, sociais e culturais que a sociedade brasileira elegeu e procura preservar.” RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, *Ordem pública e processo cit.*, p. 17.

²⁵² “O que tem relevância na prática e em face do sistema são os *limites* em que se admitem os negócios processuais – limites impostos pela inadmissibilidade de criação de situações extremamente gravosas a uma das partes (dispensa de produção de qualquer prova) ou por respeito a certas irrenunciáveis premissas de ordem pública, como as regras constitucionais ou legais sobre a competência absoluta.” CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 7ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2017, pp. 550-551.

²⁵³ Como explica J. J. CALMON DE PASSOS destaca, em raciocínio que se aplica às questões de ordem pública: “Tais valores, entretanto, não são inerentes às coisas, por isso mesmo são incapazes de percepção, precisando ser imputados pelos próprios homens, não só a seu pensamento como também a suas ações e opções. E isso não ocorre de modo uniforme, necessário e permanente. Já foi justo possuir escravos, hoje ninguém ousaria afirmar a Justiça da escravidão. Destarte, juízos de valor são históricos, relativos, submetidos a influências culturais, a par de muitos outros fatores, pelo que jamais deveriam ser impostos, mas sempre fruto de um máximo de consenso social.” *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?* in JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA *et alli* (coords.), *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. 218.

²⁵⁴ Nesse sentido, pertinente a observação de HEITOR SICA, a respeito do termo “questão de ordem pública”, afirmando que se trata de expressão de conteúdo vago, e cujo emprego já foi feito até mesmo por regimes

fugiria ao escopo deste trabalho, fica registrada a limitação, com a ressalva de que o seu completo entendimento depende da integração do conceito a ser feita no momento da interpretação do negócio jurídico.

Embora possa parecer óbvio, registra-se que as convenções processuais não podem ser utilizadas para fins que acabem por deslegitimar a confiança das partes ou do público no Poder Judiciário – o que significa que não se admite que as partes estabeleçam que a disputa será resolvida por métodos extrajurídicos, como, por exemplo, uma corrida de cavalos²⁵⁵.

Para encerrar esse tópico, registra-se, embora sequer fosse necessário, que toda convenção processual se sujeita às limitações físicas, pessoais e práticas do juízo que deverá cumpri-la.

Essa constatação torna necessária a busca de um equilíbrio entre o conteúdo do negócio processual e as possibilidades materiais do fórum ou tribunal que deverá pô-la em prática. A título ilustrativo, de um lado, as partes não podem pretender forçar o cumprimento de acordo processual que exija material tecnológico de última geração, cuja aquisição se sujeita a restrições orçamentárias e critérios de planejamento que não podem ser abreviados por manifestação de vontade das partes de um determinado processo.

De outro, dispendo de recursos (materiais, pessoais e temporais) para atender às estipulações das partes, não é dado ao juízo recusar-se a aloca-los no processo para poupar tempo, trabalho, ou para sua própria conveniência. Novamente, para exemplificar, considere-se que o fórum dispõe de equipamento de projeção audiovisual que permitirá às partes a realização de audiência sem que uma delas tenha que se deslocar de outra comarca para prestar depoimento pessoal, consoante acordado em negócio processual, mas cujo funcionamento depende de prévia preparação e testes, a serem feitos

ditatoriais para defender interesses escusos. *Preclusão processual civil*, 2ª edição, São Paulo, Atlas, 2011, *passim*.

²⁵⁵ “Courts sometimes serve as a voice of society’s norms and as arbiter of certain fundamental social differences. To play that role, courts need to have a certain degree of status. Society has an important interest in preserving the public perception of the symbolic features that lend credibility and legitimacy to the institutions of the judiciary. Customization cannot undermine the public’s sense of the legitimacy of the courts. Allowing private disputants to convert the courtroom into a circus in one case would undermine the ability of the court to perform its important functions not only in that case, but in other cases as well.” MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation cit.*, p. 42.

por serventuário lotado no cartório. Entende-se, que, nessa hipótese, eventual recusa do equipamento seria indevida.

Em síntese, embora seja ampla a liberdade das partes para celebrarem convenções processuais atípicas sob a égide do Código de Processo Civil atual (art. 190), entende-se, num primeiro plano, que ela está limitada por normas (cogentes), princípios (notadamente o devido processo legal – entendido como sobreprincípio) e valores (questões de ordem pública) que não podem ser afastados por acordo entre as partes – parâmetros que não possuem definição fechada, nem estática.

Num segundo plano, há ainda outra ordem de limitações relativa à própria interação das convenções atípicas com as convenções típicas: não se pode, por meio de convenção atípica, avançar em terreno que não se permitiria em convenção típica, e vice-versa. Exemplificando: eleição de foro é negócio processual típico, mas que somente pode versar sobre alteração da competência em razão do valor e do território (art. 63, CPC). Nesse contexto, é vedado às partes, por convenção “atípica” alterar competência em razão da matéria ou funcional, escolhendo pessoalmente o magistrado que julgará a causa.

Existe, por fim, um terceiro plano de limitações relativo às condições físicas e materiais do juízo onde deverá ser aplicada a convenção processual.

Finalmente, necessário lembrar a advertência segundo a qual, embora o sistema judicial deva ser flexível, não se deve esperar que o processo civil abra mão de seus traços distintivos apenas para competir com uma alternativa privada – não é isso que se propõe quando se estuda convenções processuais neste trabalho. Acredita-se, com ELIZABETH THORNBURG, que tanto o processo civil como os métodos ditos “alternativos” de resolução de controvérsias se beneficiam de intercâmbio de informações e experiências, mas as decisões procedimentais não devem ser guiadas exclusivamente pela vontade das partes ou seu poder de barganha no momento da celebração do contrato²⁵⁶.

²⁵⁶ “While the public system can and should be flexible, it should not give up its distinctive values in an effort to compete with private alternatives. Litigation may draw on lessons learned in alternative methods of dispute resolution; ADR, in turn, may draw on lessons learned from centuries of experience with traditional litigation. Decisions about procedure should not, however, be made irrevocably based on pre-dispute bargaining power, behind a veil of ignorance, by parties considering only themselves.” ELIZABETH THORNBURG, *Designer Trials cit.*, p. 211.

2.4. CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

O descumprimento dos termos de determinada convenção processual tem consequências bastante distintas a depender de quem o tenha cometido, se alguma das partes, ou o juiz.

Inicia-se pelo exame das consequências para as partes.

De maneira genérica, as próprias partes podem, no momento da celebração da convenção processual, prévia ou incidental, prever as consequências do respectivo descumprimento por uma delas, mediante imposição de sanções processuais ou pecuniárias.

Silente a convenção, a consequência da respectiva inobservância é a aplicação das regras do Código de Processo Civil de acordo com o objeto do negócio jurídico processual descumprido.

Por isso, exemplificativamente, se a parte deixa de cumprir um prazo que havia sido acordado em convenção processual, a consequência é a preclusão temporal; se a parte não comparece a audiência que havia sido designada em calendário processual, aplica-se-lhe a pena de confissão, e assim por diante.

Necessário ressaltar, nesse ponto, que o descumprimento pontual de alguma das disposições da convenção processual deve ser entendido como ato isolado, não invalidando ou cancelando eventuais outras determinações que não sejam daquela diretamente dependentes. Em outras palavras: se não for observado um prazo fixado em calendário, deve-se aplicar eventual consequência processual relativamente àquele ato, mas o restante da convenção se mantém íntegro, não havendo que se falar em cancelamento ou “vencimento antecipado” das demais disposições.

Em determinadas situações, ademais, referido descumprimento pode ser entendido como ato de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça – caso em que a

parte ofensora poderá vir a ser sancionada com as penas respectivas (multa e indenização – art. 80, CPC).

Quando o descumprimento provém do juiz, porém, a situação é outra.

Não há previsão de sanção processual, pecuniária ou mesmo correicional para o magistrado que deixa de cumprir os termos de determinada convenção que lhe foi submetida, independentemente de seu objeto – quer se refira a disposição ao prazo para sentença fixado em calendário ou às provas a que as partes haviam previamente restringido a instrução.

Cabe recurso e em tese a decisão deveria ser reformada. No entanto, não imediatamente²⁵⁷: a decisão que contraria os termos de convenção processual não desafia agravo de instrumento, devendo, por isso, ser impugnada em preliminar de apelação, a menos que possa, em razão da matéria a que está afeta, ser enquadrada em alguma das hipóteses do rol previsto no Código de Processo Civil (art. 1.015).

Essa escolha legislativa diminui sobremaneira os incentivos das partes para celebrar convenções processuais, e também a sua potencial eficácia: de que adianta recorrer em apelação do descumprimento de prazo para a prolação de sentença que, quando do recurso, já terá sido proferida, ou de as partes terem sido instadas a produzir prova que, naquele momento, já terá sido produzida?

Entretanto, não há como sustentar, apenas com base nisso, o cabimento de recurso contra eventual decisão interlocutória que desrespeite os termos de convenção processual. O tema será novamente abordado quando se tratar da função de aplicação das convenções processuais pelo juiz.

²⁵⁷ “Em regra, não se previu recurso contra a decisão interlocutória que nega validade ou eficácia ao negócio jurídico processual. A exceção concerne à decisão que se recusa a aplicar convenção arbitral, que é passível de agravo de instrumento (art. 1.015, III). Nos demais casos, caberá à parte interessada rediscutir a questão como preliminar de eventual apelação contra a sentença (art. 1.009 §§1º e 2º). Não é viável ampliar o elenco de hipóteses de recorribilidade da interlocutória. Havendo situação grave e urgente, que não possa aguardar eventual e futura apelação, o remédio será o emprego do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX; Lei 12.016/09, art. 5º, II, *a contrario sensu*). Se o pronunciamento negando validade ou eficácia à convenção processual constituir um capítulo da própria sentença, deverá também ser diretamente atacado mediante apelação – mesmo quando o negócio em questão for a convenção arbitral (art. 1099, §3º).” EDUARDO TALAMINI, *Um processo cit.*, p. 7.

SEGUNDA PARTE

Capítulo 3. ATUAÇÃO JUDICIAL NOS PROCESSOS REGIDOS POR CONVENÇÃO

Nem todas as funções que o julgador desempenha no processo são jurisdicionais, ou seja, não necessariamente se relacionam de maneira direta com o pronunciamento acerca do mérito do pedido posto à sua apreciação (ou a respectiva preparação)²⁵⁸: ele também determina a prática de atos, mesmo endoprocessuais, de natureza administrativa ou meramente ordinatória, como ordenar o cadastro dos patronos do advogado na parte no sistema informatizado de petições ou a renumeração de páginas do processo²⁵⁹ e atende às partes (pessoalmente ou mediante petições escritas) e com elas interage para impulsionar a marcha processual.

Não é, contudo, sobre estes tipos de atividade que se foca o presente estudo.

A ideia de que há, no processo, uma divisão de trabalho entre partes e juiz, embora esteja sendo revisitada por conta da possibilidade de celebração de negócios processuais (art. 190, CPC)²⁶⁰, não chega a ser nova, e, como já reconhecia BARBOSA MOREIRA na década de 1980, diz respeito a um problema central de política jurídica, pois

²⁵⁸ “Técnico-juridicamente falando, dirigir e governar o processo significa controlar e fiscalizar. A direção do processo divide-se, portanto, em controle e fiscalização. Cabendo ao juiz a direção do processo, compete-lhe controlar objetivamente e subjetivamente a relação processual, provendo com que esta se desenvolva regular e validamente. Surge, assim, o poder judicial de verificar a regularidade do processo e providenciar sua regularização no plano objetivo e subjetivo (...)”. VICENTE MIRANDA, *Poderes cit.*, p. 149.

²⁵⁹ Além dos deveres citados relativamente à direção e desenvolvimento do processo, ROQUE KOMATSU elenca ainda os seguintes: dever de supervisionar a atividade do serventuário, dever de atuar com serventuário, dever de efetuar o controle dos expedientes relativos ao cartório ou à secretaria; dever de declarar a caducidade da ação; e dever de controlar o recolhimento de custas e gastos – que, contudo, não serão tratados em detalhe por não serem de especial interesse para o objeto da tese. *Notas em torno dos deveres processuais dos juízes in* CARLOS ALBERTO DE SALLES (coord.), *As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 698-706.

²⁶⁰ Por exemplo: “Partes e juiz atuam, no processo, com interesses não confluentes. Há versões parciais (partes) e atividade imparcial (juiz) na mecânica do processo civil. Nessa estrutura de técnicas, deve haver equilíbrio de poder por parte dos demais. O processo, nessa medida, não pode ser ambiente de preponderância ou de protagonismo de apenas um desses sujeitos. A essa sistemática de distribuição de poder convencionou-se chamar de problema da divisão de trabalho entre juiz e partes no processo. Discutir a respeito das relações entre juiz e partes é perguntar-se acerca de qual cota de participação que deve ser possibilitada a cada sujeito no processo.” RAFAEL SIRANGELO DE ABREU, “*Customização processual compartilhada*”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC, *Revista de Processo*, 257:2016, p. 52.

reflete, em alguma medida, o pensamento político dominante em determinada época, conferindo-se ora mais poderes ao julgador, ora protagonismo maior às próprias partes²⁶¹.

A respeito, cabe apenas lembrar que, sob um viés democrático, é inconcebível processo que seja iniciado, instruído e julgado pelo juiz, não cabendo às partes mais que o papel de meras espectadoras. O contrário é igualmente fantasioso²⁶², e a realidade se situa em algum ponto entre esses dois extremos²⁶³, ora pendendo mais para o protagonismo do juiz, ora para o das partes²⁶⁴.

Não se ignora que o tema gera debates muito interessantes – como, por exemplo, a conveniência e mesmo necessidade de um julgador ativo diante da realidade brasileira de um número elevado de bacharéis que se formam em faculdades de direito anualmente²⁶⁵ em contraste com a sua insatisfatória capacidade técnica aferida pela baixa

²⁶¹ “Falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo sistema processual de chamado a definir-se: o problema da ‘divisão de trabalho’ entre o órgão judicial e as partes. Uma tradição cultivada ao longo de quase todo o século XIX confiava às partes, de preferência, a sorte do processo. Da vontade particular fazia-se depender não apenas a existência deste, mas, em larga medida, o seu desenvolvimento. Na própria fixação do itinerário e no ritmo da marcha influía, de maneira decisiva, o ânimo dos litigantes, reservado ao juiz o papel de observador distante e impassível da luta entre eles, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das `regras do jogo` e, no fim, proclamar o vencedor.” JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo* in *Temas de direito processual: quarta série*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 45.

²⁶² “As partes não têm, *a priori*, nenhum interesse em encontrar a verdade. O interesse delas é, sim, negociá-la em seu próprio benefício, ainda que isso represente um processo que se *arraste* por anos. E por essa razão, concordamos que não é por acaso que se diz que num processo inteiramente remetido à iniciativa das partes a verdade se transforma em um objetivo impossível de se alcançar.” Marcela Regina Pereira Câmara, *A contratualização* *cit.*, p. 396.

²⁶³ “Entre tais concepções, coloca-se a teoria do juiz-diretor. É a fórmula ideal. Sem os inconvenientes da concepção do juiz-espectador e sem os exageros da concepção do juiz-ditador. O justo meio-termo entre as duas. Nem espectador nem diretor.” VICENTE MIRANDA, *Poderes* *cit.*, p. 148.

²⁶⁴ “Uma das coordenadas que definem qualquer sistema judicial é a posição do juiz na dinâmica do processo. Não é concebível, à evidência, que se negue todo relevo ao órgão da jurisdição; mas pode variar, e de fato tem variado, a medida de sua importância. Ordenamentos há em que o personagem confiado ao juiz é, claramente, o protagonista; noutros lhe sobressai menos a atuação. Bem se compreende que, de uma a outra ponta do espectro, lhe sucedam inúmeros graus intermediários.” JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Reformas processuais e poderes do juiz* in *Temas de direito processual: oitava série*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 53.

²⁶⁵ De acordo com o censo da Educação Superior de 2016, divulgado pelo Ministério da Educação em 31.8.2017, em 2016, direito foi o curso com o maior número de matrículas (862.324) no país, sendo que, naquele ano, se formaram 107.909 bacharéis (10,5%), atrás apenas de pedagogia e administração. Dados disponíveis em http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2016/censo_superior_tabelas.pdf, acesso em 25.4.2018.

aprovação no exame para ingresso na Ordem dos Advogados do Brasil, mesmo considerando a possibilidade de “reaproveitamento” recentemente instituída²⁶⁶.

Conquanto instigante, porém, esta não é uma discussão propriamente processual – e, até por isso, não será aqui aprofundada.

Retomando o raciocínio anterior, dentro da ideia de divisão de trabalho no processo civil, há tarefas que normal e tendencialmente são atribuídas às partes – como, por exemplo, a iniciativa probatória: conhecendo o problema antes do ajuizamento da demanda, os sujeitos parciais tendem a saber quais são os meios de que dispõem para demonstrar suas posições e de que modo isso pode ser feito – e, apenas supletivamente, ao juiz.

E, no nosso sistema, as reformas que vinham sendo implantadas no Código de Processo Civil de 1973 antes de sua revogação caminhavam no sentido do aumento dos poderes do juiz²⁶⁷, em parte apoiadas na ideia da necessidade desse incremento para se obter uma justiça mais aderente à realidade nacional e com igualdade do ponto de vista substancial.

A cláusula geral de negócio processual vem na contramão dessa tendência, embora não seja suficiente para, por si, alterar o panorama de protagonismo judicial que ainda se verifica, por duas razões principais.

A primeira e mais evidente é que a possibilidade de convenções processuais é uma opção das partes (ou seja, não é obrigatória) cuja aplicação não é irrestrita; pelo contrário, é limitada por diversos fatores legais (capacidade das partes, direitos que admitem autocomposição e ausência de inserção abusiva em contrato de adesão) e extraprocessuais – notadamente a existência de um ambiente propício ao diálogo entre os litigantes, o interesse em realizá-lo, preparação dos advogados para atuar nas negociações, entre inúmeros outros.

²⁶⁶ Para ilustrar, veja-se que no mesmo ano de 2016, foram aprovados 25,2mil candidatos de um total de 115,3mil inscritos (ou seja, 22%) no 20º exame unificado da Ordem. Esses dados não correspondem à integralidade das aprovações de 2016, pois num mesmo ano são aplicados mais de um exame, mas não há notícia de discrepância em relação a resultados anteriores, conforme <https://www.conjur.com.br/dl/aprovacao-xx-exame-ordem.pdf>, acesso em 25.4.2018.

²⁶⁷ É o que relata JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI em *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, *passim*.

Em segundo lugar, apesar de ter concedido abertura para a autonomia da vontade das partes em relação aos negócios processuais, em diversos outros momentos o Código de Processo Civil atual mantém os poderes incrementais do juiz que haviam sido implementados nas reformas mencionadas ao longo das últimas décadas de vigência do diploma processual revogado, inclusive ampliando-os.

Nesse cenário, em síntese, não se vislumbra retorno ao privatismo, nem fortalecimento sistêmico do protagonismo das partes no processo civil em razão da existência da cláusula de negócio processual²⁶⁸.

Diferentemente, vê-se apenas uma válvula de escape²⁶⁹ para que, nas situações em que é evidente que postura ativa do juiz seria desnecessária – por não haver desequilíbrio entre as partes ou má representação de uma delas, nem discrepância financeira ou informacional entre ambas, ou tampouco discussão sobre direitos sensíveis ao Estado – elas tenham autonomia para customizar o procedimento e adequá-lo às suas necessidades, sem que isso represente amesquinamento do papel do julgador²⁷⁰.

²⁶⁸ “De fato, uma simples comparação entre as aberturas dadas para esse tipo de negócio no CPC de 1973 e no CPC de 2015 deixa claro que as regras atuais são muito mais amplas do que as anteriores. Não são claras as razões dessa tendência, mas seria ingênuo imaginar que o Estado tenha resolvido prestigiar a autonomia da vontade dos litigantes no âmbito processual. O mais provável é que, reconhecendo sua incapacidade de gerir o processo civil, especialmente num cenário de forte congestionamento de processos nos tribunais, o Estado tenha resolvido ceder espaço nessa administração para que as partes possam participar e, portanto dividir com ele o ônus da gestão de fases e atos importantes do processo.” MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI, *Estudo cit.*, p. 140.

²⁶⁹ “[O]s limites de atuação do juiz no processo devem ser pensados à luz do todo principiológico que, a partir da Constituição, estrutura o modo-de-ser do processo civil no Estado Democrático de Direito, sendo que, dentre esses princípios, insere-se o princípio da autonomia privada, o qual confere às partes não somente a possibilidade de, pelo exercício de direitos, faculdades e poderes, processuais, limitar a atuação do juiz, mas, também, o poder de dar a si um ordenamento, o que, no âmbito do processo, significa que a autodeterminação das partes lhes confere o poder de influir na estruturação do próprio procedimento.” IGOR RAATZ, *Autonomia privada e processo civil – negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, Salvador, Juspodium, 2016, pp. 190-191.

²⁷⁰ Embora tratando do contexto oposto, de incremento dos poderes do juiz no final da década de 1980, leciona BARBOSA MOREIRA em trecho cujo raciocínio se aplica perfeitamente: “Nem há que temer que o progresso nessa direção redunde em amesquinamento do papel da partes, como se se tratasse de uma espécie de gangorra, em que à subida de um lado corresponde por força a descida do outro. Com atuar de modo mais intenso não estará o órgão judicial, necessariamente, relegando os litigantes a posição passiva. Não se trata, é evidentiíssimo, de competição ou disputa, em que cada participante se tenha de preocupar em passar à frente do outro e em evitar que o outro lhe passe à frente. Ninguém preconiza o absurdo de cercear-se a iniciativa das partes, para deixar-se tudo, ou quase tudo, por conta do juiz. Como já tivemos ocasião de dizer alhures, o lema do processo ‘social’ não é o da contraposição entre juiz e partes, e menos ainda o da *opressão* destas por aquele: apenas pode ser o da *colaboração* entre um e outras.” *Os poderes do juiz cit.*, p. 50 (destaques do original).

