Adriana Buchmann

LIMITES OBJETIVOS AO NEGÓCIO PROCESSUAL ATÍPICO

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy

Florianópolis
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Buchmann, Adriana
Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico / Adriana Buchmann ; orientador, Eduardo de Avelar Lamy - Florianópolis, SC, 2017.
395 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito. 3. Direito Processual Civil. 4. Negócios Jurídicos Processuais. 5. Processo justo. I. Lamy, Eduardo de Avelar. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Adriana Buchmann

LIMITES OBJETIVOS AO NEGÓCIO PROCESSUAL ATÍPICO

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de "Mestre" e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2017.

_____
Prof. Arno Dal Ri Junior, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

_____
Prof. Eduardo de Avelar Lamy, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

_____
Prof. Daniel Francisco Mitidiero, Dr.
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

_____
Prof. Julio Guilherme Müller, Dr.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

_____
Prof. Pedro Miranda de Oliveira, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

O processo monográfico é comumente reputado como um período de isolamento de seu escritor, permeado por abdicações e distanciamentos sociais. Com efeito, algumas abstenções se fazem necessárias em prol do foco acadêmico, à semelhança do que se observa na perseguição de qualquer objetivo que se estabeleça. Nada obstante a escrita monográfica também implicar esse necessário distanciamento, não pode ser retratada como um caminhar desacompanhado. Ela é, ao contrário, um ato de vontade praticado em ambiente de cooperação.

Essas linhas que se seguem só foram possíveis em razão do incondicional apoio e motivação a mim dispensados por meus incansáveis pais, Miguel e Márcia, aos quais dedico este trabalho.

Inescapável a referência, igualmente, àquele que ao meu lado acompanhou todo esse exaustivo período acadêmico, sempre sendo compreensivo com meus horários complexos e minhas crises de ansiedade auto-crítica. A meu irmão, Rafael.

Sempre presente nos momentos decisivos de minha vida, se completo mais esse desafio é também em razão do referencial de determinação que tenho em minha madrinha Ana.

Minha breve jornada acadêmica, ademais, jamais poderia ser descrita como solitária, considerando que a ela devo leais amigos que talvez jamais houvessem entrado em minha vida não fosse em razão dela. A Darilê e Luís, por todas as infinitas dúvidas e inseguranças que, quando compartilhadas, apaziguavam a mente e o espírito.

Igualmente, em que pese não vinculados ao mesmo programa acadêmico no mesmo tempo e espaço, agradeço aos meus amigos com quem compartilho o amor pela pesquisa, especialmente Aline, Luiza, Joana e Pedro, com os quais tanto aprendi sobre o universo acadêmico e sobre mim mesma.

Não poderia deixar de referenciar, ainda, meu profundo agradecimento aos demais amigos, os quais, ainda que diretamente não tenham interagido com minha pesquisa, indiretamente sempre me deram suporte e incentivo. Em especial, no entanto, agredeço àqueles que de algum modo auxiliaram e cooperaram para esse estudo. Leonardo, que tanto contribui para essa pesquisa, ainda que não o soubesse que o fazia quando comigo discutia acaloradamente questões jurídicas. Clarissa, que não poderia atender por outro nome, observado seu talento em clarear meu raciocínio nas oportunidades em que minha ansiedade o obscurecia. Ana Sofia, que mesmo não gostando de Direito se esforçou em me auxiliar nas searas de seu domínio. Beatriz, que bem sabia o quão sua

ajuda me era preciosa, e ainda que em prejuízo de seu próprio tempo, jamais exitou em me auxiliar. Ariani, com quem há tanto tempo compartilho o encanto pelo direito processual civil. Muito obrigada.

Em reconhecimento à infinita compreensão a mim despendida, cumprimento, ainda, meus adoráveis colegas de trabalho do Gabinete do Desembargador Henry Petry Jr., os quais sempre ostentaram demasiada flexibilidade com meus horários despadronizados, adequando o procedimento às necessidades que o direito material exigia. Especialmente, agradeço àqueles que se dispuseram a ler parcela do estudo, apesar da meta semanal de produtividade pendente (expressão do poder de autorregramento da vontade). Muito obrigada, Fernando e Leonardo.

Cumprimento com profunda gratidão o Professor Dr. Eduardo de Avelar Lamy, o qual me oportunizou minha iniciação acadêmica, compartilhando comigo seu imensurável conhecimento e sempre sendo tão atencioso e paciente com minhas dúvidas.

Agradeço, ainda, aos membros que prontamente aceitaram compor minha banca: Dr. Daniel Mitidiero, cuja obra e amplitude cognoscitiva tanto admiro e as quais enfaticamente influenciaram esse estudo; Dr. Julio Guilherme Müller, que durante tantas oportunidades espontaneamente aceitou debater ideias referentes à temática, compartilhando comigo seu imenso conhecimento; e Dr. Pedro Miranda de Oliveira, cujas aulas acompanho desde a graduação, tendo tanto me ensinado e contribuído na formação do gérmen do meu fascínio pelo direito processual civil.

Estendo meus cumprimentos, ainda, à Professora Renata Raupp Gomes, ao Dr. Paulo Henrique Moritz e a todos os professores integrantes do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, os quais tanto contribuíram no desenvolvimento do processo dessa pesquisa, me colocando em contato com obras e me instigando a novos desafios.

Por fim, agradeço em ter tantos agradecimentos a fazer. Esse feliz paradoxo me induz à conclusão de que esse caminhar, comumente reputado como solitário, guarda gratas surpresas, quando compartilhado.

"É mais o caminho, em si, do que a meta, que me atrai a mirada".

(José Carlos Barbosa Moreira, 2002)

RESUMO

Diante da atual realidade exacerbadamente litigiosa, surge, no bojo do novo Código de Processo Civil, um instrumento inovador, vez que estabelece uma cláusula geral atípica de acordo de procedimento, concedendo poder de autorregramento às partes na gestão de seu processo. Em síntese, essa cláusula representa uma alternativa ao modelo procedimental rígido previsto em lei, facultando a flexibilização e a consequente oxigenação do sistema. Partindo-se da clássica teoria do fato jurídico, tomada enquanto teoria de base, destaca-se para a presente pesquisa o negócio processual, o qual se caracteriza pela presença do autorregramento da vontade no suporte fático da norma a sobre si incidir, intencionando surtir efeitos em processo presente ou futuro. A relevância da temática reside na potencialidade de o instituto proporcionar a tão almejada efetividade à tutela jurisdicional, na medida em que permite a flexibilização do procedimento estaticamente previsto em lei, adequando a tutela às peculiaridades do direito material posto em litígio. Em que pese a redação empregada no artigo 190 do Código de Processo Civil tenha expressamente reconhecido a existência dos negócios processuais, deixou de lhes delinear contornos precisos, valendo-se de termos indeterminados para conceituar uma cláusula geral de negociação processual. Inquietando-se com o quadro retratado, a dissertação problematiza quais seriam os limites à atuação da prática negocial, bem como a partir de quais critérios se poderia alcançar, potencialmente, um diagnóstico de negociabilidade diante das infinitas possibilidades negociais inauguradas com a positivação da cláusula de convencionalização atípica. Para tanto, discutem-se as limitações impostas pela Constituição da República Federativa do Brasil, com especial enfoque nas garantias fundamentais conformadoras do processo justo, bem como os requisitos de validade disciplinados pela legislação infraconstitucional, atentando-se para a natureza jurídica mista a reger o instituto. No desenvolvimento, opta-se pelo método dedutivo e por técnica de pesquisa essencialmente bibliográfica. Os capítulos dividem-se de modo a distribuir as implicações do tema escolhido: O primeiro deles analisa o autorregramento da vontade inserido no sistema jurídico; O segundo se ocupa da conceituação e da determinação da natureza jurídica dos negócios processuais; O terceiro examina os limites constitucionais, enfatizando o núcleo de garantias processuais insuprimível; O quarto, por fim, localiza os limites infraconstitucionais e submete à prova os critérios que determinam a viabilidade negocial previamente analisados nos capítulos antecedentes – processo justo,

efetividade e legitimidade negocial. De forma conclusiva, observa-se que os negócios processuais instrumentalizam a concretização de direitos fundamentais processuais e, concomitantemente, são por eles limitados na sua atuação.

Palavras-chave: Autorregramento da vontade. Negócio processual atípico. Efetividade. Limites. Processo justo.

ABSTRACT

Given the current situation of exacerbated litigation, the new Code of Civil Procedure arises as an innovative instrument, since it establishes a atypical general clause of agreement of procedure, providing self-regulation power to the parties in the management of their process. In summary, the general procedural convention clause represents an alternative to the rigid procedure model established by the law, enabling flexibility and consequent ventilation of the system.Taking the classical theory of legal fact, taken as its base theory, stands out for the present research the procedural business, which is characterized by the presence of the self-ruling of the will in the factual support of the Rule on whether to focus, in order to have effects in the present or a future process. The relevance of this issue lies in the potential of the institute to provide the desired effectiveness of judicial protection, insofar as it allows the flexibilization of the procedure, rigidly provided by law, adjusting the tutelage to the peculiarities of the material right in dispute. Although the text used in Article 190 of the Code of Civil Procedure of 2015 expressly recognized the existence of procedural business, it no longer delineates precise outlines, once is uses undetermined terms to conceptualize a general clause of procedural bargaining. Concerning the picture presented, the dissertation problematizes what would be these limits to the performance of the negotiating practice, as well as from what criteria could be reached, potentially, a diagnosis of negotiability before the infinite negotiating possibilities inaugurated with the positive clause of Atypical conventionalization. In order to do so, we discuss the limitations imposed by the Federal Constitution, with special focus on the fundamental guarantees that conform the fair process, as well as the validity requirements disciplined by the infraconstitutional legislation, considering the mixed legal nature governing the institute. In the development, we opted for the deductive method and essentially bibliographic research technique. The chapters are divided to distribute the implications of the chosen theme. The first one analyzes the self-ruling of the will inserted in the legal system. The second chapter deals with the conceptualization and determination of the legal nature of the procedural business. The third one analyzes the constitutional limits, emphasizing the nucleus of unsuppressible procedural guarantees. The fourth chapter, finally, locates the infraconstitutional limits and tests the criteria to determinate the negotiation viability found in the previous chapters – fair process, effectiveness and business legitimacy. In a conclusive way, it is observed that the procedural businesses

instrumentalize the concretion of fundamental procedural rights and, at the same time, are limited by them in their performance.

Keywords: Self-ruling. Atypical procedural business. Effectiveness. Limits. Fair process.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/2002 – Código Civil
CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
UFSC – Universidade Federal de Santa Cartarina

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 17
1 O PAPEL DA VONTADE NO SISTEMA JURÍDICO 21
1.1 A AUTONOMIA DA VONTADE 28
1.2 A AUTONOMIA PRIVADA 37
1.2.1 As Teorias Preceptiva e Normativa 38
1.3 O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE 43
1.4 O NEGÓCIO JURÍDICO 46
1.4.1 A Teoria do Fato Jurídico 47
1.4.2 Os Contratos 56
1.4.3 A Liberdade Contratual 58
1.5 NEGÓCIOS JURÍDICOS NO ÂMBITO DO PROCESSO: CONSTITUCIONALIDADE E PRINCIPIOLOGIA APLICÁVEL 63
2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS 70
2.1 CONCEITO 88
2.1.1 Inserção nos planos da existência, validade e eficácia 94
2.1.1.1 Elementos do plano da existência 98
2.1.1.2 Elementos extrínsecos 98
2.1.1.3 Elementos Intrínsecos 101
2.1.2 Tipologia 101
2.1.2.1 Classificação de efeitos 106
2.1.3 Breve notícia histórica 107
2.1.3.1 Alemanha 108
2.1.3.2 França 111
2.1.3.3 Itália 113
2.1.3.4 Portugal 114
2.1.3.5 Estados Unidos da América 115
2.2 ESPÉCIES 117
2.2.1 Negócios jurídicos processuais atípicos 119
2.2.2 Aspectos Adjetivos 126
2.2.2.1 Resilição e Distrato 127
2.2.2.2 Pluralidade de partes e sucessores 129
2.3 NATUREZA JURÍDICA 130
2.3.1 Flexibilização procedimental 132
2.3.2 Cláusula geral e termos indeterminados 138
2.4 CONCRETIZAÇÃONORMATIVA 142
2.4.1 Juiz e negócios processuais 147
2.4.1.1 Inadimplemento 155
2.4.1.2 Descumprimento pelo juiz 158

3 LIMITES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS 161
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... 161
3.2 LIMITES OBJETIVOS ESTRUTURAIS AO NEGÓCIO PROCESSUAL: CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS 174
3.2.1 Limites Constitucionais ao Negócio Processual..... 176
3.2.1.1 Direitos fundamentais e disponibilidade do direito..... 176
3.2.1.2 Garantias Processuais..... 186
3.2.1.2.1 Lei imperativa, normas cogentes e matéria de ordem pública processual..... 194
3.2.1.2.1.1 Bons Costumes 200
3.2.1.2.2 Processo justo (devido processo legal)..... 201
3.2.1.2.3 Igualdade Material..... 206
3.2.1.2.4 Contraditório 209
3.2.1.2.5 Ampla Defesa 212
3.2.1.2.6 Estipulações probatórias..... *213*
3.2.1.2.7 Competência, juiz natural e imparcialidade do magistrado 220
3.2.1.2.8 Direito de ação (pacto de non petendo) 224
3.2.1.2.9 Provas obtidas por meios ilícitos..... 231
3.2.1.2.10 Matérias constitucionalmente reservadas à lei 236
3.2.1.2.11 Convenção acerca de fundamentação..... 237
3.2.1.2.12 Publicidade..... 242
3.2.1.2.13 Duplo grau de jurisdição 243
3.2.1.2.13.1 Recurso per saltum..... 251
3.2.2 Limites objetivos infraconstitucionais..... 255
3.2.2.1 Pressupostos processuais..... 255
3.2.2.1.1 Coisa julgada..... 262
3.2.2.2 Condições da ação..... 266
3.2.2.2.1 Legitimidade..... 267
3.2.2.2.2 Interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido..... 275
4 REQUISITOS E CIRCUNSTÂNCIAS LIMITADORAS 278
4.1 REQUISITOS LEGAIS AO NEGÓCIO PROCESSUAL 279
4.1.1 A capacidade..... 280
4.1.1.1 Legitimidade 286
4.1.2 A forma 290
4.1.3 Objeto lícito, possível e determinado..... 293
4.1.4 Direitos que admitem autocomposição..... 294
4.1.5 Nulidades 297
4.1.6 Inserções abusivas e manifesta vulnerabilidade..... 306

4.1.7 Boa-fé objetiva 310
4.2 CIRCUSNTÂNCIAS LIMITADORAS 312
4.2.1 ABUSO DO DIREITO 312
4.2.2 INTERVENÇÕES DE TERCEIRO 314
4.2.3 INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO 317
4.2.4 PENHORABILIDADE DE BENS LEGALMENTE IMPENHORÁVEIS 319
4.2.5 PACTO DE NON EXEQUENDO 321
4.2.6 TUTELA DE URGÊNCIA 323
4.2.7 DISPENSA DOS DEVERES INERENTES À LITIGÂNCIA DE BOA-FÉ E COLABORATIVA 328
4.2.8 AMPLIAÇÃO DAS CONDUTAS DE MÁ-FÉ OU ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA JUSTIÇA 329
4.2.9 CRIAÇÃO DE RECURSOS OU HIPÓTESES DE CABIMENTO 332
4.2.10 CRIAÇÃO DE HIPÓTESES DE CABIMENTO PARA AÇÃO RESCISÓRIA 335
4.2.11 CRIAÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS 336
4.2.12 ONERAÇÃO DE CUSTAS 337
4.2.13 ÔNUS DE AFIRMAÇÃO FÁTICA 338
4.2.14 CONVENÇÃO SOBRE *DISCLOSURE* 341
4.2.15 DISPENSA RECÍPROCA DE INTIMAÇÕES 343
4.2.16 DISPENSABILIDADE DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA – EXCETO QUANDO PREVISTA EM LEI 344
4.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES SUBJETIVOS AO NEGÓCIO PROCESSUAL 345
4.3.1 Fazenda pública 345
4.3.2 Ministério público 350
CONCLUSÃO 354
REFERÊNCIAS 368

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tornou-se perceptível e indiscutível a tentativa inócua do Poder Judiciário em buscar proporcionar efetividade em sua tutela, frente à multiplicação exponencial da quantidade de demandas. Diante dessa realidade exacerbadamente litigiosa, necessária a motivação do manejo de mecanismos processuais aptos à reestruturação do atual sistema processual. Nesse viés, surge, no bojo do novo Código de Processo Civil, um instrumento inovador, vez que estabelece uma cláusula geral de acordo de procedimento, concedendo poder de autorregramento às partes na gestão de seu processo.