É nesse contexto, aliás, de análise da divisão de trabalho entre os sujeitos processuais, que se devem entender as alusões à cooperação entre juiz e partes²⁷¹: novamente, e com o perdão da repetitividade, não se trata de invocar imagens de amizade, com juiz e partes se divertindo com o processo enquanto bebericam chá. Diferentemente, trata-se de entender que, apesar de os objetivos imediatos das partes serem conflitantes (o autor pretende a procedência e o réu o contrário), todos os sujeitos processuais devem ter por meta mediata o fim do processo, no caso do juiz preocupando-se que seja qualificado pelos escopos da jurisdição²⁷².

Reitera-se: o sistema impõe que todos que atuam no processo diligenciem para que ele possa seguir seu curso sem perturbações desnecessárias – o que pode incluir, quando viável e conveniente, a celebração de convenções processuais – e a isso se resume a cooperação, que não deve ser confundida com comportamento altruísta.

²⁷¹ “(...) há uma conformação equilibrada da divisão de trabalho entre juiz e partes, estruturando-se um processo que respeita os espaços de autodeterminação das partes, mas outorga ao juiz poderes de direção e iniciativa supletivos com vistas a dar efetiva e adequada tutela aos direitos. A asseguarção desses espaços de autodeterminação (como reflexo da preocupação do legislador processual com a liberdade) demonstra sistematização de um processo no qual a atividade do juiz é paritária no diálogo (um ambiente de participação equilibrada dos sujeitos parciais e imparciais do processo).” RAFAEL SIRANGELO DE ABREU, “*Customização (...)*” *cit.*, p. 60.

²⁷² “Tanto o juiz quanto as partes têm interesse na solução da demanda, porém somente ao juiz interessa uma solução justa. Aos litigantes, ao contrário, interessa um resultado favorável aos seus interesses, pouco importando se estarão adequados à ordem jurídica justa.” MARCELA REGINA PEREIRA CÂMARA, *A contratualização do processo civil?*, Revista de Processo, 194:2011, p. 396.

3.1. PRIMEIRA FUNÇÃO DO JUIZ: FOMENTO

Nos capítulos precedentes, expôs-se a ideia de que as convenções processuais se aproximam da convenção de arbitragem, em síntese por permitirem a definição conjunta do procedimento e das posições jurídicas das partes com fundamento na autonomia da vontade.

Essa não é, contudo, a única aproximação possível. Embora evidentemente não se confundam com o instituto da transação, certo que os negócios jurídicos processuais são figuras a ela semelhantes do ponto de vista da conciliação: mais do que a simples autonomia da vontade das partes autorizada pelo sistema, é necessário haver um acordo de vontades tanto para um quanto para outros.

Possível, assim, transpor as motivações que as partes teriam para conciliar em nível material para o campo dos negócios processuais. Não por coincidência, aliás, e corroborando o raciocínio desenvolvido no capítulo 1, pesquisa empírica realizada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul apurou que as razões para as partes chegarem a composição endoprocessual sobre o direito material em discussão são as mesmas que levam as partes a cooperarem fora do processo: segundo as partes, conciliar dá abertura para priorizar outros interesses, abrevia a morosidade judicial e pode ser menos custoso do que aguardar a decisão judicial²⁷³.

O relatório ainda menciona que, especificamente em relação às pessoas jurídicas, fatores que já foram destacados quando se mencionou os contratos de colaboração (como o sopesamento da manutenção de relacionamento a longo prazo e a sombra do futuro, por exemplo), o que novamente evidencia que grosso modo a

²⁷³ “Há duas facetas que, na manifestação dos entrevistados, concorrem para que haja acordos. De um lado, as pessoas querem resolver o quanto antes o conflito para poderem dedicar-se a outras questões ou interesses. De outro, divisam no acordo uma forma de abreviar o tempo e assim superar o que consideram morosidade da justiça. A isso podem juntar-se cálculos concretos como o montante das custas ou o risco assumido. Outra interessante argumentação decorre da comparação entre o custo por acúmulo de correção monetária mais juros do montante a pagar quando comparado com a alternativa de postergar o pagamento e investir o respectivo recurso no mercado financeiro ou lugar comparável: juros e correção superam em muito as possibilidades realistas de ganho com investimentos no mercado.” HERMÍLIO PEREIRA DOS SANTOS FILHO *et alli*, *Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2011, pp. 7-8.

cooperação é fenômeno extraprocessual que pode se projetar para dentro do processo, notadamente a manutenção do relacionamento duradouro entre as partes²⁷⁴.

Os benefícios decorrentes da conciliação judicial também se aplicam, guardadas as devidas proporções, aos negócios processuais: trata-se de meio de identificar o ponto nodal da controvérsia, direcionando os esforços das partes e do julgador para solucioná-lo da maneira mais rápida e menos custosa possível²⁷⁵.

Por isso, e da mesma forma que ao juiz incumbe promover a conciliação quanto ao mérito da demanda, verificando que se trata de processo que admitiria negócio processual, deve propô-lo às partes e diligenciar para que venha a ser realizado, com seus melhores esforços²⁷⁶.

Já se afirmou em momento anterior que, em teoria, o momento mais propício para a celebração das convenções processuais seria o da própria concretização do

²⁷⁴ “Na perspectiva dos representantes das pessoas jurídicas o leque de possibilidades que motivam para a busca de acordos é mais amplo e, ao mesmo tempo, mais complexo. Todas as indicações referidas pelas pessoas físicas estão presentes em maior ou menor intensidade também para as pessoas jurídicas. A isso se acrescem cálculos de mais longo prazo, como a importância do relacionamento com aquela empresa, com aquele cliente: pode ser mais vantajoso aprofundar os negócios com ele do que ganhar o valor em questão no momento. São mencionadas situações de empresas que não se relacionam com aquelas empresas que movem processos contra elas. Ademais, quando a outra parte é um órgão governamental, a possibilidade de beneficiar-se de algum programa de refinanciamento de débitos pode ser mais vantajosa que a disputa judicial.” *Diagnóstico cit.*, p. 9.

²⁷⁵ “Ao encaminhar as partes e o Magistrado para a diminuição do espectro do litígio, limitando-o – o quanto possível – ao ponto central da discórdia, o legislador quer ver facilitado o encontro da solução pontual mais eficaz para a lide, com vistas a proporcionar a solução adequada do processo, abreviar ao máximo o desgaste das partes, limitar o custo do processo e possibilitar o desate da resistência das partes em tempo breve.” ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Fatos processuais cit.*, p. 266.

²⁷⁶ “O juiz passa a ter um novo perfil funcional: não é mais a autoridade que se presta unicamente a *dizer* o direito: é a autoridade que – com atuação conciliadora – se volta para recepcionar as partes, em seus lédimos anseios, para que elas possam ajuda-lo a dizer o direito, conformado para a experiência daquele momento jurídico singular da experiência de cada um dos litigantes. Doravante as partes – no processo civil em geral, assumem um papel de interlocução mais próxima do juiz, não como *antagonistas* que aguardam decisão, mais como *protagonistas* que constroem a decisão. O juiz, de sua parte, deixa de exercer a autoridade como uma dádiva ao súdito, mas permite que as partes o ajudem na tarefa de escolher a solução e dá-la, na dose devida, aos pacientes.” ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Fatos processuais cit.*, p. 266.

contrato²⁷⁷, quando as partes operam sob um “véu de ignorância” e não existe a perspectiva de um litígio concreto a determinar-lhes os comportamentos²⁷⁸.

Isso, porém, pode não ser verdade em todas as situações. Por vezes, a própria negociação relativa ao contrato principal pode já ter representado desgaste tão significativo para as partes que elas entenderam ser contraproducente ou mesmo arriscado para a continuidade de suas relações antecipar providências relativas a eventual litígio; ou pode ser que houvesse prazo exíguo a cumprir para viabilizar obrigações perante terceiros, que impossibilitou disciplina atinente à resolução de conflitos.

Ademais, a mera atividade de antecipar eventuais regras e providências em caso de conflito tem um custo próprio, como já se mencionou, o qual pode não ter sido provisionado ou contemplado no momento da negociação.

As possibilidades, neste campo, são inúmeras, e não cabe ao juiz tentar compreendê-las, nem simplesmente assumir que os contratantes teriam celebrado negócios processuais se assim desejassem²⁷⁹ – até porque não se pode ignorar o problema da desconfiança de parte a parte relativamente às convenções processuais, ao menos nesse momento inicial de vigência do Código de Processo Civil atual²⁸⁰.

²⁷⁷ “(...) the range and benefits of possible procedural agreements at the pre-dispute stage is much larger than the respective range and benefits of agreements made after the dispute emerges uncertainty about future contingencies renders many procedural arrangements possible *ex ante*, whereas certainty at the post-dispute stage prevents these arrangements from materializing. Under pre-dispute state of uncertainty both parties view each other on symmetric grounds. As gains and losses cancel out, the parties can realize net savings in litigation costs.” DAPHNA KAPELIUK, ALON KLEMENT, *Contractualizing cit.*, p. 19.

²⁷⁸ “To be sure, agreement can be more difficult to reach after a dispute materializes. In the *ex ante* world, both parties are uncertain about the kind of suit they will face and what position (plaintiff or defendant) they will occupy. As a result, they take expectations over all future states of the world, and if the benefits and burdens cancel out in expectation, the parties have incentives to make a procedural choice that reduces joint litigation costs.” ROBERT G. BONE, *Party rulemaking cit.*, p. 1340. E ressalva: “However, the informational differences between *ex ante* and *ex post* are not as stark as some commentators assume. The *ex ante* world is not a Wawllsian veil of ignorance, and the *ex post* world is not a state of complete information. Parties in the *ex ante* position are often able to predict salient characteristics of future litigation. (...) Moreover, uncertainty exists in the *ex post* world as well as the *ex ante*. For example, parties early in a lawsuit are likely to be uncertain about the fruits of discovery or the prospect of success on a later summary judgment motion” (p. 1341).

²⁷⁹ Como foi feito nos autos do processo nº 1009826-69.2018.8.26.0562, em trâmite perante a 4ª Vara Cível da Comarca de Santos, do qual se extrai a seguinte decisão: “A litigiosidade da causa nasce do próprio ajuizamento da demanda. As partes podem buscar a conciliação fora do processo. A designação da audiência do artigo 334, do CPC, não se revela eficaz e viola o princípio da razoável duração do processo. DEIXO DE DESIGNAR A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA”.

²⁸⁰ “Em certa medida, o profissional que toma a iniciativa de procurar outro para propor um determinado negócio processual para ter mais chances de ser recebido com desconfiança do que propriamente como

Seja como for, ainda que as condições sejam menos favoráveis (pois já há conflito e, via de consequência, alguma animosidade entre as partes), e os benefícios potenciais sejam menores (está excluída, por exemplo, a possibilidade de convenção antecedente vir a evitar o ajuizamento do processo), ainda há vantagens para as partes na celebração de convenção processual.

Isso porque, mesmo nas situações em que seria possível convenção antecedente, existe certo nível de clareza a respeito da disputa entre as partes que somente é possível depois que ela já surgiu, e que os litigantes assumiram suas posições na conformação da demanda. Sabendo quem é autor e quem é réu, os contratantes podem estimar com maior precisão se os ganhos que poderiam obter com a celebração de convenção processual são superiores aos respectivos custos – justificando, até de maneira mais precisa, sua opção por realizá-la ou não²⁸¹.

Outrossim, não se pode olvidar que existem tipos de processos que se originam de situações nas quais as partes não tinham qualquer relação (contratual ou não) anteriormente ao surgimento do conflito, como é o caso das ações de indenização por responsabilidade civil (por exemplo, acidente de trânsito entre dois veículos de passeio particulares ou danos causados por animais ou queda de objetos).

Há ainda um segundo tipo de ações que se origina de contratos verbais ou extremamente simplificados, como aqueles que decorrem da compra e venda de produtos de consumo (por exemplo, indenização por inseto encontrado no interior de garrafa de

alguém que deseja compartilhar a administração do processo ou como alguém que deseja algum tipo de ‘colaboração’ em termos de festão processual. No caso dos advogados públicos, a barreira parece ser ainda maior, dado o temor de que esses negócios jurídicos processuais venham a ser mal interpretados pelo Ministério Público e pelo Tribunal de contas, isso para não falar nas corregedorias e até mesmo numa eventual ação popular.” MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI, *Estudo cit.*, p. 141.

Quanto a esse ponto, registra-se apenas que, em 8.2.2018, foi publicada no Diário Oficial da União a portaria nº 33/2018 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de cujo art. 38 consta: “O Procurador da Fazenda Nacional poderá celebrar Negócio Jurídico Processual visando a recuperação dos débitos em tempo razoável ou obtenção de garantias em dinheiro, isoladamente ou em conjunto com bens idôneos a serem substituídos em prazo determinado, inclusive mediante penhora de faturamento, observado o procedimento disposto no regulamento expedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional” (p. 38).

²⁸¹ “(...) after a lawsuit is filed the litigants negotiate procedural arrangements in the shadow of default procedural rules and their effect on the anticipated outcome. At this stage, the litigants, having assumed their respective roles as plaintiff and defendant, can estimate the effect of any procedural arrangement on the proceedings and on the outcome of litigation, both in terms of costs and in terms of the anticipated court decision. A litigant will agree to modify a procedural rule only if his expected benefits from the modification are higher than his expected costs, that is, if his net payoff is positive. This net payoff depends on two factors: the difference in the expected outcome, and the difference between the expected costs with the procedural modification and without it.” DAPHNA KAPELIUK, ALON KLEMENT, *Contractualizing cit.*, p. 43.

refrigerante), ou de contratos de transporte de passageiros (por exemplo, indenização por danos decorrentes de acidente sofrido na condição de passageiro de ônibus). Nessas circunstâncias, ainda que a vítima possa ser enquadrada na categoria de consumidor, dificilmente se pode falar em inserção abusiva em contrato de adesão, pois não há propriamente um instrumento escrito regendo a relação entre as partes.

Tanto numa como noutra situações, pode-se afirmar que as partes não tiveram oportunidade de negociar num ambiente neutro, isto é, sem a sombra do conflito a lhes influenciar as condutas. Justamente por isso – a aproximação em juízo poderá ser a primeira oportunidade das partes para efetivamente debaterem eventuais mudanças no procedimento que pretendam adotar –, não se pode subestimar a importância da função de fomento das convenções processuais, mesmo após o ajuizamento de processo.

Antes de prosseguir, registra-se apenas que, na arbitragem, o árbitro não exerce função de fomento inicial (ou seja, ele não tem como buscar aproximar as partes para firmarem compromisso arbitral), já que o procedimento se inicia com a aceitação de sua nomeação. Porém, ele pode (ou eles, se forem vários), “constar, no termo de arbitragem, as diretrizes acordadas entre as partes para condução e desenvolvimento da arbitragem, em uma verdadeira modelagem do processo arbitral”²⁸² – essas sim fomentadas pelo painel.

3.1.1. Segue: convenções processuais como mecanismo adequado de flexibilização do procedimento nos processos que as admitem

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973), defendia-se a possibilidade de flexibilização procedimental judicial, ainda que “em caráter absolutamente excepcional”²⁸³, mediante a aplicação do princípio da adaptabilidade ou da

²⁸² CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Calendário processual cit.*, p. 122.

²⁸³ FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização Procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 139.

elasticidade procedimental, consistente na “atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atender às peculiaridades da causa”²⁸⁴.

Como bem sintetizaram FERNANDO GAJARDONI e MAURÍCIO BEARZOTTI DE SOUZA, manifestando-se já na vigência do Código de Processo Civil atual, “o CPC/2015 trabalha concomitantemente com os quatro modelos de flexibilização procedimental”²⁸⁵, pois existe a previsão de tramitações processuais alternativas (flexibilização legal alternativa), tendo-se previsto, também, a flexibilização legal genérica do procedimento (na medida em que se permite ao juiz ampliar prazos e inverter ordem de produção de provas, apenas – art. 139, VI, CPC).

A possibilidade genérica de celebração de convenções processuais representa o terceiro modelo, da flexibilização legal voluntária - que antes se verificava, por exemplo, na arbitragem –, e o quarto, segundo os autores, é o da flexibilização judicial do procedimento, que, da mesma forma que ocorria no Código de Processo Civil revogado, não está positivado, sendo norma implícita que se extrairia da análise sistêmica do Código²⁸⁶.

Não é o caso de maior aprofundamento a respeito deste ponto, bastando, para os fins da presente tese, que se compreenda que, se, antes, se reconhecia ao magistrado poderes (ainda que em situações restritas) para a adequação do procedimento ao direito material²⁸⁷ porque inexistente disposição legal expressa a respeito (tratando-se, portanto, de norma que se extraía do conjunto sistêmico do Código de Processo Civil revogado), atualmente, diante da possibilidade de as partes celebrarem convenções

²⁸⁴ FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização cit.*, p. 135.

²⁸⁵ *Os princípios da adequação, da adaptabilidade de flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC*, Revista TST, 82:2016, p. 177.

²⁸⁶ “(...) avançou-se profundamente no tocante à flexibilização legal voluntária, autorizando as partes maiores e capazes a, genericamente, alterar os procedimentos (e até seus poderes, deveres, ônus e obrigações) nas causas que admitem autocomposição. Por fim, como não podia deixar mesmo de sê-lo, o modelo do CPC/2015 (tanto quanto o do CPC/1973), mesmo à míngua de previsão legal expressa, admite a flexibilização judicial do procedimento.” *Os princípios cit.*, p. 178.

²⁸⁷ “Em síntese: adequa-se o processo ao seu objeto tanto no plano pré-jurídico, legislativo, abstrato, com a construção de procedimentos compatíveis com o direito material, como no plano do caso concreto, processual, permitindo-se ao magistrado, dê que previamente (em homenagem ao princípio da tipicidade), alterar o procedimento conforme às exigências da causa.” FREDIE DIDIER JR., *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*, disponível em http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf, acesso em 5.6.2018, p. 13.

processuais (arts. 190, principalmente, e 191, CPC), nos processos em que cabíveis, elas são o mecanismo adequado para essas alterações²⁸⁸.

Melhor explicando, nos processos em que se admite convenções processuais, há incremento dos poderes das partes para adaptar o procedimento ou as suas próprias situações jurídicas (ônus, deveres, faculdades, poderes) ao conflito de direito material; em contrapartida, observa-se diminuição dos poderes do juiz, de tal sorte que, nesses processos, se entender que é o caso de flexibilização, o julgador deve instar as partes a promovê-la pela via negocial, não estando ele próprio autorizado pelo sistema a procedê-la.

É o que decorre de interpretação teleológica conjunta dos artigos 139 e 190 do Código de Processo Civil: se há regra expressa aplicável a determinada situação, afasta-se eventual norma implícita cuja existência se deva assumir ela própria a partir de processo interpretativo, como modo de resguardar a segurança jurídica e a previsibilidade do procedimento²⁸⁹.

²⁸⁸ "Sendo assim, se o novo CPC não chegou a conferir ao juiz tamanha amplitude de poderes tais como as supracitadas propostas contidas no seu projeto original, por outro lado, em consonância com a adoção de inovadora postura de flexibilização do procedimento, transferiu às partes consideráveis poderes, como quando, no seu art. 189 (sic), permite que as mesmas, sob controle do juiz e versando a causa sobre direitos que admitam a autocomposição, estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, convencionando sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, somente podendo o juiz recusar-lhes a aplicação nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação e vulnerabilidade." ROBERTO SAMPAIO CONTREIRAS DE ALMEIDA *in* TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et alli* (coords.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 455.

²⁸⁹ A advertência é dos próprios FERNANDO GAJARDONI e MAURÍCIO BEARZOTTI DE SOUZA: "Obviamente, algum critério, ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual (art. 139, VI, do CPC/2015 ou a flexibilização judicial do procedimento), sob pena de tornarmos nosso sistema imprevisível e inseguro, com as partes e o juiz não sabendo para onde o processo vai nem quando ele vai acabar". *Os princípios cit.*, p. 179.

3.1.2. Segue: incentivo à composição material e processual

O Código de Processo Civil prevê a criação de centros de solução consensual de conflitos nos quais serão realizadas as audiências de conciliação e mediação previstas na mesma lei, além de desenvolvidos “programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (art. 165, CPC).

Neles, as atividades de mediação e conciliação serão desenvolvidas por conciliadores (art. 165, §2º, CPC) ou mediadores (art. 165, §3º, CPC), com capacitação própria, inscritos em cadastro nacional e dos tribunais de profissionais habilitados (art. 167, *caput*, §1º, CPC).

De maneira complementar, e sem prejuízo da realização de audiência(s) de mediação e conciliação nos centros de solução consensual de disputas, prevê-se também que, aberta a audiência de instrução e julgamento, “o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem” (art. 359, CPC).

Trata-se, em princípio, de imperativo de conduta que não está sujeito a juízo de vontade ou conveniência do julgador²⁹⁰, ainda que não se ignorem as desvantagens de a conciliação vir a ser promovida pela mesma pessoa que potencialmente julgará o litígio, e não por um profissional que atua no processo exclusivamente para este fim.