Em síntese, a cláusula geral de convencionalização processual representa uma alternativa ao modelo procedimental rígido previsto em lei, facultando a flexibilização e a consequente oxigenação do sistema. Para além de sua utilidade particular aos litigantes, propiciará a implantação de uma nova cultura processual, pautada na busca pela celeridade processual e no abandono à antiga prática jurisdicional de eterna protelação indefinida.

Nesse cenário, desponta o negócio processual como instrumento racionalizador da atividade jurisdicional. Com efeito, o advento do instituto vem a consolidar e a afirmar princípios constitucionais, fundados na teoria dos direitos fundamentais, a exemplo do princípio da razoável duração do processo, da economia processual e, em especial, da efetividade da tutela jurisdicional, razões pelas quais se demonstra a importância e a relevância do tema.

O presente estudo contribui ao discutir a natureza jurídica do instituto, bem como ao debater os limites impostos à atividade criativa das partes quando da convenção processual. Diante do advento do novo diploma processual, toda a lógica procedimental será alterada, vindo a presente pesquisa a representar uma leitura autêntica sobre instituto com vasto potencial de emprego e transformação da realidade judiciária.

De forma geral, intenciona-se verificar quais seriam os limites oponíveis ao negócio processual, tendo o presente momento da produção jurídica brasileira enquanto recorte temporal e espacial. Especificamente, a pesquisa se projeta à análise do autorregramento da vontade, enquanto suporte fático da prática negocial. Ato contínuo, busca-se definir a natureza jurídica do negócio processual e examinar o regime jurídico a discipliná-lo, para o fim de, então, delimitar a atividade criativa dos negócios processuais, investigando quais seriam os limites objetivamente impostos pelos valores constitucionalmente consagrados à livre convencionalização procedimental e analisando, por

fim, se existiria uma contradição interna em afirmar que um instrumento de tutela de direitos fundamentais teria sua atuação limitada justamente por eles.

No panorama epistemológico, utiliza-se o método dedutivo, tendo em vista que o trabalho vai da generalidade à especificidade. A fim de situar o tema, a técnica de pesquisa é essencialmente bibliográfica, referendando decisões judiciais, revistas científicas, livros, monografias e teses. Malgrado seja a investigação, preponderantemente, analítica e descritiva, aspira-se a desenvolver estudo crítico e interdisciplinar, máxime nos subsídios da Teoria Geral do Direito, do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil.

Quanto à divisão dos capítulos, busca-se distribuir as implicações do tema escolhido, partindo-se do geral ao específico. O primeiro capítulo dedica-se à análise histórica da vontade, compreendida enquanto força criativa e propulsora da circulação de riquezas, dotada do condão de impulsionar o desenvolvimento humano.

Partindo dessa premissa, investiga-se a atual conjectura do autorregramento da vontade inserido no sistema jurídico, pretendendo lhe decantar de categorias que o precederam, tais quais as autonomias da vontade e privada, bem como as teorias objetivas, com vistas a alcançar a definição da principal manifestação do autorregramento da vontade, qual seja, o negócio jurídico.

A leitura do instituto dar-se-á a partir das clássicas lentes da teoria do fato jurídico, adotando o escólio de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Mencionada teoria, no entanto, não se destina exclusivamente à categorização de fenômenos típicos do direito privado, visto se tratar de um conceito lógico-jurídico, integrante da teoria do direito como um todo.

A partir da constatação da sua aplicação concomitante à seara processual, segrega-se para o presente estudo os negócios jurídicos processuais, os quais se caracterizam, justamente, por possuir o autorregramento da vontade enquanto componente nuclear do suporte fático da norma a sobre eles incidir, intencionando emanar efeitos jurídicos em processo presente ou futuro.

No afã de examinar o potencial do instituto enquanto ferramenta para a consagração dos princípios da razoável duração do processo e da efetividade processual, verificando se racionaliza a prestação jurisdicional e se a ela proporciona a efetividade tão almejada pelos litigantes, a pesquisa definirá a natureza jurídica do negócio processual, analisando os regimes a disciplinar o seu manuseio, conteúdo do segundo capítulo.

Assim sendo, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a controvérsia até então reinante quanto à existência, ou não, dos negócios processuais é substituída pela dúvida concernente ao delineamento da linha limítrofe a definir quais objetos serão passíveis de negociação na esfera processual. Isso porque, nada obstante tenha a legislação brasileira reconhecido a existência do instituto, fê-lo desacompanhadamente de limitações precisas, valendo-se de termos indeterminados para conceituar uma cláusula geral de negociação processual.

Inquietando-se com o quadro retratado, a dissertação problematiza quais seriam esses limites à atuação da prática negocial, bem como a partir de quais critérios se poderia alcançar, potencialmente, um diagnóstico de negociabilidade diante das infinitas possibilidades negociais inauguradas com a positivação da cláusula de convencionalização atípica.

Nesse aspecto, importante acentuar que, nada obstante a amplitude do recorte da pesquisa – limites objetivos aos negócios processuais atípicos bilaterais –, essa não ostenta pretensão de exaustividade, até mesmo porque mencionada tarefa seria fatalmente fadada ao insucesso, observada a inesgotável gama de hipóteses negociais processuais.

Em verdade, a própria afirmação do instituto negocial processual deriva do reconhecimento da fracassada tentativa de conferir tutela adequada às peculiaridades do direito material por meio da via legislativa – procedimentos especiais. Tal reconhecimento, por sua vez, decorre da constatação de que a pluralidade de situações que a vida pode recriar é inalcançável pela previsibilidade humana.

Assim o sendo, vem o negócio processual a despontar enquanto uma ferramenta apta e legítima a propiciar a adequação do procedimento às vicissitudes do direito material sob o qual se pauta a lide, permitindo o alcance do almejado acréscimo de efetividade e de celeridade para a tutela jurisdicional, bem como consagrando o autorregramento da vontade enquanto um direito fundamental processual.

Em que pese sua atuação intencione fortalecer os mencionados direitos fundamentais processuais, dúvida surge quanto à face oposta da moeda, isto é, em que medida os negócios processuais podem vulnerabilizar direitos fundamentais.

Nesse esteio, ganha destaque a figura do magistrado, ao passo em que a exegese normativa destina a ele a incumbência de realizar o controle de validade das mencionadas pactuações, gerando receios acerca de como esse controle será operacionalizado e em que medida a

discricionariedade judicial poderá influenciar em uma atividade reservada ao autorregramento das partes.

Diante do mencionado cenário, observa-se que a convencionalização processual assume o papel de mecanismo concretizador de direitos fundamentais processuais, sendo, concomitantemente, por eles limitada a sua atuação, de modo a instigar a pesquisa a buscar compreender as engrenagens desse paradoxal sistema de retroalimentação instaurado.

Assim, na busca pelos parâmetros balizadores da validade negocial processual, investigam-se, no terceiro capítulo, as garantias conformadoras do processo reputado justo, tido como aquele em que presentes direitos fundamentais processuais integrantes do modelo constitucional de processo. Ato contínuo, a investigação se volta a estruturas processuais comumente reputadas como de ordem pública, intencionando desmitificar o conceito e lhe agregar uma mínima dose de objetividade a evitar o cometimento de arbitrariedades enrustidas pela subjetividade do termo.

Por fim, no derradeiro capítulo, busca-se conferir contornos infraconstitucionais delineados à prática negocial, bem como se colocarão à prova os critérios a aferir a viabilidade da convenção processual encontrados nos precedentes capítulos.

1 O PAPEL DA VONTADE NO SISTEMA JURÍDICO

A vontade sempre intrigou a humanidade, consistindo em um dos elementos característicos da espécie humana[1] a distingui-la das demais e, principalmente, a diferenciar os humanos entre si, dado que ela confere individualidade a cada ser[2]-[3].

O vocábulo "vontade" tem suas raízes no latim (*voluntas*), idioma em que significava o ato de querer[4]. Hodiernamente, trata-se de um termo polissêmico[5], originador de ambiguidade na medida em que pode ser compreendido em viés psicológico, ético, filosófico ou jurídico[6], interno ou externalizado pelo agente volitivo.

Francesco Carnelutti[7] reúne essas diversas acepções definindo a vontade como etapa do ciclo psicológico na qual o pensamento atinge a tensão necessária para romper a inércia e descarregar-se sobre o mundo exterior.

Immanuel Kant, ao debruçar-se sobre o curioso tema, conceitua a vontade como um conjunto maior a contemplar a escolha e a aspiração, distinguindo-a das demais em virtude da sua correlação direta com a razão. Consoante leciona o filósofo alemão:

> A faculdade do desejo cujo fundamento determinante – e daí até mesmo o que lhe é

---

[1] Irineu Strenger afirma que "entre a vontade e o homem existe uma relação inseparável". (STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério**

[2]Cf.: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**,Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 116.

[3]Andrietta Kretz credita à racionalidade própria da raça humana a sua capacidade de expressar sua vontade perante seus semelhantes. (Cf.: KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 11).

[4] Érico de Pina Cabral enfatiza, contudo, que "É necessário que esta vontade se manifeste de modo a ultrapassar o simples querer para que dela se extraiam consequências concretas e perceptíveis no mundo fenomênico". (CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 110).

[5] Cf.: BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 125.

[6] Hans Kelsen busca conceituar a vontade no viés jurídico, depurando-a do elemento psicológico. De acordo com o pensamento do austríaco, o "caráter absolutamente presuntivo ou fictício da vontade jurídica, é, já de plano, uma indicação suficientemente eloquente de sua realidade e de como esta deve ser buscada à margem de toda psicologia". (CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento kelseneano e o conceito de vontade no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo , v.13, n.51, p. 57-69, jul./set. 2012, p. 63).

[7] Cf.: CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Antonio C. Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 424.

> agradável – se encontra na razão do sujeito é chamada de vontade. A vontade é, portanto, a faculdade do desejo considerada não tanto em relação à ação (como o é a escolha), porém mais em relação ao fundamento que determina a escolha para a ação. A vontade, ela mesma, estritamente falando, não possui fundamento determinante; na medida em que é capaz de determinar a escolha, ela é, ao contrário, a própria razão prática.
> Porquanto a razão pode determinar a faculdade do desejo como tal, não somente a escolha, como também a simples aspiração, podem ser incluídas sob a vontade. Dá-se o nome de livre arbítrio à escolha que pode ser determinada pela razão pura[8].

Com efeito, a vontade é fenômeno psicológico interior que gera consequências exteriores, na proporção em que as determina. Ela não necessita de fundamentação porque é, ela própria, o fundamento a justificar a escolha.

Umbilicalmente relacionada a ela, encontra-se a liberdade[9] na sua acepção objetiva, dado que a liberdade é condicionante à manifestação da vontade[10] e essa, por sua vez, é a expressão mais pura daquela.

Em que pese esse sistema retroalimentação instalado entre as duas, imperioso reconhecer que elas podem existir isoladas, isto é, se

---

[8] KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Edipro: São Paulo, 2003, p. 62-63.

[9] Explica Kant que o conceito negativo de liberdade é a independência de ser determinado por impulsos sensíveis – os quais determinariam o arbítrio animal. Já o conceito de liberdade positiva, por sua vez, relaciona-se com a "capacidade da razão pura de ser, por si mesmo, prática". Mais adiante, leciona o filósofo: "Em contraste com as leis da natureza, essas leis da liberdade são denominadas leis morais. Enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas de leis jurídicas; porém, se adicionalmente requerem que elas próprias (as leis) sejam os fundamentos determinantes das ações, são leis éticas e, então, diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a legalidade de uma ação, e a conformidade com as leis éticas é sua moralidade. A liberdade à qual as primeiras leis se referem só pode ser liberdade no uso externo da escolha, mas a liberdade à qual as últimas se referem é liberdade tanto no uso externo como no interno da escolha, porquanto é determinada por leis da razão". (KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Edipro: São Paulo, 2003, p. 63-64).

[10] Olney Queiroz Assis define a vontade na sociedade moderna de cunho liberal nos seguintes termos: "a vontade é considerada a sede da liberdade e da igualdade". (ASSIS, Olney Queiroz. Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé: uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Magister v.5, mar. 2005, p. 42).

pode ter vontade[11] mesmo que sem liberdade[12] para usufruí-la, assim como é possível que se detenha liberdade sem que haja vontade[13] de instrumentalizá-la para algum fim determinado.

O primeiro cenário não é desconhecido à humanidade, observado o vasto acervo exemplificativo que se coleta em uma breve digressão histórica. Nazismo, fascismo[14], e os plurais regimes ditatoriais que se instauraram na América Latina, África e Ásia consistem nas mais ilustrativas expressões de momentos da história humana em que a liberdade de exercício da vontade foi reprimida pela força, sendo tal lamentável situação ainda hoje vivenciada em regimes autoritários e opressivos espraiados ao redor do mundo[15].

Contudo, ainda que os indivíduos se encontrem desprovidos de mecanismos aptos a conferir efetividade à vontade, ela persiste imanente na psíque humana, sendo, muitas vezes, a responsável em fomentar a transição de tais regimes autoritários para a democracia, terreno em que a vontade encontra solo fértil para semear seus frutos[16].

Nada obstante a violência inerente à ausência de liberdade a impedir a manifestação da vontade, de se pontuar que o cenário em que

---

[11] Tércio Sampaio Ferraz Junior adverte, a este respeito, que "o exercício da vontade independe de poder: para querer não é preciso poder". (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 88)

[12] "A possibilidade de a pessoa agir de acordo com sua vontade, podendo fazer ou deixar de fazer algo, chama-se liberdade, que, sendo conceito plurívoco, extremamente complexo, compreende várias espécies, como a liberdade natural, a social ou política, a pessoal e a jurídica, que é a que nos interessa. A liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica. Do ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas". (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 408-409).

[13] Interessante pontuar que Arthur Schopenhauer possui concepção extremamente oposta a de Kant, compreendendo que a vontade independe da razão e da consciência, sendo, a seu ver, irracional e metafísica. (Cf.: KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 10).

[14] Com o pós guerra observa-se o advento de regimes como o nazismo, facismo, comunismo, os quais possuem enquanto característica comum a intervenção estatal na macro e micro economia, rompendo, portanto, com os paradigmas dos Oitocentos. (Cf.: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 129).

[15] Norberto Bobbio aponta que Hans Kelsen diferencia o regime democrático do autocrático justamente pelo fato de o primeiro possuir enquanto característica fundamental a autonomia, enquanto o segundo, por sua vez, se pauta na heteronomia. (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. rev. Baurú/SP: EDIPRO, 2008, p. 92).