Cabe, portanto, ao juiz buscar a aproximação das partes, de maneira imparcial, incentivando a comunicação entre as partes com o objetivo de chegar ao consenso. Não basta, para esse fim, apenas questionar as partes se houve acordo, não cabe tampouco ao julgador intimidar as partes ou pressioná-las para obter conciliação, prejudicar o caso (comprometendo sua imparcialidade), nem, por fim, “forçar” o acordo²⁹¹.

²⁹⁰ "Instalada a audiência, a primeira providência que deverá ser tomada pelo magistrado é a de tentar uma composição entre as partes, pois, como se disse anteriormente, o nosso sistema privilegia uma solução amigável em prevalência a uma solução mediante a força, representada pela sentença judicial." OLAVO DE OLIVEIRA NETO in CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 218.

²⁹¹ São as diretrizes de FERNANDA TARTUCE SILVA, *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar* in CARLOS ALBERTO DE SALLES, MARCO ANTÔNIO GARCIA LOPES LORENCINI, PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA

E, se deve agir assim no plano do direito material (ou seja, visando a solucionar o conflito intersubjetivo de justiça – que não se confunde com o método de trabalho destinado a resolvê-lo²⁹²), deve fazê-lo também em relação ao direito processual.

Melhor explicando, em razão da existência em nosso sistema processual de normas genérica (“A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes (...)” – art. 3º, §3º, CPC) e específica (art. 359, CPC, já mencionado) que determinam que o juiz estimule a conciliação sem qualquer ressalva, deve-se entender que esse dever se estende também à composição necessária para que se chegue ao acordo de vontades que embasa as convenções processuais.

Disso resulta que, estando diante de processo em que verifica ser em tese possível a celebração de convenções processuais, o juiz deve atuar como conciliador em audiência também para o respectivo fomento, uma vez verificada a impossibilidade de obter acordo para pôr fim ao processo como um todo, atentando-se para a circunstância de que os negócios processuais podem ser importante ferramenta para a manutenção de relacionamento duradouro entre as partes, como já se explicou²⁹³.

(coords.), *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*, São Paulo, Método, 2012, pp. 167/175.

²⁹² “(...) não há correspondência necessária entre conflito e disputa processual, quer sob o ângulo temático, quer mesmo sob o subjetivo. No caso do processo penal, vale ressaltar, até mesmo as partes da ação penal (promotor e réu) não são as mesmas da relação em que o conflito ocorreu. E não há correspondência necessária entre conflito e disputa processual pelo singelo motivo de que não há coincidência fenomênica entre eles. Conflito e processo são fenômenos de predicacões distintas, ainda que se reconheça que o processo judicial foi originariamente criado com a ambição de ser o continente do conflito.” ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JR., *Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito*, Revista do Advogado, 123:2014, p. 12. E prossegue, tratando dos conflitos que comportam mediação ou conciliação: “Nos conflitos intersubjetivos de justiça, assim como nas disputas, estão presentes: 1) dois ou mais sujeitos; 2) duas ou mais possibilidades de decisão alocativa – ou seja: um problema alocativo; 3) dois ou mais comportamentos orientados em sentido contraposto. Em quarto lugar, diversamente do que ocorre nas disputas, nos conflitos intersubjetivos de justiça contrastam-se necessariamente duas ou mais apropriações morais sobre a mais justa hipótese de decisão alocativa.” Sobre a relevância cit., p. 15.

²⁹³ A respeito, pertinentes as observações de MAURO CAPPELLETTI: “há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de 'segunda classe' são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso. A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí, a justiça conciliatória, ou - conforme se lhe poderia chamar - a 'justiça reparadora' tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela; isso, além do fato de que tal procedimento costuma ser mais acessível, mais rápido e informal, menos dispendioso, e os próprios julgadores podem ter melhor conhecimento do ambiente em que o episódio surgiu e mostrar-se mais capazes e mais desejosos de compreender o drama das partes.” *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*, Revista de Processo, 74:1994, p. 90.

Evidentemente, a tarefa exige sensibilidade²⁹⁴ e treinamento que, por vezes, falta aos magistrados, cuja atuação se foca principalmente em instruir e julgar do que no estudo de técnicas de aproximação das partes. A despeito disso, como já se mencionou, a tentativa de conciliação é uma das funções a ser desempenhada pelo julgador, tanto no plano material como processual.

Diferentemente do que ocorre na conciliação relativa ao direito material²⁹⁵, a iniciativa do juiz na sugestão de que as partes celebrem convenções processuais não só contribui para evitar ambiente de desconfiança entre as partes (mencionado no tópico anterior), como também serve para evitar potenciais defeitos na formação do negócio jurídico²⁹⁶ e aprimorar a experiência do juízo.

Esse, aliás, é um aspecto importante da função de fomento às convenções processuais que se atribui ao juiz (mas que, de um modo geral, se aplica a todos os sujeitos processuais, inclusive o Ministério Público quando tiver que atuar): a observação crítica dos resultados obtidos com convenções processuais em processos anteriores é ferramenta valiosa de aperfeiçoamento da técnica, e o julgador se encontra em posição evidentemente privilegiada para realizá-la.

²⁹⁴ BRUNO TAKAHASHI sugere que, em determinadas situações, o conciliador poderia se reunir individualmente com as partes “se perceber que as partes, ainda que desprovidas as informações, podem obtê-las a partir de uma maior reflexão ou da busca de outros profissionais”. *Dilemas éticos de um conciliador*, Revista do Advogado, 123:2014, p. 65. JUDITH RESNIK, embora no contexto norte-americano, questiona essa abordagem tratando especificamente da hipótese em que o juiz propõe negócio processual para as partes: “If judges participate, how they are to behave is at issue. Do the norms of judicial behavior, such as prohibitions on discussions outside the hearing of opponents and proceedings in open court and on the record – all developed in the context of adjudication – apply? For example, should all parties (in person and/or through lawyers) be present whenever a judge is involved? Reflecting general attitudes against ex parte communications, some judges do not negotiate individually with parties unless the parties agree otherwise. (Whether, in the midst of a discussion, a lawyer is well-advised to reject a judge’s offer to talk separately with either side is another question.) In contrast, some districts have local rules specifically licensing judges to meet ‘jointly or individually’ with opponents, with and sometimes without their lawyers.” *Procedure as contract*, Notre Dame Law Review, 80:2005, disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/bol80/iss2/6>, acesso em 2.6.2018, p. 642.

²⁹⁵ Conforme BRUNO TAKAHASHI, “(...) mesmo na conciliação, a sugestão de opções, ainda que possível, deve ser o último caminho a ser percorrido. Afinal, sugerir opções pode ser visto como um comprometimento da imparcialidade não apenas na mediação. Além disso, pode ser visto como a perpetuação de um traço adversarial (ligado à ‘cultura da sentença’) que se pretende evitar. Na medida do possível, deve-se buscar a concretização de todos os princípios no grau máximo permitido pelo caso. Desse modo, desde o início, o conciliador deve deixar claro para as partes que pode sugerir opções, nem sempre precisa valer-se dessa faculdade. Dentro da linha de raciocínio adotada, a partir do caso concreto, o conciliador deve adequar sua atuação conforme o conflito for sendo delineado.” *Dilemas éticos cit.*, 123:2014, p. 65.

²⁹⁶ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções cit.*, p. 257.

Ele pode, melhor do ninguém, testar o que funciona tanto num nível teórico (por exemplo, concedendo às partes a possibilidade de apresentarem suas alegações apenas oralmente, sendo posteriormente reduzidas a termo, após submissão de simples petição sem os requisitos de inicial para deflagrar o processo) quanto prático do ponto de vista das peculiaridades de sua comarca e das limitações físicas do espaço que ele deve administrar (por exemplo, colheita de material genético na sede do fórum, onde for tecnicamente possível, na mesma data da audiência, para ações de investigação de paternidade, de modo a evitar a necessidade de novo deslocamento e perda de diárias de trabalho pelas partes).

Nesse sentido, e à medida em que vai avançando o tempo e aumentando a bagagem do juiz, inclui-se no seu trabalho de incentivar as convenções processuais aconselhar as partes sobre o que, em sua visão, funciona, e o que não funciona, explicando-lhes os motivos respectivos e direcionando – sem evidentemente tolher-lhes a liberdade – a celebração de negócios processuais para sua maior eficiência²⁹⁷.

Além disso, esse olhar crítico e dinâmico tem ainda a vantagem incremental importantíssima de, sem interferir na liberdade das partes nem retirar-lhes possibilidade que lhes foi concedida por lei, promover transparência e alguma publicidade à construção das normas aplicáveis aos processos regidos por negócios processuais – característica muito valorizada no processo ordinário de promulgação de leis que não encontra paralelo no das convenções processuais²⁹⁸, a despeito do inegável caráter político das normas processuais²⁹⁹.

²⁹⁷ “The experience of arbitration agreements is informative in this regard. In theory, every party wishing to include an arbitration agreement can sit down and negotiate the precise terms of every aspect of the arbitration that is to follow what most do, instead, is incorporate by reference an existing set of publicly-available arbitration rules, with perhaps a few modifications or details relevant to their particular dispute. I would expect that, with experience, the choice to customize a litigation procedure would present only marginal transaction costs because of the availability of information about what previous litigants have chosen to customize.” MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation cit.*, pp. 21-22.

²⁹⁸ A crítica é de KEVIN E. DAVIS e HELEN HERSHKOFF, para quem “democratic institutions, including courts, ought to be preferred sites for effecting changes in law and public policy. This is not to ignore the lessons of ‘new governance’ theory or popular constitutionalism, both of which credit private actors with an important lawmaking function. However, when power to make or to change policy is in the hands of private individuals, care must be taken to ensure transparency, participation, and the possibility for informed disagreement. The practice of contract procedure lacks these qualities. By effect, it permits unelected and unaccountable contract drafters to reshape a function that reasonably is regarded as a core governmental function, and it does so, we argue, in ways that can be expected to suppress popular input and to inhibit alternative points of view.” *Contracting for procedure cit.*, pp. 514-515.

²⁹⁹ “Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro é que a história, a sociologia e a política hão de parar às portas da experiência processual, entendida como

Nessa linha de raciocínio, o momento atual (de vigência inicial do dispositivo que permite genericamente a celebração de convenções processuais), para além da adaptação inerente a toda mudança legislativa, poderia também ser considerado peculiar por representar época de testes e criação de modelos (ou protocolos, ou formulários, ou regulamentos) que poderão, com o tempo, vir a referenciar algumas das negociações processuais que seguirão, viabilizando sua adoção até por partes menos favorecidas economicamente.

Por fim, entende-se que se inclui na função de fomento do juiz, ao analisar eventual convenção processual que lhe tenha sido submetida, verificar se ela é adequada para os objetivos que as partes desejam com ela atingir. Caso não seja, compete-lhe o dever incremental de propor alterações para alcançar os propósitos das partes quando possível.

Se determinado negócio jurídico processual for de todo imprestável, porém, o julgador deve indeferir os atos nele previstos com fundamento em seu dever de velar pela razoável duração do processo (art. 139, II, CPC), já que a prática de atos desnecessários logicamente alonga de maneira desarrazoada a tramitação do feito.

Porque não se trata de controle de validade – do qual se tratará adiante –, o juiz não pode simplesmente negar eficácia à convenção (art. 190, parágrafo único, CPC), nem (muito menos) realizar ele próprio as alterações que entende pertinentes, vez que o fundamento próprio das convenções processuais é a autonomia de vontade.

Impossível negar a enorme importância que os juízes e tribunais poderão ter nesse processo, referendando boas práticas e coibindo as más, de modo a – novamente – popularizar o mecanismo e também conferir publicidade aos casos de sucesso.

fenômeno jurídico. Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade, em um determinado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno ‘processo’ e de seus princípios.” ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975, pp. 5-6.

3.1.3. A crítica do assoberbamento

As considerações do tópico anterior e também as do próximo são especialmente suscetíveis à crítica segundo a qual, por melhores que sejam as intenções do magistrado, ele será impedido de promover a conciliação entre as partes – quer no plano material ou processual – ou de estudar sobre negócios processuais, ou de qualquer maneira atuar ativamente no fomento das convenções processuais em razão do conhecidamente imenso volume de trabalho a que está sujeito³⁰⁰.

Essa oposição se assenta, sinteticamente, na ideia de que, para cada juízo cível, no cenário atual, há uma quantidade tão elevada de processos que a busca de formas de melhorar a qualidade da prestação ou da experiência jurisdicional passa longe de ser prioridade, é utopia.

O argumento – que em princípio decorreria da observação prática independentemente de embasamento em dados estatísticos – é, contudo, corroborado, por exemplo, pela análise da taxa de congestionamento dos tribunais³⁰¹, publicada anualmente no relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça – que, em sua edição mais recente, indicou que “[e]m toda a série histórica, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário se manteve em altos patamares, sempre acima de 70%. As variações anuais são sutis e, em 2016, houve aumento de 0,2 ponto percentual. Ao longo de 7 anos, a taxa de congestionamento variou em apenas 2,5 pontos percentuais”³⁰².

³⁰⁰ Por exemplo, em contexto um pouco diverso, mas cujo raciocínio é possível de transposição para a hipótese de celebração de convenções processuais: “Uma das causas do pouco êxito das atividades conciliatórias, no modelo hoje praticado no juízo comum, é a atribuição do trabalho de mediação ao magistrado que irá julgar a causa. Além da sobrecarga de trabalho, que o impede de dedicar tempo mais amplo às atividades mediadoras, o magistrado tem uma natural restrição, decorrente da função de julgador da causa, que o limita, pelo risco de prejulgamento, na formulação de ponderações e propostas de acordo para os litigantes.” KAZUO WATANABE, *Cultura da sentença e cultura da pacificação* in FLÁVIO LUIZ YARSHELL, MAURICIO ZANOIDE DE MORAES (orgs.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p.

³⁰¹ “A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos.” CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*, Brasília, CNJ, 2017, p. 78.

³⁰² *Justiça em Números cit.*, p. 78.

Ainda, reforça-o a noção de que a forma de contratação de juízes no país (mediante concurso público) e as garantias de que desfrutam (inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de rendimentos) contribuiriam para a situação atual por não apresentarem incentivo à maior produtividade dos magistrados.

Nada disso é mentira nem se pode ignorar, mas, como toda generalização, esta também é perversa, por duas ordens de razões.

Primeiramente, não se pode esquecer que, como já se afirmou à exaustão, não são todos os processos que admitem negócios processuais, quer em razão da matéria, das partes envolvidas ou da forma como a convenção processual foi inserida no contrato de direito material.

Dessa forma, ainda que não seja possível precisar a porcentagem dos casos aos quais as convenções processuais se aplicariam (pois cada cartório tem peculiaridades e também porque não há dados empíricos a respeito), pode-se desde logo afirmar que não se está tratando de um incremento de trabalho em todo e cada processo sob os cuidados de determinado magistrado.

Em segundo lugar, não se pode ignorar a possibilidade de que, de maneira análoga à das partes, o juiz possa enxergar vantagem na celebração de convenção processual que o impila a promovê-la; obviamente, não uma vantagem associada ao resultado do processo (que poderia motivar as partes), mas sim em relação aos objetivos institucionais que personifica – de pacificação de conflitos com justiça.

Nesse contexto, propõe-se abordagem conciliadora, consentânea, ainda, com as limitações de recursos (humanos e de tempo) a que está sujeito o Poder Judiciário brasileiro, e baseada em estudo empírico realizado nos Estados Unidos da América – embora ressalvando que não há análise correspondente no Brasil, de sorte que se foca no raciocínio apresentado, e não nos dados coletados.

Analisando cerca de 400 contratos que foram anexados como documentos em disputas perante a *Securities and Exchange Commission* (SEC), agência reguladora que protege investimento de monta nos Estados Unidos da América entre 1.1.2000 e

31.12.2012³⁰³, W. MARK C. WEIDEMAIER verificou que, a despeito de ser farta a doutrina estadunidense a respeito das convenções processuais, como já se acenou, mesmo agentes de mercado sofisticados raramente customizam o processo de maneira detalhada³⁰⁴.

Uma possível explicação para esse fenômeno seria a de que as partes seriam refratárias a negociar os termos de resolução de eventual disputa por receio de que essa postura gerasse algum tipo de desconfiança quanto à sua capacidade de performance do contrato. Essa hipótese, contudo, restou descartada, na medida em que praticamente todos os contratos analisados continha alguma forma de convenção processual, sendo que vários inclusive detalhavam providências pré-processuais a serem adotadas³⁰⁵.

Outra suposição, que não restou expressamente refutada pelos dados colhidos e, portanto, ainda poderia se verificar, seria a de que a customização processual somente se tornaria prática usual depois de algum evento cujas consequências pudessem abalar as práticas contratuais atuais³⁰⁶. No Brasil, tal acontecimento poderia ser um julgamento por corte superior pela ampla aceitação de convenções processuais que acenasse para os agentes de mercado que esse tipo de mecanismo seria aplicado pelos tribunais, de sorte a aumentar os incentivos para sua celebração.

A hipótese que foi melhor corroborada pelos dados colhidos, porém, é a de que as partes podem obter muitos dos benefícios da customização procedimental sem que tenham de negociar minúcias processuais, apenas decidindo – no cenário norte-americano – entre arbitragem ou Poder Judiciário, e escolhendo algum regulamento de câmara arbitral

³⁰³ Para informações detalhadas acerca da amostra analisada, vide *Customized procedure in theory and reality*, Washington and Lee Law Review, 72:2015, disponível em <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/col72/iss4/6>, acesso em 19.6.2018, pp. 1905-1907.

³⁰⁴ “(...) the evidence suggests that even sophisticated commercial actors rarely customize the adjudication process in any detail”. *Customized procedure cit.*, p. 1889.

³⁰⁵ “If parties worry that bargaining over dispute resolution procedures will signal negative information, that concern is not evident in the contracts. To the contrary, almost every contract alters the default rules of adjudication in one or more ways, and many establish detailed procedures to be followed both before and after the filing of a formal claim.” *Customized procedure cit.*, p. 1909.

³⁰⁶ “(...) David Hoffman argues that procedural tailoring will not become widespread until a shock disrupts entrenched contracting practices. He suggests that a few relatively minor players, such as new market entrants, might adopt atypical procedural clauses, but that these will not become ‘a normal part of the transactional toolkit’ until such a shock occurs. As an example of a sufficiently disruptive event, he proposes that a high-profile court decision approving use of a rare procedural clause might prompt widespread use of the clause.” *Customized procedure cit.*, p. 1896. Sobre a impossibilidade de confirmação da hipótese, v. p. 1897.

ou (novamente, nos Estados Unidos da América) a jurisdição que apresente conjunto que repute mais favorável de regras³⁰⁷.

Logicamente, no Brasil as partes também poderiam optar pela arbitragem – como frequentemente já o fazem –, inclusive selecionando a qual regulamento de câmara arbitral se submeterão (cláusula arbitral cheia); por outro lado, não há como pretender determinar as regras procedimentais que incidirão no Poder Judiciário apenas através da eleição de foro, pois o Código de Processo Civil é único no país todo.

Porém, dessa terceira corrente se extrai um raciocínio que pode ser aplicado às convenções processuais no Brasil: escolhas inteligentes, realizadas estrategicamente no momento adequado, podem produzir resultado satisfatório sem o dispêndio de tempo (no caso dos juízes) ou dinheiro (no caso das partes) que seriam necessários para negociar e redigir clausulado minudente.

Ressalvando novamente que as ideias que seguem são apresentadas hipoteticamente, tem-se que, se, em ação de investigação de paternidade, o juízo apresentar às partes (ainda que beneficiadas pela assistência judiciária gratuita), uma lista de peritos de sua confiança vinculados a laboratórios que aceitariam realizar exame de DNA por taxa fixa e popular, e as partes aceitarem custeá-la, o tempo de tramitação do processo poderia ser drasticamente reduzido.

Eliminar-se-ia não apenas a demora que decorreria da necessidade de agendamento da perícia pelo IMESC, mas também (por se tratar de prova que refere a verdade científica), a possibilidade de discussão a respeito da paternidade em si, permitindo que eventual controvérsia se cingisse a outros pontos de divergência entre as partes (alimentos, visitas, etc).

Da mesma forma, se, em saneamento compartilhado, se acordar que o perito e os assistentes técnicos apresentarão seus laudos oralmente ao juízo e às partes, com auxílio de tecnologia audiovisual em sala de audiência, permitindo-se o exercício do contraditório e a resolução imediata de eventuais dúvidas pelo magistrado, não só se diminuiria o tempo de tramitação do processo como também o risco de a perícia ser

³⁰⁷ “(...) parties can capture many of the benefits of customized procedure by making an initial choice of arbitration or litigation, selecting the jurisdiction or arbitration provider that offers the most desirable bundle of procedures.” *Customized procedure cit.*, p. 1897.

ineficaz por não ter se manifestado sobre pontos que o julgador considera cruciais para decidir.

Também em relação a esse ponto, as possibilidades das partes e do juízo são inúmeras, tornando contraproducente qualquer tentativa de esgotar o tema. De todo modo, a ideia principal segue válida: em diversas situações, pequenas mudanças de caráter mais pontual podem trazer benefícios que justificam a atenção necessária para efetivá-las, não demandando investimento de tempo incompatível com a realidade do Judiciário brasileiro.

3.2. SEGUNDA FUNÇÃO DO JUIZ: CONTROLE DA CONVENÇÃO PROCESSUAL

Ao se deparar com processo regido por convenção processual prévia ou incidental, incumbe ao magistrado o controle do seu conteúdo.

Diferentemente do que ocorre com a função de fomento, que pode ser desnecessária caso as partes já apresentem ao juízo convenção processual pronta, a análise do conteúdo do negócio jurídico processual é sempre obrigatória, ainda que nenhuma intervenção venha a ser necessária diante da higidez do instrumento.