[16] Arnaldo Vasconcelos realça que essa tensão entre a liberdade e a opressão se encontra instaurada em toda a antiguidade levantina clássica, destacando como figura representativa dessa tensão o ostracismo, punição praticada contra aquele que atentasse contra o regime democrático e que o tornava um escravo do Estado. (VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 101-102).

a liberdade existe e a vontade se omite é igualmente – ou ainda mais – desolador, visto que, muito embora encontre-se instalada a estabilidade[17] necessária para o desenvolvimento humano, esse não se opera, por pura inércia volitiva.

A vontade é a força motriz[18] do progresso, ao passo em que ela viabiliza saltos prospectivos, alterações do *statu quo*, seja em decorrência de urgência em superar necessidades, seja oriunda de ambições das mais diversas índoles. Ela é, ao cabo, a força propulsora responsável pela circulação de riquezas.

Contudo, não é apenas o progresso que a vontade fomenta, mas também o seu oposto. O conflito entre vontades de diferentes sujeitos, ou até mesmo internamente a um mesmo indivíduo, resulta em uma situação em que vai de encontro ao desenvolvimento, ocasionando, por consectário, a desestabilização das relações sociais.

Toda a normatividade até hoje mundialmente produzida possui enquanto premissa a existência do conflito, um fenômeno estritamente sociológico que passa a integrar o âmbito jurídico na medida em que a normatividade tenta combatê-lo.

No exercício de tal pretensão, ambicionando regular a interação social dos indivíduos e solver os conflitos instaurados, emergiu a figura do "contrato social", através do qual os homens deixaram o estado de natureza mediante a outorgação de parcela de sua autonomia individual para a figura do Estado.

Com efeito, o Estado passou a concentrar o monopólio da normatividade, especialmente no que concerne à resolução dos conflitos, de modo que o exercício da sanção se legitimou apenas em sua atuação, sendo vedada aos particulares a autotutela.

Otavio Luiz Rodrigues Junior[19] defende que nesse momento a autonomia individual restou cerceada, encontrando "óbices, embaraços e contradições num certo ideal de poder extrínseco absoluto, seja este

---

[17] A etimologia do termo "Estado" provém de "aquele que é estável", enquanto *conditio sine qua non* para o desenvolvimento social, político, econômico etc. (NICOLAZI, Jeanine. Aulas de Teoria do Direito ministradas no PPGD/UFSC).

[18] "Platão e Aristóteles examinaram a questão, advertindo o primeiro que, enquanto o desejo pertence à ordem do sensível, a vontade pertence à ordem do intelecto, ao passo que o segundo explicitamente assinalava que, embora o desejo e a vontade sejam por igual motores, a vontade é de índole racional". (STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ESMPU v.10, jan. 2004, p. 53-72, p. 57).

[19] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 113-114.

encarnado por uma divindade ou por um Leviatã, para se referir à figura do Estado, homenageando a famosa metáfora de Thomas Hobbes".

Paradoxalmente, contudo, observa-se que a própria configuração do Estado moderno é oriunda de um ato de vontade. Com efeito, o pacto social do qual se origina a formação dos estados-nações na transição entre a Idade Média e a Modernidade é compreendido, na visão dos autores contratualistas, como um acordo de vontades, em que cada um dos contratantes delega parcela de sua autonomia para o Leviatã[20], ou seja, para um poder soberano, que passa a ser encarregado de manter a paz entre aqueles que a ele se subordinaram a fim de evitar os inconvenientes do estado de guerra permanente – estado de natureza hobbesiano.

Precursor da concepção de unificação político-jurídica, Thomas Hobbes compreendia, na leitura de Norberto Bobbio[21], que:

> Para que os homens vivam em paz, não basta apenas a razão: se bastasse, não haveria necessidade do Estado, ou seja, das leis civis (as leis naturais seriam suficientes). É necessário que os homens concordem em instituir um estado que torne possível uma vida segundo a razão. Esse acordo é um ato de vontade. Nesse sentido, o Estado não é um fato natural, mas um produto da vontade humana.

Interessante apontar, nesse contexto, que Locke, ao contrário de Hobbes e Rousseau, acreditava na preexistência de um único direito ao pacto social, qual seja, o direito de liberdade, pressuposto para o contrato[22].

No mesmo sentido, Kant, em que pese fosse contrário a todos os inatismos, ressalvava a liberdade como algo inato ao homem: "Ser homem é ser livre, existindo no homem, portanto, o poder de acordar o seu arbítrio com o dos demais, segundo uma lei geral de liberdade"[23].

---

[20] "Para o autor do Leviatã, o Direito e o justo surgem depois do contrato, quando as forças se autolimitam e disciplinam". (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 648)

[21] BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 40.

[22] "O homem nasce livre, e é por ser livre que pode pactuar; de maneira que o contrato seria sempre condicionado pela liberdade e pela projeção da liberdade no mundo exterior, como fundamento da propriedade". (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 649)

[23] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 650.

Acompanhando o caminhar da humanidade e as peculiaridades culturais de cada povo, esse estado passa a adquirir diferentes faces (estado absolutista, estado despótico, estado republicano), emergindo, dentre essas variadas modalidades, o estado democrático de Direito, o qual se destaca como aquele no qual a autonomia atinge seu ápice, afinal "o que é o Estado democrático senão o Estado fundado sobre o princípio da autonomia, isto é, sobre o princípio de que as leis, que devem ser seguidas pelos cidadãos, devem ser elaboradas pelos próprios cidadãos?"[24]-[25].

Cumpre salientar, nesse vértice, que não é apenas da autonomia privada, viabilizada através do negócio jurídico entre particulares, que se está a falar, mas também da autonomia no seu viés público[26], exercida pela representatividade legislativa, visto que "os homens fazem as leis e a sua vontade é o elemento genético daquelas"[27].

Nesse viés, acentua Ricardo Luis Lorenzetti[28] que "a origem da lei é semelhante à de um contrato, pois requer o consentimento, o acordo". Destaca-se, nesse aspecto, a *École de l'éxegèse*, segundo a qual a hermenêutica do *lóghos* jurídico-legal se pauta pela busca da dita "vontade do legislador", isto é, o comando legal em si também

[24]BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. rev. Baurú/SP: EDIPRO, 2008, p. 92.

[25] De se mencionar, contudo, que preteritamente aos autores contratualistas, na Grécia antiga "a doutrina do contrato social, tal como a concebeu a primeira geração de sofistas, era de fato democrática. Trata-se da teoria da democracia laica, que entronizava valores humanos permanentes". (VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91). O mencionado autor ilustra a caracterização da lei enquanto fruto de um contrato relatando o seguinte diálogo entre Sócrates e Hípias:

"- Sócrates: Tem algum significado para ti a expressão leis do Estado?

- Hípias: Certamente.

-Sócrates: E que acreditas que elas são?

- Hípias: Contratos ou pactos feitos pelos cidadãos, pelos quais eles estabeleceram e promulgaram aquilo que se deve fazer e aquilo que não se deve fazer" (VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 126).

[26]Santi Romano enxerga o ordenamento como algo diferente do somatório dos elementos materiais que o compõem, um "todo vivo", com força e vida próprias, um organismo com vontade autônoma, se divorciando completamente da concepção de ordenamento enquanto mero conjunto de normas. (Cf: ROMANO, Santi; DAL RI JÚNIOR, Arno (Tradutor). **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 68-69).

[27]RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**,Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 115.

[28] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 226.

decorreria de uma vontade, devendo ser interpretado de acordo com o objetivo intuído pelo legislador ao criar a lei[29].

Logo, tem-se que a vontade encerra em si um ciclo, no qual ela dá causa à formação do Estado e, simultaneamente, destina seu fim, na medida em que sua existência se justifica pela busca de autonomia e, simultaneamente, pela imposição de normatividade aos conflitos originados pela não coincidência entre vontades individuais.

Tomada essa premissa, tem-se que o Direito está inexoravelmente atrelado à vontade, vindo a atuar enquanto uma ferramenta do Estado não apenas no controle do aspecto volitivo – o que se deu com primazia em um primeiro momento histórico –, mas, contemporaneamente, na instrumentalização da autonomia da vontade com vistas ao desenvolvimento que essa acarreta à sociedade, quando protegida e pautada em valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior[30] assinala que a liberdade da vontade consiste em pressuposto de existência da igualdade humana, vindo a efetividade de seu exercício (poder), em contraponto, a fomentar as diferenças.

Com efeito, deixar de reconhecer o papel da vontade no estado democrático de Direito "contraria a irrefutável concepção pluralista da sociedade, na qual os ideais morais e jurídicos se cristalizam por força de um comando que se origina na natureza humana[31]".

Irineu Strenger[32] entende que ao passar para o plano do Direito, a vontade "não se dissolve na experiência jurídica, perdendo sua contextura filosófica, mas, ao seu contrário, reassume em toda a plenitude sua condição totalizadora, porquanto somente a vontade em

---

[29] De se anotar, contudo, que "a norma positiva do direito está contaminada, irremediavelmente, por aspectos estranhos ao conceito de pureza, que são de ordem da moral social, das contingências políticas, econômicas, culturais etc. (...) há outros elementos nela entranhados, inclusive de ordem pessoal do legislador, que não nos permite depreender diretamente uma autêntica e autônoma vontade do direito". (GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. Compreensão da vontade do direito: um problema da filosofia da linguagem. Atuação: **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v.6, n.15, p. 135-141, jul./dez.2009, p. 139).

[30]Cf.:FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 88.

[31]STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ESMPU v.10, jan. 2004, p. 53-72, p. 61.

[32]STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ESMPU v.10, jan. 2004, p. 53-72, p. 58.

toda a extensão possui uma verdadeira consciência no sentido do conhecimento da finalidade*"*.

Assimilar as diversas implicações da vontade na seara normativa consubstancia-se em uma árdua tarefa, observada a pluralidade de desdobramentos que ela origina. Dentre todas elas, destaca-se para o presente estudo a importância da generalidade do autorregramento da vontade, sendo que para sua compreensão convém o exame da autonomia da vontade e da autonomia privada, temáticas das quais se ocupam os próximos tópicos.

1.1 A AUTONOMIA DA VONTADE

A etimologia do termo autonomia[33]-[34] deriva da conjunção de duas palavras gregas: *autos* que expressa a ideia de "si mesmo" e *nomói*, que significa norma ou regra[35]. Logo, o termo, em si, expressa a faculdade de ser regido por leis próprias, em regime de liberdade e independência, sem imposições externas[36].

Tradicionalmente, Immanuel Kant é apontado como o precursor da expressão autonomia da vontade[37], a qual assim define:

---

[33] Irineu Strenger prega que "a aliança da vontade e da legalidade é geradora da noção jurídica de autonomia. Fazer abstração da legalidade é desconhecer o sentido do princípio de autonomia, pois ela não se vincula aos indivíduos senão pela lei que lhe dá uma habilitação *ad hoc*. Exatamente a vontade socializada e legalizada é que devemos entender por autonomia". (STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ESMPU v.10, jan. 2004, p. 53-72, p. 65).

[34] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda define: "(...) supõe-se que alguém queira ou não queira. O autorregramento, a chamada 'autonomia da vontade', não é mais do que isso". (MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo III - parte geral. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 81).

[35] HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 351.

[36] Cf.: CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 84.

[37]Há, contudo, autores que defendem que a expressão foi avocada pelo direito interno dos internacionalistas do século XIX, a exemplo de Brocher e Weiss. (Cf.: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 117). No âmbito do direito internacional privado, a expressão "autonomia da vontade" recebe um significado distinto, sendo concebida como "a liberdade de escolher a lei aplicável ao contrato, isto é, de submeter o contrato a um sistema legal específico, em que a autonomia da vontade das partes – agora sob as regras do direito doméstico – está também presente quando se estabelece o conteúdo do contrato. Sob essa perspectiva, as partes são livres para submeter seus contratos a qualquer lei que tenham escolhido de boa-fé, ou seja, sem incorrer em fraude a qualquer lei cogente aplicável, sempre que houver alguma". (BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia

> Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer, que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objetos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a *priori*[38].

Mais contemporaneamente, Norberto Bobbio[39] conceitua autonomia como um "complexo de normas nas quais o legislador e o executor se identificam".

Nada obstante todos esses delineamentos envolvendo a vontade em sua acepção filosófica, Vicente Ráo[40] a concebe sob o prisma da ciência jurídica, asseverando que ela constitui matéria básica da teoria do direito e da realidade jurídica.

Para a melhor compreensão da temática, oportuno tecer alguns delineamentos introdutórios de cunho histórico, que perpassam invariavelmente pelas figuras do renascimento[41], do humanismo, do individualismo e do liberalismo.

Julio Bueno de. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.7, n.27, p. 11-34, out./dez. 2010, p. 14).

[38] KANT, Immanuel *apud* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 117.

[39]BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. rev. Baurú/SP: EDIPRO, 2008, p. 91.

[40]RÁO, Vicente. **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. 4. ed. anot., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 23.

[41]O renascimento é consagrado na história como o despertar da humanidade para o conhecimento crítico, sendo que "Enquanto na Idade Média existia um sistema ético subordinado a uma ordem transcendente, o homem renascentista procura explicar o mundo

Érico de Pina Cabral[42] ensina que "Nos primórdios do império romano, o formalismo dominava a interpretação objetiva dos atos jurídicos", de modo que "o efeito dos atos era consequência da forma e não da vontade dos agentes. Esse modo de interpretação sofreu paulatinas alterações através do desenvolvimento da cultura jurídica romana até que se chegasse a uma interpretação mais subjetiva, que seguia a vontade real do indivíduo".

Passou-se, portanto, a empregar o sentido das palavras de acordo com aquilo que se intuía que o agente queria, ainda que sua declaração fosse ambígua ou desse a entender coisa diversa.

Impende destacar, nesse aspecto, que na época romana clássica o contrato era definido como um acordo de vontades, de modo que, em consequência da adoção dessa hermenêutica pautada no elemento volitivo, a verificação da ausência de consenso tornava o pacto nulo[43]-[44].

Consoante anota Otávio Luiz Rodrigues Junior, a autonomia de autodeterminação "permeou as épocas em que refulgiu o humanismo e a valorização do que é próprio dos homens"[45], e diferentemente não haveria de ser, visto que, enquanto consequência lógica de um movimento de valorização do ser humano, ressumbraria o enaltecimento da liberdade de autogoverno desse, que até então enxergava a si mesmo espelhado em divindades.

Miguel Reale[46] assinala que nesse momento histórico, "o dado primordial passa a ser o homem mesmo, orgulhoso de sua força racional e de sua liberdade, capaz de constituir por si mesmo a regra de sua

---

humano tã-somente segundo exigências humanas. Poder-se-ia dizer que a *lexaeterna* é posta entre parênteses: – Machiavelli e Hobbes querem explicar o Direito e o Estado sem transcender o plano do simplesmente humano". (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 644).

[42] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p..86.

[43] Cf.: CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 87.

[44] O resgate do instituto contratual nos primórdios romanos remete-nos automaticamente aos contornos do instituto hodierno, sendo imperioso salientar que a constatação de vícios de vontade no momento da perfectibilização do pacto continua a retirar-lhe a validade. Veja-se a redação do Art. 171 do Código Civil de 2002: "Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

(...)

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores".

[45]RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 114.

[46]REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 646.

conduta. É por isso que surge, desde logo, a ideia de contrato. O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna*"*.

O paradigma da autonomia da vontade culmina com o advento da revolução francesa, momento no qual os teóricos Kant e Rousseau o impulsionam a partir de fundamentos filosóficos construídos com respaldo em pressupostos de liberdade e individualismo[47].

Nesse momento histórico: *"*A autonomia da vontade elevou-se à categoria de princípio do Direito e de fonte das relações jurídicas*"*[48]. Esse princípio encontrar-se-ia expresso como suporte da liberdade jurídica, a qual, por sua vez, consiste no poder insuprimível do homem de criar, através de atos de vontade, situações jurídicas – desde que essas não tenham por objeto algo ilícito[49].