Resumidamente, o julgador deve verificar a inexistência de circunstâncias que impedem o negócio jurídico processual de produzir efeitos sempre tendo em mente que, na dúvida, deve reputar válida a convenção, mas sem realizar qualquer juízo sobre a conveniência da respectiva celebração³⁰⁸. Tampouco é necessária homologação, razão pela qual se diz que o controle é posterior e eventual.

O Código de Processo Civil prevê três situações nas quais se admite a recusa de aplicação da convenção processual pelo juiz: nulidade, inserção abusiva em

³⁰⁸ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções cit.*, p. 258.

contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade de uma das partes (art. 190, parágrafo único, CPC)³⁰⁹.

Passa-se, assim, à análise detalhada de cada uma delas, desde logo explicando que, fora dessas hipóteses deve o magistrado dar cumprimento à convenção processual, como adiante se exporá (terceira função, vide tópico 3.3).

3.2.1. O que é inserção abusiva em contrato de adesão?

A previsão relativa a contrato de adesão faz referência a cláusula(s) destinada(s) a produzir efeitos dentro do processo mas inserida(s) em negócio jurídico (de direito material) cujo contrato tenha sido redigido por apenas uma das partes sem que se tenha conferido à outra a possibilidade de negociar os respectivos termos³¹⁰. Trata-se, portanto, de controle posterior (em juízo) do conteúdo convenção processual prévia, celebrada antes do ajuizamento da demanda³¹¹.

³⁰⁹ “A validade dos acordos processuais está condicionada à inexistência de violação às normas estruturantes do direito ao processo justo no que tange à necessidade de simetria das partes. Quando o art. 190, parágrafo único, CPC, fala em ‘nulidade’, ‘inserção abusiva em contrato de adesão’ ou ‘manifesta situação de vulnerabilidade’, ele está manifestamente preocupado em tutelar a boa-fé (art. 5º, CPC) e a necessidade de paridade de tratamento no processo civil (art. 7º, CPC).” LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART, DANIEL MITIDIERO, *Novo Código cit.*, p. 244.

³¹⁰ Segundo CLAUDIA LIMA MARQUES, contratos de adesão “são homogêneos em seu conteúdo (por exemplo, vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a prazo de bem imóvel), mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes. Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda essa série de futuras relações contratuais.” *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 65.

³¹¹ Trata-se de problema recorrente nos Estados Unidos da América, segundo relata DAVID HORTON: “Many consumer contracts expressly permit unilateral modifications by the drafter.” E explica: “The fact that drafters enjoy the power to alter procedural terms unilaterally undermines the bedrock economic assumption that adherents can impose market discipline on procedural terms. If procedural terms were fixed and static, it is theoretically possible that an informed minority of consumers could keep drafters honest by actively searching for efficient terms. Yet no rational adherent would spend the time and energy necessary to shop for terms that the drafter can freely change. Moreover, companies face little pressure to modify procedural clauses in accordance with adherents’ preferences.” *The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments*, UCLA Law Review 605:2010, pp. 608 e 609.

Parte-se da ideia de que, a despeito da necessidade (em teoria) de o contrato ser substancialmente justo à vista do procedimento legalmente disposto³¹², a possibilidade de ter sido celebrado por partes que não têm poder econômico semelhante (ou mesmo comparável), ou que apresentam disparidade técnica, pode conduzir a situações de manifesta desvantagem para uma delas³¹³.

Em reforço, há interesse público no controle de conteúdo desse tipo de contrato, pois, pela sua própria natureza, as disposições nele contidas podem acabar se espalhando em razão da possibilidade de celebração de inúmeros contratos iguais com aderentes diversos.

Aqui, da mesma forma que ocorre na arbitragem, eventual apelo (de justiça ou conveniência) que poderia decorrer da possibilidade de negociação a respeito de posições jurídicas das partes ou do procedimento acaba sendo superado caso haja tentativa de imposição de convenção processual que tenha sido inserida de maneira abusiva em contrato de adesão³¹⁴.

Esse aspecto é especialmente importante porque a omissão (ou falha) do Poder Judiciário em afastar convenção processual que tenha sido inserida de maneira abusiva em contrato de adesão mina a percepção de justiça daquele que não teve oportunidade de discutir os termos do contrato e, ainda assim, teve de se submeter a negócio jurídico processual a respeito do qual não manifestou vontade especificamente. Isso, por sua vez, contribui para diminuir a legitimidade do processo enquanto método de

³¹² “L’idée est que c’est le juste qui fonde la loi, et non l’inverse ; de même, c’est le juste qui fonde la force obligatoire du contrat, cette loi particulière des parties : il faut ‘faire reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat’.” LOÏC CADIET, JACQUES NORMAND, SORAYA AMRANI MEKKI, *Théorie générale cit.*, p. 196.

³¹³ “Surtout, il n’est pas certain que le mode de solution extrajudiciaire des litiges soit plus démocratique que le judiciaire et la solution amiable des litiges n’est pas nécessairement plus juste que la solution judiciaire. Les modes de solution dits amiables posent en effet la question centrale du respect des droits fondamentaux des parties, ce que l’on nomme droits de la défense dans le règlement judiciaires des différends. Les parties en litige ne sont pas forcément égales, n’ont pas forcément la même compétence technique ou la même puissance économique. Comme pour n’importe quel autre contrat, ce rapport inégal des forces peut conduire à un résultat injuste, l’une des parties imposant en fait sa solution du différend à l’autre.” LOÏC CADIET, JACQUES NORMAND, SORAYA AMRANI MEKKI, *Théorie générale cit.*, p. 199.

³¹⁴ “Whatever procedural justice claim arbitration might have had is undermined both by the adhesion manner in which they are commonly imposed on one party and by the temporal distance between the agreement and its implementation.” MICHAEL L. MOFFITT, *Customized litigation cit.*, p. pp. 18-19.

resolução de conflitos perante essa parte – sendo que as consequências danosas que daí advêm são conhecidas e dispensam maior aprofundamento³¹⁵.

A lei de arbitragem prevê que, em contratos de adesão, a cláusula arbitral somente terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou se concordar expressamente com a sua instituição em documento anexo ou negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula (art. 4º, §2º, Lei 9.307/1996). A disposição claramente visa a proteger a consensualidade que deve reger a escolha pela arbitragem³¹⁶.

Semelhante cuidado não foi adotado pelo Código de Processo Civil, que nada dispõe acerca da forma exigida para a inserção de convenção processual em contrato de adesão – o que em princípio é coerente com a técnica legislativa empregada na disciplina dos negócios jurídicos processuais, mas traz o inconveniente de remanescer a questão acerca de como averiguar se houve abusividade na situação ora estudada.

Desde logo se ressalva que não é toda disposição de caráter processual inserida em contrato de adesão que se considera automaticamente abusiva – e, portanto, deve ser afastada pelo juízo: da mesma forma que ocorre na arbitragem, se o aderente ajuizar ação invocando ele próprio a convenção processual inserida pelo polícitante no contrato de adesão, possível concluir que ele próprio pretende fazer valê-la, não tendo sido prejudicado pela ausência de negociação efetiva a respeito.

Não sendo esse o caso, necessário, para responder ao questionamento proposto, investigar se houve violação ao dever de informação que compete ao proponente do contrato (ou seja, àquele que o redige) em relação ao aderente, em dois níveis: (i) o aderente sabia da existência da cláusula; e (ii) em caso de resposta afirmativa, o aderente

³¹⁵ Novamente MICHAEL L. MOFFITT: “Perceptions of justice stand to improve, however, if litigation customization provides a role for the actual disputants and is conducted in the context of a specific piece of litigation. And perceptions of justice are important. As I describe in section __ below (*sic*), we ask our courts to play a range of different functions, including clarifying and publicizing laws, resolving disputes, and articulating collective norms. Courts ability effectively to perform these functions depends, in large measure, on their ability to occupy a place of legitimacy in the public mind. If courts are, in fact, acting in a legitimate manner, then it is in the interest of democratic governance that the public perceive the courts to be legitimate. Disputants assessments of procedural justice influence their compliance with the outcome and their faith in the legitimacy of the institution that offered the procedure. Assuring the presence of procedural justice is critical to the judiciary’s basic functions, and permitting litigants say in the design of the litigation system holds promise for increasing perceptions of procedural justice.” *Customized litigation cit.*, p. 19.

³¹⁶ Cf. CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem cit.*, p. 106.

compreendia as consequências que a aplicação daquela cláusula acarretaria em eventual processo judicial que viesse a existir entre as partes.

Se o aderente nem sabia da existência da cláusula, a constatação de sua abusividade é simples e a consequência é o respectivo afastamento.

Se o aderente sabia da existência da cláusula, mas não compreendia suas implicações – porque não lhe foram explicadas ou porque não tinha conhecimento técnico para negociação processual (vide considerações a respeito de capacidade) – novamente, a consequência é a nulidade.

Essa análise é importante pois, como já se mencionou, os contratos de que ora se cuida se aperfeiçoam pela adesão de uma das partes a clausulado previamente redigido pela outra, diversamente do que ocorre em outros negócios jurídicos bilaterais, nos quais há (ou pode haver) efetiva negociação entre as partes com sugestões de ambas e concessões mútuas que culminarão na redação final do instrumento.

Nesse cenário, em que, mesmo sabendo da existência de determinada disposição e eventualmente discordando das respectivas implicações, a parte não pode se insurgir contra ela sem colocar em risco todo o negócio jurídico (ou aceita ou não aceita em bloco), ganha relevo saber se a tomada de decisão foi verdadeiramente informada, nos termos descritos, pois só assim se pode garantir a inexistência de abusividade e, via de consequência a consensualidade da convenção processual em contrato de adesão.

Porque no Código de Processo Civil a assinatura do aderente em apartado relativamente à convenção processual não é requisito de validade dessa disposição, ela poderá ser utilizada, no máximo, como parâmetro de prova para averiguar ciência nos termos mencionados³¹⁷.

Assim, a inserção de convenção processual em contrato de adesão deverá ser considerada abusiva se (i) não foi ratificada por qualquer ato posterior do aderente do

³¹⁷ Tanto assim que MARCO PAULO DENUCCI DI SPIRITO defende a “observância ao art. 4º, §2º, da Lei 9.307/1996 para as disposições atinentes ao negócio jurídico processual, a servir como prova do estrito cumprimento dos deveres de informação e transparência”, de modo que o negócio processual só teria eficácia se o aderente tomasse a iniciativa de invocá-lo ou concordasse expressamente com seus termos, “em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.” *Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual*, Revista de Direito Privado, 63:2015, p. 156.

qual se possa extrair manifestação inequívoca de vontade no sentido convencional (como, por exemplo, notificação em que se dá conta da intenção de fazer valer em juízo a cláusula ou mesmo o ajuizamento de demanda invocando-a); e (ii) se não for possível ao proponente demonstrar que o aderente tinha ciência e compreendia os termos do negócio jurídico processual inserto no contrato (para o que se podem utilizar os parâmetros do art. 4º, §2º, Lei 9.307/1996). O assunto será retomado adiante, no tópico 3.2.4.

3.2.2. Como se afere “manifesta vulnerabilidade?”

A noção de manifesta vulnerabilidade também tem como pressuposto a constatação de que, fora do ambiente puramente acadêmico (hipotético), dificilmente se encontram situações em que as partes tenham poderes de barganha iguais (ou equivalentes) e a disputa se desenvolva integralmente entre particulares afetando apenas a eles próprios.

Nesse cenário, quanto maior a disparidade entre os negociantes, maior a possibilidade de haver vulnerabilidade de um deles – assim entendida como uma condição de fragilidade e inferioridade de uma das partes em relação à outra que demanda intervenção para que se possa chegar a situação de igualdade material³¹⁸.

Porém, o conceito de vulnerabilidade não é unívoco³¹⁹: há, ao menos, vulnerabilidades materiais e processuais³²⁰, além da noção de hipossuficiência³²¹ (espécie –

³¹⁸ Explicando que a vulnerabilidade é noção estudada em diversas áreas do conhecimento, LARA RAFAELLE PINHO SOARES a define como “característica, definitiva ou não, conferida ao sujeito que está inserido em circunstância sociais, naturais ou econômicas, que trazem limitação e o diferenciam de um grupo, evidenciando uma condição de fragilidade e inferioridade que reclama mecanismos capazes de cessar tais diferenças para conformação da igualdade material.” *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial à obtenção do título de mestra sob a orientação do Prof. Dr. Fredie Didier Júnior, Salvador, 2016, p. 48.

³¹⁹ “[a] vulnerabilidade é, assim, flexível e não consolidada. Impossível, portanto, delimitar previamente os seus fatores e características, uma vez que estão estreitamente relacionados às circunstâncias, à situação analisada e ao contexto” LARA RAFAELLE PINHO SOARES, *A vulnerabilidade cit.*, p. 48.

³²⁰ “Vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório.” FERNANDA TARTUCE, *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 184.

econômica – do gênero vulnerabilidade). Não havendo especificação no dispositivo legal mencionado (art. 190, parágrafo único, CPC), em princípio ambas devem ser analisadas pelo magistrado no momento de efetuar o controle da convenção processual.

Quanto às vulnerabilidades materiais, recebem proteção jurídica consumidores (Lei 8.078/1990), alguns contratantes³²², trabalhadores (Consolidação das Leis do Trabalho), pessoas com deficiência (Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência), idosos (arts. 229, 230, CF; Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso), índios (arts. 231, 232, CF; Lei 5.001/1973 – Estatuto de Proteção ao Índio), crianças e adolescentes (art. 227, CF; Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente), mulheres vítimas de violência doméstica (art. 226, §8º, CF; Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha), alimentandos (Lei 5.478/1968)³²³, afro-brasileiros (Lei 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial)³²⁴.

Do ponto de vista processual, identificam-se as seguintes vulnerabilidades: insuficiência econômica (art. 99, CPC); óbices geográficos (dificuldade de locomoção que prejudique sua atuação em juízo); debilidade na saúde; desinformação pessoal (que pode ser tanto em relação ao direito material como processual); dificuldades na técnica jurídica (assessoria jurídica deficiente); incapacidade de organização (impossibilidade momentânea de mobilizar recursos para atuar em juízo)³²⁵.

Especificamente no que diz respeito à função de controle a ser exercida pelo julgador em relação aos negócios processuais, há que se distinguir a presunção da

³²¹ FERNANDA TARTUCE, após relatar a existência de dissenso doutrinário, conclui que “hipossuficiência é sinônimo de vulnerabilidade econômica”, ou, melhor explicando, “vulnerabilidade indica, assim, suscetibilidade em sentido amplo, sendo a hipossuficiência uma de suas espécies – vulnerabilidade econômica”. *Igualdade e vulnerabilidade cit.*, p. 183.

³²² Para exemplos de contratantes: “mutuários, com a vedação dos juros usurários (Dec. 22,626, de 1933); do inquilino comercial (Dec. 24.150, de 1934, atualmente Lei 8.245, de 1991); do promitente comprador de imóveis loteados (Dec.-Lei 58, de 1937); do trabalhador assalariado (CLT, 1943); do inquilino residencial (Lei 4. 494, de 1964, atualmente Lei 8.245, de 1991); dos titulares de direitos autorais (Lei 5.988, de 1973, atualmente Lei 9.610, de 1998); do consumidor (CDC, de 1991); e do aderente em contrato de adesão (Código Civil de 2002)”. *A vulnerabilidade cit.*, p. 57.

³²³ Para explicações mais detalhadas sobre os tipos de vulnerabilidades e respectivas características, vide *A vulnerabilidade cit.*, pp. 49-76.

³²⁴ A respeito, vide FERNANDA TARTUCE, *Igualdade e vulnerabilidade cit.*, p. 180.

³²⁵ Para detalhamento desses tipos de vulnerabilidades, vide FERNANDA TARTUCE, *Igualdade e vulnerabilidade cit.*, pp. 190-218.

vulnerabilidade, que leva à negativa de aplicação da convenção, do indício de vulnerabilidade, que apenas serve de alerta para o magistrado³²⁶.

É imprescindível, assim, que parte tenha conhecimento a respeito das disposições processuais sobre as quais recai a convenção para que se possa falar em igualdade material no momento da respectiva celebração – e, via de consequência, na sua eficácia (art. 190, parágrafo único, CPC).

Justamente por isso, não é toda convenção celebrada por uma parte vulnerável que estará impedida de produzir efeitos: em teoria, a despeito da disparidade entre os sujeitos parciais, a convenção processual pode vir a favorecer justamente a parte que seria considerada vulnerável, situação na qual não se vislumbra razão para controle pelo juiz de seu conteúdo³²⁷.

Entende-se, desse modo, que a análise deverá ser feita casuisticamente pelo julgador³²⁸, considerando a particular distribuição de forças entre os litigantes de modo a averiguar se é tão exagerada a ponto de comprometer a própria manifestação de vontade (e, via de consequência, a consensualidade sobre a qual se funda a convenção, como adiante se explicará).

De maneira mais específica, ELIZABETH THORNBURG propõe critérios para verificar se a vulnerabilidade de uma das partes compromete o acordo processual que podem ser úteis nessa definição.

Deve o juiz verificar (i) se as partes concordaram com os termos de maneira consciente, voluntária e inteligente; (ii) se o processo que se apresenta para julgamento é do mesmo tipo que as partes haviam antecipado no momento em que celebraram o

³²⁶ Novamente, LARA RAFAELLE PINHO SOARES, *A vulnerabilidade cit.*, p. 157.

³²⁷ Vide ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções cit.*, pp. 374-375.

³²⁸ “O sujeito será ou não considerado em situação de vulnerabilidade a partir da relação estabelecida entre o sujeito ou direito litigioso e a outra parte. Por isso, consumidores, trabalhadores e outros sujeitos normalmente categorizados como hipossuficientes para fins de aplicação as regras de direito material que lhe são dirigidas, não estão impedidos de celebrar convenções sobre o processo e negócios processuais (por exemplo, consumidor e fornecedor, conquanto no plano substancial possam estar em situação de desequilíbrio, podem negociar em situação de isonomia redução ou ampliação de prazos processuais). Apesar da ambiguidade do termo, a vulnerabilidade técnica parece ser a determinante para desqualificar a validade do negócio jurídico. Por esse motivo, o assessoramento do advogado, procurador, defensor ou membro do ministério público, sujeitos com qualificação técnica para o tipo de ato jurídico, é indicativo de ausência de vulnerabilidade.” PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA in TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et alli*, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 594.

contrato; (iii) se há interesse público no objeto da disputa (a ideia é que quanto maior o interesse público, mais atenção se deve dar à vulnerabilidade); (iv) o impacto da convenção nas habilidades das partes de se desincumbirem de seus ônus da prova, e no seu direito à ampla defesa; (v) o impacto comparativo dos termos para cada uma das partes; (vi) o impacto provável do contrato sobre os custos e a duração do processo em que se pretende seja ele aplicado; e (vii) a medida em que a aplicação da convenção protege a dignidade e habilidade de influência (contraditório efetivo) dos litigantes³²⁹.

Esses parâmetros, evidentemente, são meras diretrizes – que, como tal, devem ser observadas pelo julgador na medida do que for possível em cada caso, à luz dos elementos de convencimento de que dispuser, não se tratando de rol taxativo – mas que, como já se afirmou, podem ser úteis para a identificação de vulnerabilidade que demanda intervenção do Poder Judiciário.

3.2.3. Sobre nulidades (intersecção com o direito material)

Tradicionalmente, de acordo com construção teórica de PONTES DE MIRANDA, analisa-se o negócio jurídico a partir de três planos: existência, validade e eficácia³³⁰. Conquanto a classificação não seja isenta de críticas, ela se revela útil para os

³²⁹ “More specifically, the court should consider the following: - whether the parties agreed to the terms knowingly, voluntarily, and intelligently; - whether the parties’ actual dispute is the type they contemplated at the time of contracting; (...) – public interest in the subject matter of the dispute; - the impact of the contract’s terms on the ability of the plaintiff to meet the burden of proof and the defendant to present a defense, including the ability to gather information and the opportunity to present it to the finder of fact; - the comparative impact of the contract terms on the parties; - the probable impact of the contract on the particular case’s cost in terms of time and money; - the impact on this court’s docket and systemic judicial efficiency more generally; and – the extent to which the chosen process protects the litigants’ dignity and ability to be heard.” *Designer trials cit.*, pp. 209-210.

³³⁰ “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se a de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tão-pouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos

objetivos do presente trabalho por oferecer explicação didática para os defeitos do negócio jurídico³³¹.

A existência do negócio jurídico diz respeito, em primeiro lugar, a dado da realidade e, num segundo momento, ao preenchimento de seus elementos estruturais, entre os quais (embora ressalvando a existência de dissenso doutrinário³³²), se inclui a manifestação de vontade. Além dela, PONTES DE MIRANDA também elenca agente e objeto do negócio jurídico como requisitos de sua existência.

Sendo assim, quando se afirma que a vontade é essencial ao negócio jurídico, o que se pretende dizer é que, sem essa manifestação de vontade, ele não existe³³³. Idêntico raciocínio se aplica às convenções processuais.

Nulidades são defeitos que afetam o segundo plano de análise do negócio jurídico, ou seja, a sua validade³³⁴. Desse modo, a referência à nulidade de determinada

jurídicos." PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*, v. 4, atualizado por Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, pp. 66-67.