Assinala Norberto Bobbio[50]:

> Rousseau, o teórico do Estado democrático moderno, define de maneira bastante clara o princípio inspirador da democracia em termos de autonomia, quando diz (com uma fórmula que inspirou o próprio Kant): "A liberdade consiste na obediência à lei que cada um se prescreveu (Do contrato social, capítulo VIII)".

Imperioso referenciar, contudo, que Immanuel Kant não enxerga juridicidade apenas nas normas emanadas do poder soberano (heteronomia), mas, sim, vincula inexoravelmente a experiência jurídica à autonomia da vontade, definindo o Direito como "a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade"[51].

De fato, o credo jurídico filosófico norteador dos séculos XVIII e XIX era aquele segundo o qual a vontade é a causa primeira do direito, sendo o indivíduo "o centro e a razão de ser de todo o edifício social e jurídico, desempenhando o Estado o dever de refletir com a máxima

---

[47] Cf.: CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 87.

[48] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 118.

[49] Cf.: STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ESMPU v.10, jan. 2004, p. 53-72, p. 61.

[50]BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. rev. Baurú/SP: EDIPRO, 2008, p. 92.

[51] KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Edipro: São Paulo, 2003, p. 76.

fidelidade as vontades individuais conjugadas, cuja expressão mais autêntica se encontra no direito subjetivo[52]".

Imperioso salientar que: "não existia, na época, uma hierarquia entre a vontade e a lei. A vontade tinha a mesma força criadora da lei: uma força originária, não derivada da lei nem de outras fontes, mas fechada e suficiente na sua própria dimensão"[53].

Nesse momento a vontade atinge seu mais elevado *locus* jurídico, tendo a si conferido o mesmo *status* destinado à lei, dispensando, contudo, a positivação estatal inerente a essa. Era a vontade uma força em si própria, que não só independia do ordenamento jurídico, como o tornava dependente dela, tendo em vista que, tal como o pacto social originava-se em um acordo de vontades, também viria o Legislativo – quando da organização estatal de acordo com a separação de poderes e em ambiente democrático – a necessitar da vontade para que os representantes do povo fossem eleitos. Esses, individualmente, do mesmo modo, precisavam da vontade dos demais para que seus projetos de lei fossem aprovados.

Logo, percebe-se que a vontade espraiava seus efeitos, vindo o mais notório deles a repousar na autonomia da vontade, um fenômeno anterior à normatização estatal.

Érico de Pina Cabral[54] sintetiza a anterioridade da vontade ao ambiente jurídico:

> A linguagem jurídica se modelava, portanto, sobre os valores originários da vontade, a qual não procedia do direito, mas precedia o direito do estado. A vontade era tratada como critério jurídico originário, como força criativa não concebida e não autorizada pela lei estatal.
> Esta nova doutrina pregava a vontade como ato de liberdade individual que se forma no intelecto de cada indivíduo e, num segundo momento, é exteriorizada através de uma declaração. Surgiu, então, a possibilidade de um conflito entre a vontade declarada e a vontade realmente formada.

---

[52] STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ESMPU v.10, jan. 2004, p. 53-72, p. 67.

[53] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado**. Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 88-89.

[54] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 89

O dogma da vontade, elaborado a partir das fontes romanas pelos pandetistas alemães do século XIX – de Savigny a Windscheid –, priorizava um elemento que não se torna socialmente reconhecível, dado que a vontade em si é fato psicológico interno[55].

Almejando contornar essa vicissitude, alguns juristas começaram a adotar a declaração como elemento a determinar os efeitos jurídicos da pactuação, independentemente de essa corresponder, ou não, à vontade do agente. Segundo essa concepção, "A natureza e as características do negócio jurídico residem fundamentalmente no comportamento objetivo do agente, como auto-regulamento de seus próprios interesses"[56].

A doutrina pandectística passa, então, a interpretar o negócio jurídico decompondo-o em dois elementos distintos: declaração e vontade. "A vontade, como fato interno ligada à intenção do declarante que nem sempre é externamente perceptível e a declaração, como fato externo e única circunstância reconhecível por outrem"[57].

Por óbvio que a divergência entre a vontade formada no foro interno e a declaração externalizada pelo agente gerou conflitos, os quais deram origem às correntes subjetiva e objetiva, "opostas pela prioridade que se concede à uma ou a outra das vontades"[58]. Essa prioridade vem a proteger, na teoria subjetiva, o declarante; na objetiva, o destinatário da declaração ou, ainda, terceiros de boa-fé.

A disputa instaurada entre os dois elementos que antes compunham um só arranjo harmônico conduz ao declínio do voluntarismo jurídico, enfraquecendo o poder da vontade na concepção do Direito.

Por ser considerada contraproducente em relação ao dinamismo exigido pela sociedade pós-moderna, a teoria da vontade[59] foi gradativamente sendo substituída pela teoria da declaração[60], a partir da qual o contrato passa a ser interpretado de acordo com a vontade declarada, ou seja, "dos elementos objetivos, exteriores e socialmente

---

[55] Cf.: BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 114.

[56] AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 420.

[57] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 89.

[58] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002, p. 39.

[59] ***Willenstheorie***, em alemão.

[60] ***Erklärungstheorie***, em alemão.

reconhecíveis, e não mais em função dos elementos de psicologia individual e das atitudes mentais de foro íntimo"[61]-[62].

Na teoria objetiva, a vontade é sacrificada em detrimento da declaração, sobrepondo-se essa enquanto bússola norteadora das relações jurídicas.

Levadas rigorosamente aos extremos, ambas teorias desembocam em situações inaceitáveis, visto que, em caso de dissenso entre a vontade e a declaração, para a teoria subjetiva o negócio jurídico seria nulo e, para a teoria objetiva seria plenamente válido, ou seja, configurações diametralmente opostas para concepções que divergem apenas acerca do elemento preponderante em hipótese conflitiva.

Com o fito de evitar tamanha incongruência, surgiram concepções intermediárias: a teoria da confiança e a teoria da responsabilidade.

Na primeira, o ambicionado é a proteção da legítima expectativa criada no destinatário da declaração, interpretando-se o negócio jurídico de acordo com tudo aquilo que aquele pode compreender a partir dessa, uma vez que esteja de boa-fé.

Já na teoria da responsabilidade, por sua vez, o emitente da declaração torna-se responsável tão-somente pelo sentido estritamente objetivo do que foi declarado e responde pelos danos que causar apenas se tiver culpa na divergência instaurada entre sua vontade e o por si declarado[63].

Nada obstante em vertentes atenuadas, percebe-se uma preponderância do elemento declaratório em ambas subteorias, observado que, mesmo na teoria da responsabilidade – teoricamente vinculada ao elemento vontade –, fica o emitente encarregado de expressar sua vontade com clareza, sob pena de responder pelos danos que sua confusão causar.

Impera destacar, nesse vértice, que hodiernamente a ênfase é concedida à tutela da confiança e à da aparência, ou seja, "tutela-se a

---

[61] BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.15, n.57, p. 59-94, jan./mar. 2014, p. 78.

[62] Érico de Pina Cabral tece sua crítica à consideração do elemento volitivo: "Fala-se muito em autonomia da vontade, mas já é tempo de recolocar definitivamente o dogma da vontade no seu devido lugar; isto é, como fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada capaz de produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico". (CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 84).

[63] Cf.: BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.15, n.57, p. 59-94, jan./mar. 2014, p. 79.

parte que confiou, que recebeu com confiança a declaração da contraparte"[64].

Em que pese a teoria da declaração almeje conferir maior objetividade à interpretação dos negócios jurídicos, levando em conta que a imensa maioria dessas declarações se processa através do fenômeno linguístico, acaba por permanecer substancialmente atrelada ao subjetivismo, na medida em que esse, assim como a vontade, encontra-se inexoravelmente relacionado à psíque humana.