³³¹ Relata SILVIO RODRIGUES que “[a] idéia de ato inexistente, ultrapassando o quadro do direito matrimonial, alcançou grande êxito, ao ser acolhida pela maioria dos escritores. Não são poucos, porém, os que a condenam, por achá-la inexata, inútil e inconveniente. Seria inexata porque, no mais das vezes, o ato malsinado cria uma aparência que para ser destruída implica recurso judicial. (...) Seria inútil porque a noção de nulidade absoluta a substitui vantajosamente. Se falta ao ato um elemento substancial, ele deve ser proclamado nulo e de tal declaração decorre sua total ineficácia, gerando apenas aqueles efeitos porventura permitidos pela lei. Finalmente, seria inconveniente porque, a ser verdade que se pode prescindir de ação judicial para declarar a inexistência, estar-se-ia privando as partes, interessadas no ato, das garantias de defesa que o processo oferece e dos eventuais efeitos por vezes atribuídos pela lei, mesmo na hipótese de nulidade.” *Direito Civil*, v. 1, 33ª edição, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 291-292.

³³² “Embora controversa, costuma-se proceder à análise da eficácia *lato sensu* do negócio jurídico - isto é, sua aptidão para produzir efeitos – em três planos distintos: o da existência; o da validade; e o da eficácia *stricto sensu* do negócio. O plano da existência diz respeito à análise dos elementos essenciais à existência do negócio. A validade concerne aos requisitos que devem conter os elementos do negócio para a sua conseqüência, de modo a que se possa considerar o negócio válido. No plano da eficácia, finalmente, em que se pressupõe a existência e a validade do negócio, examina-se sua aptidão para produzir os efeitos a que se destina.” GUSTAVO TEPEDINO, HELOÍSA HELENA BARBOZA, MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2ª edição revista e atualizada, Renovar, Rio de Janeiro, 2011, p. 166.

³³³ “O que importa, para se saber se a declaração de vontade ou o ato volitivo declarativo pode ser suporte fático de negócio jurídico, é precisar-se se a vontade, que ali se declara e aqui se manifesta, contém a de estabelecer o negócio jurídico ou o suporte fático de negócio jurídico. *Não há negócio sem vontade de negócio*. Vontade de negócio, e não só declaração de vontade; mais: vontade de negócio, sem ser essencial a receptividade.” PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. III, atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 58, destaque do original.

³³⁴ “Existência e validade do negócio jurídico são atributos diferentes. Existe o negócio jurídico quando um sujeito de direito faz uma declaração de vontade sobre um objeto possível com a intenção de produzir determinados efeitos, e desde que estes estejam previstos em norma jurídica como produzíveis por aquela declaração. Existente, o negócio jurídico pode ser válido ou inválido.” FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Civil*, v. 1, 5ª edição (versão digital), São Paulo, Saraiva, 2012, p. 280.

manifestação de vontade pressupõe de maneira logicamente antecedente a existência fática e jurídica dessa mesma manifestação que, conquanto tenha sido anunciada, seja de alguma maneira viciada³³⁵. É nesse plano que atua o juiz para o controle do conteúdo da convenção processual (art. 190, parágrafo único, CC)³³⁶.

Por fim, registra-se que, existente e válido, o negócio jurídico pode ou não ser eficaz de acordo com a escada ponteana (ressalvando-se que na realidade a produção de efeitos pelo negócio jurídico pode se dar até mesmo sem o preenchimento dos requisitos de existência jurídica e validade³³⁷).

3.2.3.1. Segue: convenções processuais: regime híbrido de nulidades

³³⁵ Para ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “a vontade, embora não seja elemento da existência do negócio, influi sobre a validade ou sobre a eficácia; ela age sobre um negócio já existente, corrigindo-o, auxiliando o seu entendimento e preenchendo suas omissões, tal e qual o direito honorário sobre o *jus civile*, na civilização romana”. E prossegue: “[a] exata colocação do problema, vendo-se no negócio jurídico, como elemento, apenas a declaração de vontade, e funcionando o processo volitivo somente sobre a validade ou a eficácia do negócio, dá margem à adoção de diversas soluções legislativas ou doutrinárias, sem perda de coerência. A vontade age sobre o negócio, por exemplo, corrigindo-o no plano da validade, às vezes porque ela, *in concreto*, não existiu (declarações feitas sob coação absoluta, atos realizados sob hipnose etc.) e às vezes porque não foi regular, isto é, ou não resultou de uma exata noção da realidade (erro, dolo), ou não resultou de opção espontânea (coação, estado de perigo), ou, ainda, não resultou de motivos lícitos (simulação culposa, fraude contra credores, lesão). Por onde se vê que a relevância jurídica da vontade não ocorre no plano da existência.” *Negócio Jurídico – existência, validade e eficácia*, 4ª edição atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002), São Paulo, Saraiva, 2002, p. 85.

³³⁶ “Sendo o consentimento inexistente, o negócio jurídico existirá apenas na aparência, mas não para o mundo jurídico, sendo passível de declaração de inexistência ou de nulidade absoluta. Dentre os que entendem pela nulidade estão aqueles que não são adeptos da teoria da inexistência do negócio jurídico, caso deste autor, pelo simples fato de o Código Civil somente tratar da nulidade absoluta e da relativa. Não sendo a vontade livre, por apresentar um vício do consentimento, o negócio será tido como anulável. É o caso da presença do erro, do dolo, da coação, do estado de perigo e da lesão, todos plenamente incidentes para o negócio jurídico processual.” FLÁVIO TARTUCE, *O novo CPC e o direito civil*, São Paulo, Método, 2015, pp. 104-105.

³³⁷ “O plano da eficácia é onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, pressupondo a passagem pelo plano da existência, não todavia, necessariamente, pelo plano da validade. O novo Código Civil não adotou a tricotomia *existência-validade-eficácia*, conhecida como ‘Escada Ponteana’, em alusão a Pontes de Miranda.” CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*, v. 1, 10ª edição (versão digital), São Paulo, Saraiva, 2012, p. 320, destaque do original.

Como já se mencionou, negócios jurídicos processuais são tema limítrofe entre direito material e processual: trata-se de manifestação de vontade possivelmente exarada antes mesmo do ajuizamento de determinada demanda (ou seja, extrajudicialmente) destinada a produzir efeitos dentro do processo.

Justamente por isso, tem-se defendido que o controle da validade das convenções processuais deverá ser híbrido³³⁸, considerando tanto as causas de nulidade e anulabilidade previstas no Código Civil quanto as hipóteses de anulação de ato processual do Código de Processo Civil.

Sem pretender realizar exame exaustivo desses regimes, e novamente sem adentrar polêmica doutrinária acerca das invalidades no Código Civil (que não se refere à inexistência do negócio jurídico), para os fins propostos nesse estudo, convém mencionar as condicionantes incidentes sobre o negócio jurídico processual.

Do Código Civil se extrai que os requisitos de validade do negócio jurídico dizem respeito ao agente (que deve ser capaz); ao objeto (que tem de ser lícito, possível, determinado ou determinável); e à forma (prescrita ou não defesa em lei)³³⁹ (art. 104, CC).

Via de consequência, vícios relativos a incapacidade absoluta do agente (art. 166, I, CC), objeto (ilicitude, impossibilidade ou indeterminação – art. 166, II), motivação (intuito comum de fraude ou fraude a lei imperativa – art. 155, III, VI, CC), forma (“não revestir a forma prescrita em lei” ou “for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade” – art. 166, IV, V, CC) acarretam invalidade. Há ainda previsão genérica de nulidade do negócio jurídico se “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção” (art. 166, VII, CC).

³³⁸ "Sobre a validade do negócio, a primeira indagação diz com o regime jurídico aplicável, dado que o CPC de 2015 não trouxe exaustiva regulamentação e que nem sempre são coincidentes as disciplinas legais dos atos processuais e dos atos privados. A solução doutrinária formulada antes do CPC de 2015 se afigura aplicável sob a égide do novo diploma: o regime do negócio processual há que ser *misto*: por um lado, o negócio jurídico processual não corresponde exatamente a um ato processual; mas, por outro, sua função é a de produzir efeitos no processo." FLÁVIO LUIZ YARSHELL, *Convenção das partes cit.*, p. 68.

³³⁹ FÁBIO ULHOA COELHO observa que “Três são os requisitos de validade de qualquer negócio jurídico: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104). É o atendimento a esses requisitos condição necessária, mas não suficiente, à validade do negócio jurídico. Isto é, não basta para ser válido o negócio a presença dos requisitos de validade; um negócio a que falte qualquer um deles, no entanto, é inválido.” *Curso cit.*, p. 288.

As nulidades devem necessariamente ser declaradas judicialmente e contaminam o negócio jurídico, não sendo possível sua confirmação pelas partes ou pelo decurso do tempo (arts. 168, parágrafo único, 169, CC)³⁴⁰.

Ainda de acordo com a lei substantiva, são anuláveis os negócios jurídicos celebrados por pessoa relativamente incapaz (art. 171, I, CC), ou decorrentes de “erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores” (art. 171, II, CC).

A respeito, útil dividir os defeitos do negócio jurídico em vícios de consentimento e vícios sociais, conforme SILVIO RODRIGUES³⁴¹. Vícios de consentimento (erro, dolo, coação, lesão) ocorrem quando a manifestação da vontade declarada foi de alguma maneira prejudicada; nos vícios sociais a vontade declarada está de acordo com a vontade íntima, mas se verifica intenção de prejudicar terceiros que justifica a possibilidade de infirmar do negócio jurídico.

A distinção não é meramente teórica, uma vez que negócios jurídicos em princípio anuláveis podem ser convalidados pelas partes, atendidos determinados requisitos (arts. 172-175, CC), e é vedado ao juiz que conheça da anulabilidade de ofício (art. 177, CC), mas no caso dos vícios de consentimento a ação visa a proteger o próprio autor da manifestação de vontade viciada, e em relação aos vícios sociais, aos terceiros prejudicados.

Em relação ao processo, vige em nosso sistema o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual a forma preconizada para a realização de determinado ato é antes garantia para as partes do que fim em si mesma³⁴². Em

³⁴⁰ Mas podem ser conhecidas de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, segundo RENAN LOTUFO (*Código Civil comentado*, v. 1, 2ª edição atualizada (versão digital), São Paulo, Saraiva, 2004, p. 337).

³⁴¹ “De um lado impõe-se distinguir os vícios do consentimento, isto é, o erro, o dolo e a coação; de outro, os chamados vícios sociais, ou seja, a fraude contra credores e antigamente a simulação. Enquanto os primeiros incidem sobre a vontade impedindo de se externar conforme o íntimo desejo do agente, nos dois últimos defeitos o consentimento se revela desembaraçado de peias. Na simulação, a vontade exposta se conforma com a intenção dos declarantes que se avençam no sentido de manifestá-la de maneira determinada, e na fraude contra credores o ato de alienação do património do devedor é deliberado e consciente.” *Direito civil cit.*, pp 182-183.

³⁴² “Também no que se refere à forma do ato processual e à conseqüente nulidade decorrente da não-observância do modelo, necessário verificar se para o sistema não é admissível outra escolha, mais adequada aos objetivos do próprio processo. Daí o confronto entre dois valores. De um lado, a forma do ato processual, meio pelo qual se garante a liberdade e a participação efetiva das partes, possibilitando o desenvolvimento seguro do processo. O outro valor consiste no próprio resultado previsto para o ato. Em última análise, ao exigir a observância de determinada forma, o legislador pretende assegurar o resultado do ato processual,

complemento, vigora também a máxima *pas de nullité sans grief*, segundo a qual não se declarará nulidade que não tenha gerado prejuízo a alguma das partes (art. 282, CPC), sendo que aquele que lhe deu causa não pode invocá-la (art. 276, CPC)³⁴³.

Ademais, pelo regime processual, a declaração de determinada nulidade somente contamina os atos que decorram diretamente daquele que se anulou (art. 281, CPC).

A respeito, observa-se, com J. J. CALMON DE PASSOS, ser inadequada a transposição das categorias de nulidades absolutas e relativas do direito material para o processo, uma vez que a nulidade, nesta sede, depende sempre de decretação judicial, que invariavelmente retroage à data da prática do ato anulado³⁴⁴.

cuja verificação considera imprescindível à regularidade do processo. Se tivermos de optar entre esses dois valores, sem sombra de dúvida devemos preferir o último, pois ele incorpora a natureza instrumental do processo.” JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 59-60.

³⁴³ “Outro dos princípios que nutrem o tema pressupostos da nulidade é o denominado de ‘transcendência’ plasmado na antiga máxima *pas de nullité sans grief*, que significa que as nulidades não existem no mero interesse da lei: não há nulidade sem prejuízo. Requer-se que quem invoca o vício formal alegue e demonstre que tal vício lhe produziu um prejuízo certo e irreparável, que não pode sanar-se senão com o acolhimento da alegação de nulidade. É incorrer em uma excessiva solenidade e em um formalismo vazio prever com nulidade todos os afastamentos do texto legal, ainda aqueles que não provocam prejuízo algum. A existência do prejuízo deve ser concreta e devidamente evidenciada. A mera intervenção genérica de que se violou o direito de defesa em juízo, não satisfaz nem supre a exigência de indicar, ao tempo de promover-se o incidente de nulidade e como um requisito de admissibilidade, qual é o prejuízo sofrido...as...defesas de que se viu privado ou as provas que não pôde produzir. Não bastam, para que a nulidade processual seja procedente, a existência de um vício e a ineficácia do ato, se a omissão ou o ato defeituoso ou não prejudica os litigantes, que, apesar disso, exercem suas faculdades processuais, ou não o fizeram porque não tinham defesa a opor ou nada a dizer ou a observar no caso. Ademais, deve-se ter interesse pessoal na declaração da nulidade. Em outros termos, somente as partes são legitimadas para invocar a mesma.” ROQUE KOMATSU, *Da invalidade no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 241.

³⁴⁴ “Essa transposição de categorias de nulidades, já muito bem trabalhadas no direito privado, carece de adequabilidade no espaço do direito público, máxime no campo do direito processual. Sempre se entendeu residir a diferença básica entre ambas em duas características fundamentais: (a) a absoluta, opera *ex tunc*, enquanto a relativa teria eficácia *ex nunc*; a par disso, (b) as absolutas podem ser conhecidas de ofício e as relativas exigem a provocação do interessado. Pois bem, nenhuma das duas cabe no campo do direito processual. Se o que dissemos ao longo deste nosso trabalho tem pertinência, inexistente nulidade processual sem um prévio dizer do magistrado e sua decretação opera a partir do momento em que é consumada, sempre com eficácia *ex tunc* porquanto seus efeitos são postos em relação aos atos subsequentes ao ato anulado, avaliando-se a repercussão sobre eles da invalidade decretada. A par disso, ainda estou por identificar alguma invalidade processual que não seja decretável de ofício, dado que inexistente nulidade processual quando não inexistente prejuízo para os fins de justiça do processo (função jurisdicional) carecendo de relevância, nesse contexto, quando diga respeito aos vícios de vontade dos protagonistas do processo. Falar em nulidade relativa, portanto, no campo da teoria do processo, será algo a pedir uma específica teorização, que ainda não foi feita nem poderá sê-lo enquanto persistir o estado atual de coisas.” *Esboço cit.*, pp. 141-142.

3.2.3.2. Segue: transposição das invalidades de direito material para o controle judicial de convenções processuais

A transposição das disposições sobre invalidades do Código Civil para o regime das convenções processuais não se dá sempre automaticamente.

A incapacidade do agente – tanto absoluta (causa de nulidade – art. 166, I, CC) quanto relativa (que gera anulabilidade – art. 171, I, CC) – não gera maiores problemas, vez que, como já se explicou, a incapacidade civil (negocial) gera impossibilidade de celebração de convenção processual (art. 190, CPC). Pertinente, porém, a observação de FLÁVIO YARSELL, para quem, em se tratando de incapacidade relativa, o vício não poderia ser conhecido de ofício pelo juiz de tal sorte que, sendo este o único defeito do negócio jurídico e não tendo sido apontado pelas partes, o julgador não poderia recusar-lhe aplicação³⁴⁵.

Ainda no campo da capacidade, e em consonância com o que já se afirmou, reitera-se que o negócio jurídico antecedente deve levar em consideração apenas a capacidade civil (personalidade jurídica e processual) e capacidade jurídica, sendo desnecessária a capacidade postulatória – o que não ocorre, obviamente, na convenção processual incidental³⁴⁶.

³⁴⁵ “A impossibilidade de reconhecimento pelo juiz da anulabilidade acima tratada significa que ele não pode recusar validade ao negócio apenas por esse fundamento. Contudo, o juiz certamente não está impedido de alertar as partes acerca do vício, a gerar potencial ameaça à validade do processo. Além disso, a conduta das partes diante da constatação do vício pode e deve ser oportunamente valorada sob a ótica de seu dever de litigar com ética e probidade.” *Convenção das partes cit.*, p. 74.

³⁴⁶ “Capacidade processual é gênero de que são espécies a capacidade para ser parte, a capacidade para estar em juízo e a capacidade postulatória. A capacidade para ser parte, também conhecida como personalidade processual ou judiciária, é a possibilidade de demandar e de ser demandado em juízo. Tem como correlato, no plano do direito material (como, por exemplo, no art. 75, §2º, CPC, ou como já se reconheceu no que concerne aos Cartórios de Notas, que não têm personalidade jurídica, mas têm personalidade processual (...)) ou como já se reconheceu ainda quanto a certos órgãos estatais para que possam defender direitos e interesses próprios para manutenção, preservação, autonomia e independência das atividades do órgão no outro Poder (...). A capacidade para estar em juízo, igualmente conhecida como capacidade processual em senso estrito ou como *legitimatío ad processum*, concerne à possibilidade de praticar e receber por si, válida e eficazmente, atos processuais, tendo como paralelo no plano do direito material o conceito de capacidade jurídica (arts. 3º-5º, CC).” LUIZ GUILHERME MARINONI, SERGIO CRUZ ARENHART, DANIEL MITIDIERO, *Novo Código cit.*, p. 152.

Quanto ao objeto das convenções processuais, sua “licitude” (art. 104, CC) deve ser aferida a partir do permissivo processual, que se refere primeiramente a “litígios que admitam autocomposição” e, num segundo momento, aos “ônus, poderes, deveres e faculdades processuais” das partes ou ao procedimento.

Por fim, ainda que o Código de Processo Civil não estabeleça forma determinada para a celebração do negócio processual – o que, sob a ótica do direito material, conduziria à informalidade (“forma prescrita ou não defesa em lei” – art. 104, III, CC), por se tratar de ato destinado a produzir efeitos dentro do processo, moldando-o, necessária a forma escrita ou, quando menos, a possibilidade de redução a termo das disposições de modo a viabilizar sua reprodução, apenas³⁴⁷.

3.2.4. Intersecção com a lei de arbitragem: causas de nulidade da sentença arbitral de interesse para as convenções processuais

3.2.4.1. a nulidade da sentença arbitral que decorre de nulidade do compromisso ou inobservância dos limites da convenção de arbitragem

Já se assentou a premissa de que processo judicial regido por convenção das partes e arbitragem não são substancialmente diferentes, pois ambos são conformados por manifestação de vontade exarada pelas partes.

Se assim é, faz sentido que, além das causas de invalidade e demais situações em que se admite a negativa de validade do negócio jurídico pelo juiz já expostas (manifesta vulnerabilidade ou inserção abusiva em contrato de adesão), também se deva

³⁴⁷ A respeito, FLÁVIO LUIZ YARSHELL, *Convenção das partes cit.*, pp. 65. E ainda: “o negócio processual não está sujeito a forma especial (CC, art. 166, IV). Não há exigência de que seja celebrado por instrumento público, nem mesmo quando esse último for requisito de validade de atos objeto da controvérsia judicial” (p. 73). Diverge em parte MARÍLIA SIQUEIRA COSTA, que admite convenções tácitas: “Diante disso e da inexistência de especificidades no processo que rechacem as manifestações tácitas dos sujeitos – muito ao contrário, seus efeitos, em certos casos, são expressamente previstos, como a inadmissibilidade de recurso por quem praticou ato incompatível com o direito de recorrer –, não há como se negar a possibilidade de celebração de convenção processual a partir de comportamento concludente das partes ou, ao menos, de uma delas.” *Convenções cit.*, p. 129.

analisar como requisito de validade da sentença proferida com base em convenção processual as causas de nulidade da sentença arbitral previstas na lei de arbitragem (Lei nº 9.307/1996, com redação dada pela Lei nº 13.129/2015), especificamente no que diz respeito à consensualidade.

Duas causas de nulidade da sentença arbitral são de elevado interesse para o presente trabalho: a que diz respeito à nulidade do compromisso (que se interpreta extensivamente para abranger também a nulidade da cláusula³⁴⁸) e a que se refere à decisão fora dos limites da convenção de arbitragem (art. 32, I e IV, Lei nº 9.307/1996).

A nulidade da convenção de arbitragem pode se referir à forma do negócio jurídico que institui a arbitragem (pelo desrespeito às disposições do art. 10, Lei 9.307/1996), a vício na manifestação de vontade de que se originou a convenção arbitral, ou à falta de arbitrabilidade objetiva ou subjetiva do conflito³⁴⁹.

Também o inciso que diz respeito à nulidade da sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem pode ser analisado em dois cenários (art. 32, IV, Lei 9.307/1996). Em ambos, está-se diante de situação em que a convenção de arbitragem é adequada, mas a sentença não. No primeiro caso, isso ocorre pois se concedeu algo distinto do que havia sido requerido (*extra petita*³⁵⁰) ou além do que havia sido requerido (*ultra petita*).

Já no segundo, o problema decorre de os árbitros terem se afastado do procedimento determinado pelas partes na convenção de arbitragem de maneira relevante e

³⁴⁸ Cf. CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo cit.*, p. 400.

³⁴⁹ “A nulidade do compromisso está ligada diretamente à falta de algum dos elementos essenciais previstos no art. 10 da Lei, ou seja, antes de mais nada a questão tange a forma do ato que tende a instituir a arbitragem. Mas não é só: será nulo o compromisso se seu objeto versar sobre matéria que não pode ser submetida a julgamento por árbitros (direito indisponível) ou se qualquer um dos compromitentes for incapaz. E mais: considerando-se que a nulidade de que trata o inciso encampa também a cláusula, seria de reputar nulo o pacto arbitral se não ficar garantida a imparcialidade do árbitro.” CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo cit.*, p. 400.

³⁵⁰ “A sentença que concede ao autor providência não pleiteada (de natureza ou objeto diverso do requerido) é *extra petita*. Trata-se, nesse caso, de dar ao autor coisa diversa da que pediu ou, até mesmo, de julgar demanda diversa daquela trazida ao Estado-juiz pelo autor” CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 2, t. 1, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 348.

sem justificativa³⁵¹ – o que lhes seria vedado em razão de a autonomia da vontade das partes reger as regras procedimentais do processo arbitral.

A ideia de que o vício na manifestação de vontade de que emanou a cláusula ou compromisso arbitral vicia a sentença corresponde a reflexo, na arbitragem, das invalidades previstas no Código Civil.

3.2.4.2. Segue: impossibilidade de convenções impositivas

Assentada a premissa de semelhança entre arbitragem e processo definido por convenção das partes ao menos no que tange a procedimento e posições jurídicas dos sujeitos parciais, coloca-se a questão atinente ao controle de sua consensualidade – aqui entendida como a conformidade do procedimento e das disposições sobre situações jurídicas processuais com a manifestação de vontade de que emanam³⁵².

Explica-se: se é a autonomia da vontade que define o procedimento da arbitragem e dos processos judiciais em que seja possível negociação processual, então se deve assegurar que a manifestação de vontade tenha sido emitida livremente, que não esteja de maneira nenhuma viciada³⁵³, e que seja respeitada ao longo de todo o processo.

³⁵¹ CARMONA ressalva que “Os árbitros têm – e não podem deixar de ter! – poderes não só para complementar regras procedimentais (normalmente lacunosas), como também para fazer as necessárias adaptações das normas escolhidas pelas partes para melhor decidir o caso concreto. O que não podem fazer, sob pena de incidirem no vício capitulado no dispositivo comentado, é abandonar as regras selecionadas pelos contendentes, substituindo-as a seu talante por outras, de modo aleatório.” *Arbitragem e processo cit.*, p. 406.

³⁵² Prova disso é que as considerações que seguem, feitas no contexto do processo arbitral antes da vigência do Código de Processo Civil atual (e em tese que pretendia demonstrar o caráter sistêmico da arbitragem), se aplicam integralmente ao processo regido por convenção processual: “Logo, em termos puramente processuais, a autonomia exerce dupla finalidade, não apenas como pressuposto do processo arbitral. Sem ela, ou estando viciada, o próprio processo não pode transcorrer higidamente com ela, é forma com que o processo arbitral se autorreferencie em termos de procedimento, se autorregule. Por essa abordagem procedimental, que baliza a regulação pelo seu sistema, a autonomia da vontade é princípio do processo arbitral.” EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE, *Processo arbitral cit.*, p. 99.

³⁵³ “Sem a manifestação de vontade, por exemplo, não se pode conceber a existência do negócio jurídico. No plano da validade, esquadrinha-se o negócio jurídico à luz dos requisitos exigidos pela lei para que possa ser legitimado juridicamente e assim produzir os efeitos programados pelos declarantes. Se o objeto é ilícito, por

Por isso, em arbitragem, eventuais nulidades intrínsecas ao compromisso arbitral até admitem convalidação em tese, mas jamais vício relativo à consensualidade do procedimento, pois o sistema atua para evitar a existência de arbitragens impositivas³⁵⁴.

Na realidade, sequer poderia ser diferente, pois, se o principal fundamento da escolha de método de resolução de conflito que implica renúncia à jurisdição estatal (em princípio inafastável) é, como já se afirmou, a autonomia da vontade, então fácil perceber que vício de vontade na própria eleição da arbitragem retiraria toda sua legitimidade³⁵⁵.

O raciocínio pode ser transplantado para o processo civil regido por convenção das partes: se não a manifestação de vontade da qual emana a convenção processual é viciada, o procedimento ou as disposições acerca de posições jurídicas processuais nela previstos são também inválidos e, via de consequência, a sentença que vier a ser proferida nessas condições.

Disso se pode extrair que eventual vício na manifestação de vontade da qual deriva a convenção processual impacta diretamente no devido processo legal, que tem por pressuposto não só a clareza das normas que regerão o procedimento, mas também a higidez de sua fonte³⁵⁶ – o que é especialmente relevante pois, além das limitadoras já

exemplo, o negócio jurídico não passa pelo crivo da validade. Se o declarante é considerado absolutamente incapaz de praticar pessoalmente os atos da vida civil (CF, art. 3º), sua vontade, isoladamente mostra-se inapta para a formação do negócio jurídico, cuja nulidade é proclamada pelo art. 166, I, do Código Civil.” JAMES EDUARDO OLIVEIRA, *Código Civil anotado e comentado – doutrina e jurisprudência*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 180.

³⁵⁴ “O sistema não é inconsistente ao, de um lado, admitir a revisão judicial de decisões arbitrais reconhecendo a jurisdição do árbitro e, de outro, inadmitir a revisão de decisões que rejeitam tal decisão. É que, como visto desde o início, o objeto do controle externo é, nesse ponto, garantir que *não vinguem arbitragens impositivas*. O Judiciário não deve se preocupar com a inobservância de um direito contratual da parte justamente porque isso é consequência da opção da parte pela arbitragem (assim como ocorre com *errors in iudicando*). Mas, o direito à jurisdição estatal, constitucionalmente garantido, deve ser objeto de preocupação, inclusive para que não se ignore uma das mais primordiais características da arbitragem: sua consensualidade.” LUCAS BRITTO MEJIAS, *Controle da atividade do árbitro*, São Paulo, Revista dos Tribunais 2015, p. 258 (destaque do original).

³⁵⁵ “Assim como o juiz não pode extrapolar os limites da demanda tal como formulada, também o árbitro deve se ater às dimensões subjetiva e objetiva da arbitragem. (...) De qualquer forma, em dado momento o *objeto da arbitragem* é estabilizado, pois é preciso ter clareza sobre a *extensão da jurisdição dos árbitros*. O certo é que as escolhas das partes fazem parte dessa delimitação da autoridade do árbitro.” RAFAEL FRANCISCO ALVES, *A aplicação do direito pelo árbitro: aspectos relativos ao julgamento do mérito na arbitragem*, tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de doutor sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2016, p. 33.

³⁵⁶ “Ao lado do objeto, portanto, posiciona-se a manifestação de vontade como elemento estrutural do negócio jurídico. Quando a vontade é posta em um acordo com outra vontade para obter efeitos jurídicos, estamos diante do consentimento, forma de manifestação de vontade contratual. A vontade contratual, pois,

mencionadas (ausência de invalidades e garantia de adequada consensualidade), evidentemente o devido processo legal é conformador do negócio jurídico processual, simplesmente por se tratar de convenção destinada a produzir efeitos dentro do processo.

Ainda, não há previsão automática de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos regidos por convenção processual. Assim, sentença que contrarie disposição processual (ou que não a observe) é nula, em razão da quebra de consensualidade – o que não ocorre com sentença proferida após procedimento que não foi exaustivamente regulado em negócio jurídico processual mas observou as regras do Código de Processo Civil.

Prosseguindo no raciocínio, se a declaração de vontade que embasa determinada convenção processual não foi adequadamente informada, ou foi de qualquer maneira imposta por uma parte à outra, então a consensualidade do procedimento estabelecido pode estar comprometida³⁵⁷ – o que é especialmente mais grave quando se trata de renúncia a direitos, em tese possível como forma de disposição de situação processual nas situações já mencionadas.

Por isso, a quebra de consensualidade parece ser o mote que justifica atuação judicial para controle de convenção processual nas hipóteses de inserção abusiva em contrato de adesão e manifesta vulnerabilidade: quer porque a disposição sobre negócio processual foi inserida por uma das partes sem possibilidade de discussão pela outra³⁵⁸,

não se apresenta dirigida a esmo, mas vem colimar um fim concreto, em relação a um objeto, um bem economicamente avaliável. Destarte, a vontade contratual deve ser sempre orientada para um fim. A partir da existência do consentimento são examinados os outros elementos do negócio jurídico contratual: o objeto, comum a todos os contratos, como aqueles exigidos em determinadas relações; a forma prescrita em lei; a entrega da coisa integrante da natureza do contrato (contratos reais) etc." SILVIO DE SALVO VENOSA, *Direito Civil cit.*, pp. 579/580.

³⁵⁷ "(...) a instituição da arbitragem em inobservância ao quanto estipulado pelas partes significará um mecanismo substancialmente diverso daquele contratado, pelo qual as partes não manifestaram consenso. É por isso que, ao contrário do que ocorre com relação a outras peculiaridades da convenção cuja inobservância não admite o controle externo, o sistema corretamente confere a tal manifestação de vontade relevância equivalente à opção pela própria arbitragem, maculando o desenvolvimento de arbitragens e consequentes sentenças arbitrais que desrespeitem as convenções nesse específico tocante." LUCAS BRITTO MEJIAS, *Controle cit.*, p. 257.

³⁵⁸ Exemplo de desvio que poderia ocorrer caso não existisse a regra mencionada se encontra no direito norte-americano, em que são permitidas modificações unilaterais em contratos de consumo por adesão. Veja-se: "Unilateral amendments give drafters a kind of contractual dexterity. If a court in a particular state invalidates a term, a firm need not delete the term. Instead, the firm can simply replace it with a slightly more acceptable term. As a result, judicial rulings invalidating procedural terms often simply trigger another round of unilateral amendments. This dialogue between corporations and courts creates a feedback loop. Firms have little reason to tailor their revisions to adherents' preferences because adherents probably cannot track the

quer porque a parte era vulnerável, possível negar aplicação ao negócio jurídico processual impositivo.

Mais: se o juiz se afasta das regras procedimentais acordadas pelas partes na convenção processual ou admite ato praticado em desconformidade com situação jurídica que havia sido objeto de negócio processual (por exemplo, determinando o processamento de apelação interposta após renúncia válida ao direito de recorrer), esses atos (e eventuais decisões que deles decorram) são nulos.

3.3. TERCEIRA FUNÇÃO DO JUIZ: APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO PROCESSUAL

Superadas as fases precedentes da função judicial num processo regido por convenção das partes, cabe ao juiz, finalmente, aplicar o negócio jurídico processual celebrado cuja validade tenha sido reconhecida (ou não impugnada)³⁵⁹.

Porque nosso sistema jurídico confere poder à manifestação de vontade para vincular as partes, o juiz aplica a convenção processual da mesma forma que aplicaria

often subtle changes to procedural terms. Instead, firms write to persuade courts that their new clauses – though barely different – no longer offend important policies. This ‘private conversation’ ensures that adherents cannot discipline the market for amended clauses; indeed, their desires play no role in the formulation of these terms. Moreover, because businesses constantly tinker with their terms, courts must constantly determine whether new iterations are enforceable. Rather than decreasing the strain on the judicial system, this aspect of contract procedure keeps courts actively involved.” *The shadow terms cit.*, pp. 645-646.

³⁵⁹ A respeito, HEITOR SICA: “De resto, a eficácia das convenções processuais abrange apenas as partes que a celebraram, sendo inoponível a outros sujeitos (salvo raras exceções), pois seu fundamento é o livre exercício da autonomia da vontade.” E prossegue: “Por essa razão constitui um falso problema o questionamento acerca da ‘vinculação’ do juiz ao negócio processual. O juiz aplica as normas processuais por força de um poder-dever que lhe foi atribuído pelo sistema, e não em razão de sua autonomia privada. Nesse passo, se a ordem jurídica pátria passou a permitir que as partes criassem normas convencionais, que se sobrepujariam àquelas legais, o juiz é obrigado a aplicá-las, dentro dos limites reconhecidos no ordenamento. Apenas em algumas situações determinadas se exigirá o concurso da homologação para eficácia (e não validade) do negócio.” *Comentários cit.*, p. 752.

outro contrato qualquer que lhe fosse submetido³⁶⁰: porque se trata de uma fonte autônoma de criação de norma jurídica que ele tem de fazer valer³⁶¹ (heterovinculação)³⁶².

Cabe-lhe, assim, promover o respectivo cumprimento com os meios e recursos de que dispuser³⁶³.

Em complemento, porque a própria ação é um poder da parte, que enseja sujeição do Estado e não se limita ao mero ajuizamento da demanda, então também decorrem dele os poderes instrumentais para a obtenção da tutela jurisdicional³⁶⁴.

³⁶⁰ “Com efeito, nas convenções processuais o magistrado exerce apenas um controle sobre a sua validade, ao contrário do ato dispositivo concordante que precisa de homologação. Assim, competirá ao juiz efetuar o devido controle sobre a existência de vícios materiais e processuais e, caso não haja máculas à sua validade, deverá aplicar as regras convencionadas imediatamente, sem a necessidade de um pronunciamento homologatório próprio, salvo disposição legal em contrário.” TRICIA NAVARRO XAVIER CABRAL, *Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais in* ANTONIO DO PASSO CABRAL, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015, p. 230. Ela, contudo, destaca que os termos da convenção “só produzirão efeitos no processo após um pronunciamento judicial validando o ato” (p. 230). Em sentido contrário, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY: “Embora os negócios processuais devam se submeter à homologação judicial (art. 200, CPC/2015) (...)”. *Fatos processuais cit.*, p. 268.

³⁶¹ “Enquanto as partes vinculam-se por sua autonomia e liberdade, voluntariamente assumindo obrigações ou dispondo sobre as formalidades processuais (autovinculação), o vínculo jurídico, para o juiz, não decorre de uma declaração de vontade estatal que se agregaria àquela das partes. Trata-se de *heterolimitação* da atuação judicial, incidente sobre os atos e formalidades do processo, operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia que o ordenamento processual lhes assegura. O juiz se vincula porque tem o *dever de aplicar a norma convencional*, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento, seja para dar cumprimento à avença nos casos em que outros sujeitos tiverem que adimplir. Afinal, no Estado de Direito (*rule of law*), não é só a norma legislada que deve ser aplicada pelo juiz, mas também a norma convencional definida no limite da autonomia privada.” ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções cit.*, p. 256.

³⁶² “(...) o juiz se vincula ao negócio não porque ele está ou não no negócio, não porque ele está sujeito ou não ao negócio, não porque ele tem capacidade negocial, tenha ou não capacidade negocial. O juiz se vincula ao negócio porque o negócio é uma fonte normativa, é uma distinção importante entre autovinculação e heterovinculação. O juiz se vincula ao negócio da mesma forma que ele se vincula à Lei. No Estado de Direito, o juiz se vincula ao ordenamento jurídico, e uma das fontes do ordenamento é o negócio jurídico. Nós temos a lei, nós temos o costume, nós temos o negócio, nós temos a jurisprudência, o precedente que também é fonte. Então, o juiz se vincula ao negócio, não porque ele integra o negócio, mas porque ele, como um agente de um Estado de Direito, está diante de uma heterovinculação. As partes se vinculam porque estão ali autovinculadas, o juiz está heterovinculado da mesma forma que está vinculado à Lei.” LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, *Os papéis respectivos do árbitro e do juiz no controle do negócio jurídico processual in* CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO, LETÍCIA ABDALLA, JOÃO LUIZ LESSA NETO (orgs.) *Negócios jurídicos processuais na arbitragem*, São Paulo, CIESP, 2017, p. 49.

³⁶³ “O juiz se vincula diretamente aos negócios jurídicos processuais, seja quando relacionados ao procedimento, seja quando relacionados a ônus, poderes e deveres processuais, devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado entre as partes.” PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais*, 2ª edição, revista e atualizada, Salvador, Juspodium, 2016, p. 231.

³⁶⁴ “Não será demasiado lembrar que a *ação* é corretamente qualificada pela doutrina como um *poder* do autor, que impõe estado de *sujeição* ao Estado: ele deve dar resposta aos reclamos de tutela jurisdicional. e se o poder de ação, sob concepção analítica, não se exaure com a simples propositura da demanda, então é

Dito de outra forma, as convenções processuais celebradas pelas partes produzem efeitos a que deve se sujeitar o juiz, independentemente de ele próprio estar de acordo com sua existência ou seu teor, e a despeito de não ter emitido qualquer manifestação de vontade a respeito³⁶⁵.

Nesse ponto, novamente é possível a comparação com a arbitragem: da mesma forma que um compromisso arbitral, um contrato contendo disposições sobre as posições jurídicas das partes ou o procedimento é simplesmente um negócio jurídico que as partes requerem seja aplicado pelo juízo³⁶⁶.

De maneira mais específica, havendo no sistema cláusula geral de negociação processual (art. 190, CPC) e estabelecido que as convenções processuais se regem pelo brocardo *in dubio pro libertate*, o julgador não se exime de cumprir eventual acordo procedimental ou sobre posições jurídicas das partes ao fundamento de que ele não estaria previsto em lei, nem invocando ineditismo ou desconhecimento a respeito do tema.

Por isso, as possibilidades genéricas referidas no item 2.3.3 e subitem 2.3.3.1 seguem apenas de parâmetro exemplificativo das inúmeras opções que as partes ora têm a seu dispor e que devem ser aplicadas pelo juiz, ausentes causas de invalidade.

Entende-se, quanto à situação específica do calendário processual, que a vinculação judicial, conquanto limitada, é sempre do juízo – e não da pessoa física do juiz³⁶⁷ –, pois o magistrado age no processo na qualidade de representante do Estado, jamais com base na conveniência com que regeria seus negócios na vida privada.

Por isso é que, mesmo em caso de remoção ou substituição, a calendarização elaborada pelas partes e juiz antecedente segue vigente, em raciocínio

correto entender que o desenrolar do processo também envolve poderes compatíveis com a obtenção de referida tutela.” FLAVIO LUIZ YARSELL, *Que futuro cit.*, p. 2.

³⁶⁵ “(...) il y a place pour des *accords procéduraux entre les seules parties qui produisent effet à l’égard du juge indépendamment de son propre accord.*” E prossegue : “L’idée perçue ici que c’est la maîtrise de litige par les parties qui est en cause, plus que l’administration de la procédure par le juge, et ce pourrait être une loi que l’accord des parties s’impose d’autant plus au juge que cet accord a pour objet la matière même du litige et sa solution par le juge.” LOIC CADIET, *Les conventions cit.*, pp. 74 e 75, respectivamente.

³⁶⁶ “Like an arbitration contract, a contract to modify the rules of litigation is simply a contract that the parties ask the courts to enforce. [C]ourt enforcement of private contract terms does not constitute state action. Without state action, there can be no due process violation.” HENRY S. NOYES, *If you (re) build it, they will come cit.*, pp. 624-625.

³⁶⁷ Em sentido contrário, RAFAEL SIRANGELO DE ABREU, “*Customização (...)*” *cit.*, p. 70.

semelhante ao da impossibilidade de alteração de entendimento decorrente da preclusão de questões para o juiz³⁶⁸.

3.3.1. Segue: cumprir e dar cumprimento à convenção processual

Ensinou ROQUE KOMATSU, em considerações tecidas sob a égide do Código de Processo Civil revogado, mas que seguem atuais, “Os deveres processuais do juiz são os que lhe impõe a lei em relação (a) à direção e desenvolvimento do processo; (b) à resolução da lide e (c) à execução”³⁶⁹.

Dessa classificação, que se adota pela clareza, interessam especialmente os deveres associados à direção e desenvolvimento do processo³⁷⁰, dentre os quais se destacam: (i) “dever de presidir todo ato em que deve intervir o juiz como autoridade” (não se admitindo delegação); (ii) “dever de determinar o tipo de processo (o trâmite processual) a seguir”; (iii) “dever de vigiar para que durante a tramitação da causa se procure a maior celeridade e economia processual”³⁷¹; (iv) “dever de concentrar as

³⁶⁸ Discorda TRICIA CABRAL, para quem “caso o afastamento do feito seja em caráter definitivo, o novo juiz poderia rever os prazos inicialmente estabelecidos para aderir, modificar ou extinguir o calendário. Não há outra forma de conjugar o presente instituto na nossa realidade forense, em que os prazos dos magistrados são impróprios e há efetivamente variados motivos que levam à substituição dos mesmos na direção do feito.” *Reflexos cit.*, p. 235.

³⁶⁹ *Notas cit.*, p. 697.

³⁷⁰ “São espécies dos deveres processuais do juiz de direção, vinculados (a) ao processo e ao procedimento; (b) aos sujeitos intervenientes e (c) o objeto do processo. E dentro deste último título, os referentes (a) à pretensão, (b) à prova e (c) ao direito que sustenta tal pretensão.” ROQUE KOMATSU, *Notas cit.*, p. 697.

³⁷¹ “A atividade do juiz no processo se encontra bem delineada: (i) existe o impulso automático do processo, que é o oficial (artigo 262); (ii) ainda, a assegurar a inexorabilidade e a irreversibilidade deste impulso, existem as preclusões (artigo 473); (iii) a complementar o impulso oficial, existe para o juiz o poder de extinguir o processo, onde haja inatividade bilateral (artigo 267, nº II); (iv) ademais, e na mesma linha, existe o artigo 267, nº III, que, diante de solicitação do réu, e havendo inércia do autor, por mais de trinta dias, outorga ao juiz o poder-dever de extinguir o processo; e (v) a julgar antecipadamente (artigo 330, nºs I e II).” *Notas cit.*, p. 701. Observação: as referências a artigos dizem respeito a dispositivos do Código de Processo Civil revogado e correspondem, respectivamente, aos artigos 293, §2º; 507; 485, II, III; e 355 (correspondência parcial, com alteração de texto) do Código de Processo Civil atual.

diligências”; (v) “dever de dispor toda diligência necessária para evitar nulidades”; (vi) “dever de fixar prazos processuais”³⁷².

A respeito, dispõe o Código de Processo Civil vigente (art. 139) que cabe ao juiz dirigir o processo, sempre para frente – sem retrocessos indesejados a fases já superadas do procedimento –, ditando providências a serem adotadas e guiando a marcha processual até a sentença³⁷³.

Os deveres mencionados podem ser transpostos para o processo regido por convenção das partes, de modo que, ao presidir audiência (i), o juiz fomente a celebração de convenções processuais (da mesma forma que faria com a conciliação), atentando-se para a celeridade e economia processuais (iii), concentrando diligências (iv), controlando o conteúdo respectivo (v – função de controle).

Reconhecendo estar diante de processo regido por convenção das partes ou tendo obtido êxito em fomentar a celebração de negócio jurídico processual, o juiz deve adotar o procedimento determinado pelas partes (ii), sujeitando-se ao conteúdo do acordo de vontades, também no que diz respeito a prazos processuais (vi).

Em complemento, além de ele próprio cumpri-lo, o juiz deve atuar para dar cumprimento ao negócio jurídico processual, “tomando medidas que possam concretizar o efeito prático pretendido pelas partes, e também exigindo de outros sujeitos condutas consentâneas com as obrigações assumidas”³⁷⁴ – inclusive das próprias partes, se o caso.

Exemplificando, cabe ao juiz indeferir petição inicial de ação de conhecimento ou execução ajuizada em desacordo com *pacto de non petendo* ou *pacto de non exequendo*, ainda que parciais (ou seja, relativos a *high-low agreements* ou a convenções de delimitação de faixas de responsabilidade). Deve ele ainda indeferir a

³⁷² *Notas cit.*, pp. 698-706.

³⁷³ “Eis suas principais características: O juiz atua no processo como autoridade, vale dizer, como personificação do Estado, como personificação de um dos três Poderes da República, o Judiciário, fazendo valer coativamente seus comandos ao longo da relação processual; há sujeição das partes à autoridade judiciária, que, atuando nos limites da lei, ordena e comanda a marcha dos atos processuais dos demais sujeitos do processo; são atribuídos poderes ao juiz e não simples faculdades, uma vez que aqueles são emanções diretas do Poder a que pertence que personifica no processo; vigora o princípio dispositivo, deixando-se às partes a iniciativa de atos fundantes do processo que dizem mais de perto a seus interesses individuais.” VICENTE MIRANDA, *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 148.

³⁷⁴ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Convenções cit.*, p. 271.

produção de provas requeridas pela parte em desconformidade com convenção que as limita validamente. Toca ao relator negar seguimento a recurso interposto em contrariedade a convenção de instância única ou que renuncia a prazo recursal, e assim por diante.

3.3.2. Segue: juiz não é parte das convenções processuais

Existe na doutrina discussão a respeito da situação do juiz em relação às convenções processuais – se parte ou terceiro.

Para melhor compreensão do assunto, registra-se que, quando se trata de convenção processual antecedente – ou seja, celebrada no bojo de contrato “de direito material” entre as partes, antes do surgimento do litígio e de maneira preventiva a essa possibilidade – não há maiores dúvidas: não existe a possibilidade de o juiz ser parte, pois ainda não existe processo.

A dúvida surge em relação aos negócios jurídicos processuais bilaterais celebrados no curso de processo judicial e se intensifica em relação ao calendário processual, que, por determinação legal, é celebrado de comum acordo entre partes e juiz (art. 191, CPC)³⁷⁵.

³⁷⁵ A título ilustrativo, HEITOR SICA sustenta que o calendário processual é “convenção processual típica, de natureza plurilateral, da qual o juiz seria parte”, explicando que “Quando a fixação de calendário disser respeito apenas aos atos a serem praticados pelas partes (contestação, réplica, apresentação e rol de testemunhas, apresentação de quesitos e indicação de assistente técnico para prova pericial etc.) tratar-se-á de negócio processual comum, sujeito a um concurso do juiz de natureza puramente homologatória. Já no caso de haver fixação de datas para prática dos atos do juiz (como, por exemplo, a realização de audiência ou a prolação de decisões), não bastará às partes formularem ‘requerimento conjunto’; deverão elas, de fato, ‘negociarem’ com o juiz, o que renderá ensejo à celebração de um negócio processual mais complexo, de natureza plurilateral.” *Comentários cit.*, p. 775. MURILO TEIXEIRA AVELINO afirma que “[e]m determinadas situações, o legislador impôs a manifestação do próprio magistrado como elemento para o aperfeiçoamento do negócio processual. Sem a emissão volitiva do juiz, o ato não está apto a superar o plano da validade. Tratam-se, pois, de negócios processuais plurilaterais, ou seja, que exigem a manifestação de vontade válida das partes e do magistrado. Atua o juiz, então, como sujeito do ato; sem sua participação não há se falar em negócio jurídico processual válido.” *A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais*, Revista de Processo, 24:2015, obtido em www.rtonline.com.br, acesso em 23.6.2018, p. 8 (arquivo digital).

A despeito disso, a aplicação do raciocínio desenvolvido na segunda parte desse trabalho permite também comprovar que, no direito brasileiro, o juiz não é parte da convenção processual em nenhuma situação.

Mesmo que, como se afirmou, caiba ao juiz a função de fomento (ou incentivo) às convenções processuais e ao calendário processual, sua posição em relação a eventual negócio jurídico que as partes venham a celebrar se assemelharia, nesse caso, à do conciliador que aproxima e intermedeia a respectiva celebração, mas que não é parte do acordo.

O juiz exerce, em segundo lugar, a função de controle da convenção processual – da qual ele não pode se esquivar. Porque essa função não é optativa, admitir que a mesma pessoa desempenhasse o papel de parte e de julgador do contrato seria de todo indesejável³⁷⁶ ante o risco de comprometer sua imparcialidade³⁷⁷ (e também, nas palavras de ANTONIO DO PASSO CABRAL, sua “imparcialidade”³⁷⁸). Com efeito, um dos corolários do processo sob o pálio do Estado democrático de direito é que as funções de

³⁷⁶ FLÁVIO YARSELL destaca que, “[a]inda 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 juiz como ‘parte’ impediria que ele fizesse o já mencionado controle do negócio processual. Diferentemente do árbitro, o juiz estatal tem sob sua presidência outros processos (frequentemente em número significativo) e não parece desejável ou sequer factível que o juízo estabeleça regras diferenciadas que, inclusive, poderiam comprometer o respeito à ordem cronológica que a própria lei cuidou de estabelecer (art. 12).” *Convenção cit.*, p. 79.

³⁷⁷ “Imparcialidade significa que aquilo que motiva o sujeito do processo é a correção de seu proceder, para que a solução justa/legal seja aquela pronunciada. Neste sentido, imparcialidade é sinônimo de neutralidade, que impõe um ‘mandado de distanciamento’ (*Distanzgebot*) para certas figurar, como o magistrado.” ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Imparcialidade cit.*, p. 342. E prossegue, a respeito da imparcialidade do juiz: “deve ele tratar os demandantes de forma impessoal, alheio aos interesses controversos, descomprometido com a vitória de uma ou outra parte, o que é estampado em brocardo secular do direito romano: *nemo iudex in causa sua*. Não significa, entretanto, que o juízo deva ser totalmente descompromissado: o magistrado deve ter a responsabilidade com a decisão correta, dando razão à parte que deve, segundo o ordenamento jurídico, sagrar-se vencedora” (p. 343).

³⁷⁸ “A imparcialidade é a condição do Estado-juiz, típico *status* de um terceiro, não no sentido das intervenções de terceiro, mas significativa da figura de um *tertium* ao qual é atribuída a solução do litígio quando vedada a autotutela, substituída pela justiça estatal (*terzietà* na nomenclatura italiana, que já foi utilizada também no Brasil). O monopólio estatal da jurisdição e a proibição da justiça privada impõem a existência de um sujeito com esta característica, investido da função de julgamento e que seja estranho ao conflito. Nesse cenário, a repartição de tarefas, por seccional o quadro funcional de acordo com as figuras participantes, gera um feixe completo de *incompatibilidades* entre as funções a praticar e determinados sujeitos de processo, um juízo negativo de impossibilidade da prática de um ato processual. Dizer, por conseguinte, que o juiz deve ter imparcialidade (*Unbetheiligkeit*) é apontar um divisor de águas que exclua de seu atuar qualquer função que seja típica das parte. 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 sujeitos envolvidos, refletida num juízo comparativo, um cotejo entre as figuras processuais em abstrato, em tese, com o ato ou função específica a praticar em um dado processo.” *Imparcialidade cit.*, pp. 345-347.

requerer e julgar sejam exercidas por pessoas diferentes para resguardo da integridade do sistema processual.

Logicamente, não se está comparando a situação de um juiz ser parte e julgador ao mesmo tempo ao pernicioso e conhecido problema que decorre de concentrar num mesmo órgão ou indivíduo as funções de acusar e decidir. No entanto, guardadas as devidas proporções, o raciocínio é o mesmo – e, via de consequência, trata-se de situação a ser evitada tanto quanto.

Por fim, a análise da terceira função exercida pelo juiz em relação aos negócios processuais, de aplicação, também reforça a conclusão que se vem de enunciar: ao contrário do que aconteceria com as partes da convenção, o descumprimento de qualquer de seus termos pelo juiz não lhe acarreta qualquer consequência negativa, como já se expôs.

Ainda que em tese até se pudesse imaginar a imposição de penalidade para o caso de inobservância dos termos de convenção processual pelo julgador – e, novamente em teoria, isso até faria sentido –, certo que nenhuma punição foi cominada em lei para essa situação. E, nesse contexto, seria absolutamente fantasioso imaginar que algum magistrado se autoaplicaria multa ou se autocondenaria ao pagamento de indenização às partes, ou ainda que voluntariamente se apresentaria à corregedoria para apuração de eventual infração disciplinar.

No plano da realidade, eventual sanção disciplinar até seria possível, mas dependeria de iniciativa das partes.

Por isso, tem-se que o juiz não é parte de nenhuma convenção processual no âmbito do direito brasileiro, mesmo o calendário processual³⁷⁹ – diferentemente do que

³⁷⁹ Substancialmente de acordo EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, para quem “Trata-se de negócio *bilateral*. Dele o juiz não participa como declarante. Limita-se a homologá-lo (o que é *um elemento integrativo de eficácia* do negócio jurídico, não elemento constituinte do seu suporte fático no plano da *existência*). Mesmo que o magistrado esteja comprometido a sentenciar até determinada data, em tese não haverá de sofrer qualquer sanção processual civil caso não logre cumprir a promessa (a não ser sanções de natureza correicional se a demora descambar para o plano da irrazoabilidade). Afinal, se os prazos estabelecidos *ex vi legis* para o magistrados decidir são impróprios, com maior razão para ele são impróprios os prazos fixados *ex vi voluntatis*.” *Calendarização cit.*, p. 361 – destaques do original.

conclui, por exemplo, LOÏC CADIET ao tratar do *calendrier procedural de l'affaire* francês³⁸⁰.

³⁸⁰ “D’abord, et em premier lieu, l’audiencement des affaires n’échappe pas à toute contractualisation. Seulement, le juge est alors, nécessairement, partie à la convention. Ainsi vont que ce que l’on nomme les contrats de procédure qui ont pour objet la détermination d’un commun accord du juge et des parties du calendrier procédural de l’affaire.” *Les conventions cit.*, p. 74.

CONCLUSÃO

Buscava-se, com o presente trabalho, compreender de que maneira o dever de cooperação positivado no Código de Processo Civil condiciona a atuação do magistrado nos processos regidos por convenção processual, testando a hipótese de que essa atuação nestes casos deveria ser diferente daqueles em que não houvesse (ou não existisse possibilidade de) celebração de negócios jurídicos processuais.

Viu-se que a cooperação entre partes que à primeira vista poderiam ter interesses antagônicos em relação a determinados pontos (e, portanto, não teriam incentivos para se ajudarem mutuamente) existe fora do processo civil – e até mesmo fora do direito –, sendo possível identificar diversas razões pelas quais isso acontece (reputação, sombra do futuro, perspectiva de ganhos à luz dos custos envolvidos, etc.), a partir da formulação teórica da categoria dos contratos de cooperação. No processo, a arbitragem é também um exemplo desse fenômeno.

Após análise dos contornos do dever de cooperação no processo civil, essa constatação permitiu enquadrar a possibilidade de ampla celebração de convenções processuais (arts. 190, 191, CPC) como desdobramento processual do fenômeno que já vinha sendo observado em outras searas, de modo a relacionar autonomia da vontade, cooperação e negócios jurídicos processuais. Registrou-se que a autonomia da vontade é, da mesma forma, princípio fundante da arbitragem.

Tratou-se das possibilidades e limites das convenções processuais, de modo a construir embasamento teórico para a análise da atuação que se esperava do julgador nos processos regidos por negócio jurídico processual – com atenção especial a possibilidades genéricas, que não foram (nem poderiam ser em sua totalidade) antevistas pelo legislador.

Na segunda parte do trabalho, deu-se foco à atuação do juiz, explicando que, nos processos regidos por convenção processual, ou que poderiam sê-lo, competem-lhe as funções de fomento, controle e aplicação respectiva, tendo-se demonstrado por que o julgador não é parte do negócio jurídico processual em nenhuma situação.

Essa sistematização permite concluir que, da mesma forma que não é dado ao juiz deixar de tentar conciliar as partes em relação ao direito material, ele também não pode deixar de exercer seu dever de fomento em relação às convenções processuais nos processos que as admitem. Ele tampouco pode alterar de ofício o conteúdo das convenções processuais ou simplesmente se recusar a aplicá-las por entender inconvenientes seus termos, pois a autonomia da vontade das partes no momento da celebração oferece barreira à sua atuação.

Esclareceu-se, ainda, que o dever de controle do conteúdo da convenção processual que compete ao magistrado engloba a análise da abusividade da inserção em contrato de adesão, de eventual situação de vulnerabilidade de uma das partes, e das invalidades previstas no Código Civil relativamente aos negócios jurídicos, mas não se restringe a elas: conforme se demonstrou, esse exame deve abranger também as causas de nulidade de sentença arbitral que se referem à consensualidade (ou seja, à livre e adequada manifestação de vontade relativa à própria escolha do procedimento arbitral – ou, no caso, do procedimento regido por convenção processual), aplicadas por analogia.

No que diz respeito à terceira função do juiz, demonstrou-se que cabe ao juiz a aplicação da convenção processual porque fonte de obrigações válida, independentemente de sua própria manifestação de vontade (ou opinião) a respeito. Além de cumpri-la ele próprio, nessa função está inserido seu dever de diligenciar para que os sujeitos processuais também a cumpram (mediante tutela específica ou indeferimento de requerimentos contrários ao seu teor).

Possível, ainda, afirmar com base na exposição realizada que o juiz não pode se negar a aplicar convenção processual por se tratar de negócio atípico ou pouco usual na cultura jurídica brasileira, pois a cláusula geral de negociação processual abre margem para que as partes busquem inspiração em contratos estrangeiros que já funcionem e que eventualmente possam lhe ser úteis.

Assim, sistematizado o papel do juiz no negócio processual, entende-se haver sido confirmada a hipótese inicial, tendo-se que, para a validade e legitimação do processo, o julgador deverá exercer as mencionadas funções, na medida da sua adequação aos casos concretos, extraídas do seu dever de cooperação.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, RAFAEL SIRANGELO DE, *A igualdade e os negócios processuais in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, Negócios processuais, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.*

_____, “*Customização processual compartilhada*”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC, *Revista de Processo*, 257:2016.

ALMEIDA, DIOGO ASSUMPCÃO REZENDE DE, *As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, Negócios processuais, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.*

ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*, disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 7.6.2016.

ALVES, RAFAEL FRANCISCO, *A aplicação do direito pelo árbitro: aspectos relativos ao julgamento do mérito na arbitragem*, tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de doutor sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2016.

_____, *A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal?*, *Revista de Arbitragem e Mediação*, 7:2005.

ANDRADE NERY, ROSA MARIA (em coautoria), NERY JR., NELSON, *Comentários ao Código de Processo Civil - novo CPC - lei 13.105/2015*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2015.

_____, *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação*, *Revista de Direito Privado*, 64:2015.

APRIGLIANO, RICARDO DE CARVALHO, *Ordem pública e processo – o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, São Paulo, Atlas, 2011.

- ARAGÃO, LEANDRO SANTOS (em coautoria), DIDIER JR., FREDIE, LIPIANI, JÚLIA, *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais in* Fredie Didier Jr., *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*, Salvador, Juspodium, 2018.
- ARENHART, SERGIO CRUZ (em coautoria), MARINONI, LUIZ GUILHERME, MITIDIERO, DANIEL, *Novo Código de Processo Civil comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- AVELINO, MURILO TEIXEIRA, *A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais*, Revista de Processo, 24:2015, obtido em www.rtonline.com.br, acesso em 23.6.2018.
- ÁVILA, HUMBERTO, *Teoria dos princípios*, 12ª edição ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011.
- AXELROD, ROBERT, *The evolution of cooperation*, edição revisada, Cambridge (MA), Basic Books, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS, *Convenções das partes sobre matéria processual in* *Temas de direito processual - terceira série*, São Paulo, Saraiva, 1984.
- _____, *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo in* *Temas de direito processual – nona série*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____, *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo in* *Temas de direito processual: quarta série*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- _____, *Reformas processuais e poderes do juiz in* *Temas de direito processual: oitava série*, São Paulo, Saraiva, 2004.
- BARBOZA, HELOÍSA HELENA (em coautoria), MORAES, MARIA CELINA BODIN, TEPEDINO, GUSTAVO, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2ª edição revista e atualizada, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.
- BARREIROS, LORENA MIRANDA SANTOS, *Convenções processuais e poder público*, Salvador, Juspodium, 2016.

- BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.
- BONE, ROBERT G., *Party rulemaking: making procedural rules through party choice*, Texas Law Review, 90:2012, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2057987>, acesso em 1.6.2018.
- BONFIM, DANIELA SANTOS, *A legitimidade extraordinária de origem negocial* in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.
- BONIZZI, MARCELO JOSÉ MAGALHÃES, *Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo*, Revista de Processo, 269:2017.
- BOTELHO DE MESQUITA, JOSÉ IGNÁCIO, *Vista da arbitragem a partir do processo* in FRANÇA, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES, VON ADAMEK, MARCELO VIEIRA (coords.), *Temas de direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*, São Paulo, Malheiros, 2014.
- _____, *O princípio da liberdade na prestação jurisdicional* in *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. 2, Revista dos Tribunais, 2005.
- CABRAL, ANTONIO DO PASSO, *Convenções processuais*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2018.
- _____, *Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites*, Revista de Processo, 276:2018.
- _____, *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*, Rivista di Diritto Procesuale, 2:2005.
- _____, *Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal*, Revista de Processo, 149:2007.

_____ (em coautoria), DIDIER JR., FREDIE, *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*, Revista de Processo, 275:2018, obtido em www.rtonline.com.br, acesso em 30.4.2018.

_____, *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, Revista de Processo, 126:2005, obtido em www.rt.com.br.

_____, *Recurso “per saltum” negocial: convenção processual para supressão de instância* in DANTAS, BRUNO, SCARPINELLA BUENO, CASSIO, CAHALI, CLÁUDIA ELISABETE SCHWERZ, NOLASCO, RITA DIAS (coords.), *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência após o primeiro ano de vigência do novo CPC em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*, São Paulo, RT, 2017.

CABRAL, TRICIA NAVARRO XAVIER, *Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais* in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.

CADIET, LOIC, *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, Revue française d’administration, 125:2008, disponível em <http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133-htm>, acesso em 18.5.2018.

_____, *La qualification juridique des accords processuels* in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.

_____, *Les conventions relatives au procès en droit français - Sur la contractualisation du règlement des litiges*, Revista de Processo, 160:2008.

_____ (em coautoria), NORMAND, JACQUES, MEKKI, SORAYA AMRANI, *Théorie générale du procès*, 1ª edição, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

CALMON DE PASSOS, JOSÉ JOAQUIM, *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?* in GARCIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL, CRUZ, LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO, CERQUEIRA, LUÍS OTÁVIO SEQUEIRA DE, GOMES JÚNIOR, LUIZ MANOEL

(coords.), *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.

CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS (em coautoria), DUARTE, ANTONIO AURÉLIO ABI-RAMIA, *O processo como “comunidade de trabalho” e o princípio da cooperação*, Revista da EMERJ, 18:2015.

_____, *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*, Revista de Processo, 153:2007.

CÂMARA, MARCELA REGINA PEREIRA, *A contratualização do processo civil?*, Revista de Processo, 194:2011.

CAPONI, REMO, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual*, Civil Procedure Review, 2:2010.

CAPPELLETTI, MAURO, *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*, Revista de Processo, 74:1994.

CARMONA, CARLOS ALBERTO, *Arbitragem e processo*, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Atlas, 2009.

_____, *Arbitragem e jurisdição*, Revista de Processo, 58:1990, disponível em www.rt.com.br, acesso em 29.6.2018.

CHAGAS, BÁRBARA SECCATO RUIS (em coautoria), MAZZEI, RODRIGO, *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.

CIANCI, MIRNA (em coautoria), MEGNA, BRUNO LOPES, *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.

- COASE, RONALD H., *The relevance of transaction costs in the economic analysis of law in* PARISI, FRANCISCO, ROWLEY, CHARLES K., (orgs.), *The origins of law and economics – essays by the founding fathers*, Camberley Surrey, Edward Elgar, 2007.
- COMOGLIO, LUIGI PAOLO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, *Rivista di Diritto Processuale*, 4-5:2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*, Brasília, CNJ, 2017.
- COSTA, EDUARDO JOSÉ DA FONSECA, *Calendarização Processual in* CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.
- COSTA, MARÍLIA SIQUEIRA DA, *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de mestra sob a orientação do Prof. Associado Associado Heitor Vitor Mendonça Sica, São Paulo, 2017.
- _____ (em coautoria), LIPIANI, JÚLIA, *Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal in* CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.
- COSTA E SILVA, PAULA, *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- _____, *O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade*, *Revista de Processo*, 158:2008.
- CUNHA, LEONARDO CARNEIRO, *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro in* CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.

_____, *O princípio contraditório e a cooperação no processo*, disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>, acesso em 6.6.2016.

Os papéis respectivos do árbitro e do juiz no controle do negócio jurídico processual in VALENÇA FILHO, CLÁVIO DE MELO, ABDALLA, LETÍCIA, LESSA NETO, JOÃO LUIZ (orgs.) *Negócios jurídicos processuais na arbitragem*, São Paulo, CIESP, 2017.

_____, *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*, in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.

DALLA BARBA, RAFAEL GIORGIO (em coautoria), LOPES, ZIEL FERREIRA, STRECK, LENIO LUIZ, DELFINO, LÚCIO, *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*, Consultor Jurídico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>, acesso em 2.4.2018.

DAVIS, KEVIN E. (em coautoria), HERSHKOFF, HELEN, *Contracting for procedure*, William & Mary Law Review, 53:2011.

DELFINO, LÚCIO (em coautoria), LOPES, ZIEL FERREIRA, STRECK, LENIO LUIZ, DALLA BARBA, RAFAEL GIORGIO, *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*, Consultor Jurídico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>, acesso em 2.4.2018.

DIDIER JR., FREDIE, *Cláusulas gerais processuais*, disponível em www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais, acesso em 15.5.2018

_____, *Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial*, disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/91492/2015_didierjunior_fredie_fonte_normativa.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 6.4.2018.

- _____ (em coautoria), CABRAL, ANTONIO DO PASSO, *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*, Revista de Processo, 275:2018, obtido em www.rtonline.com.br, acesso em 30.4.2018.
- _____, *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015* in MARCATO, ANA, GALINDO, BEATRIZ, GÓES, GISELE FERNANDES, BRAGA, PAULA SARNO, APRIGLIANO, RICARDO, NOLASCO, RITA DIAS (coords.), *Negócios Processuais*, v. 1 da Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro, Salvador, Juspodium, 2017.
- _____ (em coautoria), LIPIANI, JÚLIA, ARAGÃO, LEANDRO SANTOS, *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais* in Fredie Didier Jr., *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*, Salvador, Juspodium, 2018.
- _____, *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.
- _____, *Princípio da cooperação: uma apresentação*, Revista de Processo, 127: 2005, obtido em www.rt.com.br.
- _____, *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier%203%20-%20formatado.pdf>, acesso em 5.6.2018.
- DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2013.
- _____, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, 6ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2009.
- _____, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 7ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2017;
- _____ (em coautoria), LOPES, BRUNO VASCONCELOS CARRILHO, *Teoria geral do novo processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2016.

- DINAMARCO, PEDRO DA SILVA, *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*, tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de doutor sob a orientação do Prof. Titular Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, 2007.
- DI SPIRITO, MARCO PAULO DENUCCI, *Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual*, Revista de Direito Privado, 63:2015.
- DUARTE, ANTONIO AURÉLIO ABI-RAMIA (em coautoria), CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS, *O processo como “comunidade de trabalho” e o princípio da cooperação*, Revista da EMERJ, 18:2015.
- DUARTE JUNIOR, LUIZ PÉRISSÉ (em coautoria), GUIMARÃES, VIRGINIA SANTOS PEREIRA, *Limites da responsabilidade civil do árbitro por erro ‘in judicando’ – um paralelo necessário*, Revista do Advogado, 119:2013.
- ELIAS, CARLOS EDUARDO STEFEN, *Imparcialidade dos árbitros*, tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de doutor sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2014.
- EZEQUIEL, CAROLINE DAL POZ, *Negócios Jurídicos Processuais*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Cândido Rangel Dinamarco para a obtenção do título de Mestre, São Paulo, 2018.
- FAZZALARI, ELIO, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 7ª edição, Padova, Cedam, 1994.
- FERRAZ JÚNIOR, TERCIO SAMPAIO, *Suspeição e impedimento em arbitragem – sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996*, Revista de Arbitragem e Mediação, 28:2011.
- FORGIONI, PAULA ANDREA, *Contratos Empresariais – Teoria Geral e aplicação*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- FREITAS JR., ANTONIO RODRIGUES DE, *Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito*, Revista do Advogado, 123:2014.

- GAJARDONI, FERNANDO DA FONSECA, *Flexibilização Procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de cordo com as recentes reformas do CPC*, São Paulo, Atlas, 2008.
- _____ (em coautoria), SOUZA, MAURÍCIO BEARZOTTI DE, *Os princípios da adequação, da adaptabilidade de flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC*, Revista TST, 82:2016.
- GARCIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL, *A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC*, Revista de Informação Legislativa, 190:2011.
- GODINHO, ROBSON RENAULT, *Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira?*, Revista do Advogado, 126:2015.
- _____, *A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.
- GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, *Direito Civil Brasileiro*, v. 1, 10ª edição (versão digital), São Paulo, Saraiva, 2012.
- GOUVEIA, LUCIO GRASSI, *A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro*, Revista de Processo, 172:2009, obtido em www.rt.com.br.
- GRECO, LEONARDO, *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões in GARCIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL, CRUZ, LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO, CERQUEIRA, LUÍS OTÁVIO SEQUEIRA DE, GOMES JÚNIOR, LUIZ MANOEL (coords.), 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.
- GRINOVER, ADA PELLEGRINI, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975.
- GUIMARÃES, VIRGINIA SANTOS PEREIRA (em coautoria), DUARTE JUNIOR, LUIZ PÉRISSÉ, *Limites da responsabilidade civil do árbitro por erro ‘in judicando’ – um paralelo necessário*, Revista do Advogado, 119:2013.

- HERSHKOFF, HELEN (em coautoria), DAVIS, KEVIN E., *Contracting for procedure*, William & Mary Law Review, 53:2011.
- HORTON, DAVID, *The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments*, UCLA Law Review 605:2010.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, ANTONIO, *Negócio Jurídico – existência, validade e eficácia*, 4ª edição atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002), São Paulo, Saraiva, 2002.
- KAPELIUK, DAPHNA (em coautoria), KLEMENT, ALON, *Contractualizing procedure*, não publicado, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1323056>, acesso em 31.5.2018.
- KERN, CHRISTOPH A., *Procedural contracts in Germany in* CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.
- KLEMENT, ALON (em coautoria), KAPELIUK, DAPHNA, *Contractualizing procedure*, não publicado, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1323056>, acesso em 31.5.2018.
- KOMATSU, ROQUE, *Da invalidade no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- _____, *Notas em torno dos deveres processuais dos juízes in* SALLES, CARLOS ALBERTO DE (coord.), *As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- LASPRO, ORESTE NESTOR DE SOUZA, *Da expressa proibição à “decisão-surpresa” no novo CPC*, Revista do Advogado, 126:2015.
- LEQUETTE, SUSANNE, *Entre le contrat-échange et le contrat-organisation: le contrat coopération*, Revue de Droit d’Assas, 7:2013.
- LIEBMAN, ENRICO TULLIO, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 2005.

- LINS CONCEIÇÃO, MARIA LÚCIA (em coautoria), MELLO, ROGERIO LICASTRO TORRES DE, RIBEIRO, LEONARDO FERRES DA SILVA, WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, 1ª edição, 3ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- LIPIANI, JÚLIA (em coautoria), SIQUEIRA, MARILIA, *Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal in* CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.
- _____ (em coautoria), DIDIER JR., FREDIE, ARAGÃO, LEANDRO SANTOS, *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais in* Fredie Didier Jr., *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*, Salvador, Juspodium, 2018.
- LOPES, BRUNO VASCONCELOS CARRILHO (em coautoria), DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, *Teoria geral do novo processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2016.
- LOPES, ZIEL FERREIRA (em coautoria), STRECK, LENIO LUIZ, DELFINO, LÚCIO, DALLA BARBA, RAFAEL GIORGIO, *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*, Consultor Jurídico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>, acesso em 2.4.2018.
- LORENCINI, MARCO ANTONIO GARCIA LOPES, *A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias in* SALLES, CARLOS ALBERTO DE (coord.), *As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- LOTUFO, RENAN, *Código Civil comentado*, v. 1, 2ª edição atualizada (versão digital), São Paulo, Saraiva, 2004.
- LUCCA, RODRIGO RAMINA DE, *Disponibilidade processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*, tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo para obtenção do título de doutor sob a orientação do Prof. Titular Flávio Luiz Yarshell, São Paulo, 2018.

MARINONI, LUIZ GUILHERME (em coautoria), ARENHART, SERGIO CRUZ, MITIDIERO, DANIEL, *Novo Código de Processo Civil comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, CLAUDIA LIMA, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

MAZZEI, RODRIGO (em coautoria), CHAGAS, BÁRBARA SECCATO RUIS, *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem in* CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.

MEGNA, BRUNO LOPES (em coautoria), CIANCI, MIRNA, *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo in* CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.

MEJIAS, LUCAS BRITTO, *Controle da atividade do árbitro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MEKKI, SORAYA AMRANI (em coautoria), CADIET, LOÏC, NORMAND, JACQUES, *Théorie générale du procès*, 1ª edição, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

MELLO, ROGERIO LICASTRO TORRES DE (em coautoria), LINS CONCEIÇÃO, MARIA LÚCIA, RIBEIRO, LEONARDO FERRES DA SILVA, WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, 1ª edição, 3ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MÉNARD, CLAUDE, *Hybrid modes of organization. Alliances, Joint ventures, networks and other 'strange animals' in* GIBBONS, ROBERT, ROBERTS, JOHN, *The handbook of organizational economics*, Princeton University Press, 2012, disponível em <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00624291>, acesso em 13.3.2018.

_____, *The economics of hybrid organizations*, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 160:2004.

- MIRANDA, VICENTE, *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1992.
- MITIDIERO, DANIEL, *A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro*, *Revista do Advogado*, 126:2015.
- _____, (em coautoria), ARENHART, SERGIO CRUZ, MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Novo Código de Processo Civil comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- MOFFITT, MICHAEL L., *Contingent agreements: agreeing to disagree about the future*, *Marquette Law Review*, 87:2004, disponível em <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol87/iss4/8>, acesso em 19.6.2018.
- _____, *Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable*, *George Washington Law Review*, 75:2007, disponível em <https://ssrn.com/abstract=888221>, acesso em 9.3.2018.
- MORAES, MARIA CELINA BODIN (em coautoria), BARBOZA, HELOÍSA HELENA, TEPEDINO, GUSTAVO, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2ª edição revista e atualizada, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.
- MOREIRA, VICTÓRIA HOFFMAN (em coautoria), PEIXOTO, JULIENE DE SOUZA, *Negócios jurídicos processuais e os poderes instrutórios do juiz in* MARCATO, ANA, GALINDO, BEATRIZ, GÓES, GISELE FERNANDES, BRAGA, PAULA SARNO, APRIGLIANO, RICARDO, NOLASCO, RITA DIAS (coords.), *Negócios Processuais*, v. 1 da Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro, Salvador, Juspodium, 2017.
- MÜLLER, JULIO GUILHERME (em coautoria), REDONDO, BRUNO GARCIA, *Negócios processuais relativos a honorários advocatícios*, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 16:2015, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19961/14301>, acesso em 10.6.2018.
- NERY JR., NELSON (em coautoria), ANDRADE NERY, ROSA MARIA, *Comentários ao Código de Processo Civil - novo CPC - lei 13.105/2015*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, *Negócios jurídicos processuais*, 2ª edição, revista e atualizada, Salvador, Juspodium, 2016.

_____, *Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro*, in CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, coleção Grandes Temas do novo CPC, Salvador, Juspodium, 2015.

_____, in Wambier, Teresa Arruda Alvim *et alli*, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

NORMAND, JACQUES (em coautoria), CADIET, LOÏC, MEKKI, SORAYA AMRANI, *Théorie générale du procès*, 1ª edição, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

NOYES, HENRY S., *If you (re)build it, they will come: contracts to remake the rules of litigation in arbitration's image*, Harvard Journal of Law & Public Policy, 30:2007, disponível em <https://ssrn.com/abstract=891301>, acesso em 25.5.2018.

OLIVEIRA, JAMES EDUARDO, *Código Civil anotado e comentado – doutrina e jurisprudência*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2010.

OLIVEIRA NETO, OLAVO DE in SCARPINELLA BUENO, CASSIO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 2017.

PARENTE, EDUARDO DE ALBUQUERQUE, *Processo arbitral e sistema*, tese apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de doutor sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, São Paulo, 2009.

PEIXOTO, JULIENE DE SOUZA (em coautoria), MOREIRA, VICTORIA HOFFMAN, *Negócios jurídicos processuais e os poderes instrutórios do juiz in* MARCATO, ANA, GALINDO, BEATRIZ, GÓES, GISELE FERNANDES, BRAGA, PAULA SARNO, APRIGLIANO, RICARDO, NOLASCO, RITA DIAS (coords.), *Negócios Processuais*, v. 1 da Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro, Salvador, Juspodium, 2017.

PINTO, JOSÉ EMÍLIO NUNES, *Recusa e impugnação de árbitro*, Revista de arbitragem e mediação, 15:2007.

PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI, *Tratado de direito privado*, t. III, atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

_____, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*, v. 4, atualizado por Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

PRESCOTT, J. J. (em coautoria), SPIER, KATHRYN E., *Contracting on Litigation*, Law and economics research paper series, Michigan Law, paper n. 16-009:2016, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2765033>, acesso em 18.4.2018.

PUOLI, JOSÉ CARLOS BAPTISTA, *O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil* in *O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*, São Paulo, Atlas, 2015.

_____, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

RAATZ, IGOR, *Autonomia privada e processo civil – negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, Salvador, Juspodium, 2016.

REDONDO, BRUNO GARCIA (em coautoria), MÜLLER, JULIO GUILHERME, *Negócios processuais relativos a honorários advocatícios*, Revista Eletrônica de Direito Processual, 16:2015, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19961/14301>, acesso em 10.6.2018.

RESNIK, JUDITH, *Procedure as contract*, Notre Dame Law Review, 80:2005, disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/bol80/iss2/6>, acesso em 2.6.2018.

RIBEIRO, LEONARDO FERRES DA SILVA (em coautoria), LINS CONCEIÇÃO, MARIA LÚCIA, MELLO, ROGERIO LICASTRO TORRES DE, WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, 1ª edição, 3ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

RIZZARDO, ARNALDO, *Contratos*, 13ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2013.

- RODRIGUES, SILVIO, *Direito Civil*, v. 1, 33ª edição, São Paulo, Saraiva, 2003.
- MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *The decision-making mechanism of the arbitrator vis-à-vis the judge*, *Journal of international arbitration*, 25:2008.
- SALLES, CARLOS ALBERTO DE, *Arbitragem em contratos administrativos*, São Paulo, Método, 2011.
- _____, *Calendário processual: perspectivas para um processo tempo-orientado in* BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, YARSHELL, FLÁVIO LUIZ, SICA, HEITOR VITOR MENDONÇA (coords.), *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*, Salvador, Juspodium, 2018.
- SANTOS, EVARISTO ARAGÃO (em coautoria), WAMBIER, LUIZ RODRIGUES, *Sobre o “ponto de equilíbrio” entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar in* GARCIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL, CRUZ, LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO, CERQUEIRA, LUÍS OTÁVIO SEQUEIRA DE, GOMES JÚNIOR, LUIZ MANOEL (coords.), *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.
- SANTOS FILHO, HERMÍLIO PEREIRA *et alli*, *Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2011.
- SCARPINELLA BUENO, CASSIO, *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 2, t. 1, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013.
- SCHUNCK, GIULIANA BONANNO, *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*, São Paulo, Almedina, 2016.
- SCOTT, ROBERT E. (em coautoria), TRIANTIS, GEORGE G., *Anticipating litigation in contract design*, *The Yale Law Journal*, 814:2006.
- SICA, HEITOR VITOR MENDONÇA *in* SCARPINELLA BUENO, CASSIO (coord.), *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2017.

_____, *Preclusão processual civil*, 2ª edição, São Paulo, Atlas, 2011.

SILVA, FERNANDA TARTUCE, *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar* in SALLES, CARLOS ALBERTO DE, LORENCINI, MARCO ANTÔNIO GARCIA LOPES, SILVA, PAULO EDUARDO ALVES DA (coords.), *Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*, São Paulo, Método, 2012.

SILVA, LEONARDO TOLEDO DA, *Contrato de aliança – projetos colaborativos em infraestrutura e construção*, São Paulo, Almedina, 2017.

SOARES, LARA RAFAELLE PINHO, *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial à obtenção do título de mestra sob a orientação do Prof. Dr. Freddie Didier Júnior, Salvador, 2016.

SOUZA, MAURÍCIO BEARZOTTI DE (em coautoria), GAJARDONI, FERNANDO DA FONSECA, *Os princípios da adequação, da adaptabilidade de flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC*, Revista TST, 82:2016.

SPIER, KATHRYN E. (em coautoria), PRESCOTT, J. J., *Contracting on Litigation*, Law and economics research paper series, Michigan Law, paper n. 16-009:2016, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2765033>, acesso em 18.4.2018.

STRECK, LENIO LUIZ (em coautoria), DELFINO, LÚCIO, DALLA BARBA, RAFAEL GIORGIO, LOPES, ZIEL FERREIRA, *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*, Consultor Jurídico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>, acesso em 2.4.2018.

TAKAHASHI, BRUNO, *Dilemas éticos de um conciliador*, Revista do Advogado, 123:2014.

TALAMINI, EDUARDO, *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 1.6.2018.

TARTUCE, FERNANDA, *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2012.

TARTUCE, FLÁVIO, *O novo CPC e o direito civil*, São Paulo, Método, 2015.

TARUFFO, MICHELE, *Verdade negociada?*, trad. Pedro Gomes de Queiroz, Revista Eletrônica de Direito Processual, 13:2014.

TEIXEIRA DE SOUSA, MIGUEL, *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?* (01.2015), disponível em [http://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA DE SOUSA M. Omiss%C3%A3o do dever de coopera%C3%A7%C3%A3o do tribunal que consequ%C3%AAs cias 01.2015](http://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%AAs_cias_01.2015), acesso em 7.6.2016.

TEPEDINO, GUSTAVO (em coautoria), BARBOZA, HELOÍSA HELENA, MORAES, MARIA CELINA BODIN, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2ª edição revista e atualizada, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.

THORNBURG, ELIZABETH, *Designer Trials*, *Jornal of Dispute Resolutions*, 2006:2006, p. 196, disponível em www.heinonline.com, acesso em 2.6.2018.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 56ª edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, 2015.

_____, *O contrato de seguro e a regulação do sinistro*, disponível em <http://www.ibds.com.br/artigos/OContratodeSeguroeaRegulacaodoSinistro.pdf>, acesso em 6.7.2018.

TRIANDIS, GEORGE G. (em coautoria), SCOTT, ROBERT E., *Anticipating litigation in contract design*, *The Yale Law Journal*, 814:2006.

TUNALA, LARISSA GASPAR, *Comportamento processual contraditório – a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*, Salvador, Juspodium, 2015.

ULHOA COELHO, FABIO, *Curso de Direito Civil*, v. 1, 5ª edição (versão digital), São Paulo, Saraiva, 2012.

VENOSA, SILVIO DE SALVO, *Direito Civil*, v. 2, 16ª edição, São Paulo, Atlas, 2016.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES (em coautoria), SANTOS, EVARISTO ARAGÃO, *Sobre o “ponto de equilíbrio” entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar in*

- GARCIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL, CRUZ, LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO, CERQUEIRA, LUÍS OTÁVIO SEQUEIRA DE, GOMES JÚNIOR, LUIZ MANOEL (coords.), *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.
- WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM (em coautoria), LINS CONCEIÇÃO, MARIA LÚCIA, MELLO, ROGERIO LICASTRO TORRES DE, RIBEIRO, LEONARDO FERRES DA SILVA, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, 1ª edição, 3ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- WATANABE, KAZUO, *Cultura da sentença e cultura da pacificação in* Yarshell, Flávio Luiz, MORAES, MAURICIO ZANOIDE DE (orgs.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005.
- WEIDEMAIER, W. MARK C., *Customized procedure in theory and reality*, Washington and Lee Law Review, 72:2015, disponível em <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/col72/iss4/6>, acesso em 19.6.2018.
- WILLIAMSON, OLIVER E., *Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives*, Administrative Science Quarterly, 36:1991, disponível em <http://www.jstor.org/stable/2393356>, acesso em 9.7.2018.
- YARSHELL, FLÁVIO LUIZ, *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? in* CABRAL, ANTONIO DO PASSO, NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coords.), *Negócios processuais*, v. 1, Salvador, Juspodium, 2015.
- _____, *Que futuro está reservado para as convenções das partes em matéria processual?*, disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/que-futuro-esta-reservado-para-as-convencoes-das-partes-em-materia-processual/17175>, acesso em 6.12.2016.
- ZUFELATO, CAMILO, *Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC*, in FREIRE, ALEXANDRE et alli (orgs.), *Novas tendências do processo civil - estudos sobre o projeto de novo Código de Processo Civil*, Salvador, Juspodium, 2014.