Isso porque o fenômeno linguístico revela através de signos o infindável encadeamento de percepções, "nunca se manifestando como algo precisamente determinável e insuscetível de múltiplas interpretações".[65]

Hans Kelsen acreditava que esse processo de decantação entre vontade e declaração vem a confundir o conceito de autonomia, porquanto não admite a interpretação segundo a qual a declaração seria "a vontade em sua tangível manifestação. A vontade, como processo puramente psíquico que é, não pode ter uma manifestação tangível[66]". Logo, tem-se que a vontade, *per se*, distingue-se dos seus impactos no mundo fático.

Para o autor austríaco, a vontade, concebida em sua acepção ético-jurídica, não é outra coisa senão o processo específico de imputação, sendo esses conceitos equivalentes[67].

Com o avançar do sistema capitalista, lançou-se um novo olhar sobre a autonomia, revisitando o instituto e lhe conferindo novos contornos valorativos.

Com efeito, o referido regime de mercado "exigiu novos paradigmas, prontamente alimentados por uma efusiva produção

---

[64] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 100.

[65] GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. Compreensão da vontade do direito: um problema da filosofia da linguagem. Atuação: **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v.6, n.15, p. 135-141, jul./dez.2009, p. 135.

[66] KELSEN, Hans *apud* CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento kelseneano e o conceito de vontade no dirfeito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.13, n.51, p. 57-69, jul./set. 2012, p. 63.

[67] "(...) a jurisprudência chega ao conceito de vontade pela necessidade de entrelaçar fatos externos com os sujeitos governados pela ordem jurídica a quem hão de se aplicar os efeitos que a conduta contrária ao direito provoca. Este entrelaçamento dos fatos externos e seus efeitos aos sujeitos, embasados na norma jurídica, não é outra coisa que o processo específico da imputação. Vontade concebida em sentido ético-jurídico e imputação são conceitos equivalentes". (CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento kelseneano e o conceito de vontade no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.13, n.51, p. 57-69, jul./set. 2012., p. 68).

intelectual que, sob o controle ainda católico no Renascimento, explode após a Reforma e ganha fortes aspectos de contestação da Igreja e, posteriormente, do Estado Absoluto"[68].

O progresso da civilização implicou uma passagem gradativa de um regime institucional (característico de sociedades de base ou estrutura militar) para um regime contratual (típico às sociedades de cunho industrial)[69].

No século XIX, o liberalismo econômico e sua inerente lógica do *laissez faire laissez passer* – nascidos já no século XVIII –, encontram espaço para florescer triunfantemente, inspirando-se na valorização da vontade individual como fator a garantir o equilíbrio econômico[70].

Assinala Olney Queiroz Assis[71] que: "o Estado, na concepção liberal, é pensado como aquele que, ao mesmo tempo, abstém-se de constranger a vontade livre e confere a essa vontade as condições para o seu exercício".

Nesse momento histórico, compreendia-se que a ideia de justiça era inerente ao exercício da autonomia da vontade, dado que incompatível a ideia de injustiça com a de leis que o próprio indivíduo criou para si mesmo[72]. Tal pensamento se coaduna com o postulado básico de liberdade da filosofia de Kant, segundo o qual somente por sua vontade a pessoa poderia assumir obrigações.

Com efeito: "A soberania da vontade serviu, com eficiência, ao desenvolvimento do liberalismo econômico e político, bem como propiciou a livre concorrência no mercado, consagrando-se a liberdade contratual e a força obrigatória dos contratos[73]".

Em contrapartida, o entusiasmo pela liberdade e autonomia ilimitadas conduziu ao agravamento de desigualdades entre os

---

[68] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos: teoria da imprevisão e autonomia da vontade**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

[69] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 651.

[70] BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.15, n.57, p. 59-94, jan./mar. 2014, p. 82.

[71] ASSIS, Olney Queiroz. Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé): uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Magister v.5, mar. 2005, p. 42-57, p. 45.

[72] A este respeito, Chaïm Perelman leciona: "A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a ideia de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre este ponto. A ideia de justiça consiste numa certa aplicação da ideia de igualdade". (PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 14).

[73] BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.15, n.57, p. 59-94, jan./mar. 2014, p. 74.

economicamente empoderados e aqueles que não, implicando a máxima de que, entre fortes e fracos, a liberdade oprime e a lei liberta[74].

1.2 A AUTONOMIA PRIVADA

Com o advento do Estado intervencionista, surge uma nova concepção de autonomia desvinculada da condicionante "vontade", substituindo-a pelo termo "privada". Nesse momento histórico, o interesse público passa a preponderar frente aos interesses privados, vindo, em consectário, o negócio jurídico a se tornar espécie subalterna à lei, nada obstante ainda caracterizado por seu caráter normativo.

Assim sendo, em que pese a autonomia privada revele um poder normativo, esse é conferido pela lei aos indivíduos, necessitando ser exercitada em consonância com os valores por ela preconizados[75].

A essência do negócio jurídico, portanto, não reside na vontade – a qual não se presta à construção de um conceito, observado seu caráter poliédrico a denotar plurais sentidos – mas, sim, na autonomia privada, definida como "um fenômeno logicamente correlativo ao da existência das esferas individuais de cada um[76]".

Como adverte Érico de Pina Cabral[77]: "Numa visão simplista dos institutos, pode-se resumir a diferença afirmando que a autonomia da vontade relaciona-se com a liberdade de auto-determinação (manifestação da vontade livre) e a autonomia privada ao poder de auto-regulamentação (normas estabelecidas no interesse próprio)".

Nesse momento entra em cena o dirigismo contratual, através do qual o Estado intervém na relação contratual, reconhecendo a desigualdade econômica, política e jurídica entre as partes e garantido que os resultados do pacto estejam de acordo com a concepção social de bem comum[78].

---

[74] Cf.: GOMES, Orlando. **Contratos.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 35.

[75] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 121.

[76] BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 93 e 127.

[77] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 111.

[78] STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.55, n.363, p.111-124, jan.2008, p. 118.

Cai por terra a premissa de igualdade formal que antes predominava, afetando, por consectário, a concepção clássica e liberal de autonomia da vontade.

A alteração de delineamentos entre autonomia da vontade e autonomia privada envolve, essencialmente, a modificação de interpretação dedicada aos negócios jurídicos. Observa-se que, na segunda, foi abandonada a árdua tarefa de tentar desmitificar a vontade interna e psicológica do indivíduo, passando-se a adotar preponderantemente a teoria da declaração com enfoque nos interesses socialmente relevantes.

No que concerne ao condicionamento do exercício da autonomia privada a esse último elemento, autores como Otávio Luiz Rodrigues Junior[79] esboçam preocupação, aduzindo que a vinculação daquela "às razões da função social opera um giro radical: dos abusos do individualismo passa-se à opressão do estatalismo".

Diante do fortalecimento do Estado e, por consectário, considerável incremento da heteronomia – na acepção Kantiana, isto é, direito objetivo produzido pelo Estado –, vem esse a positivar[80], também, a autonomia, gerando uma dicotomia entre duas proposições: "toda obrigação, por ser sancionada pelo Direito, deve ser livremente consentida; mas, ao inverso, toda obrigação, desde o instante em que é livremente consentida, deve ser sancionada pelo Direito"[81].

A segunda acepção – de que uma obrigação livremente consentida deveria ser chancelada pelo direito –, revela conotação normativista, isto é, que o negócio jurídico, em si, denotaria normatividade. Acerca dessa linha teórica de compreensão do fenômeno presentemente estudado dedicar-se-á o tópico abaixo.

1.2.1 As Teorias Preceptiva e Normativa

[79] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 122.

[80] Assim dispunha o artigo 1.134 do Código de Napoleão: "As convenções legalmente formadas têm o valor de leis para aqueles que a fizeram". (Cf.: LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002, p. 42).

[81] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 120.

Classicamente, o negócio era definido como uma composição de apenas dois elementos: o ato (manifestação) e a vontade (o querer). Consoante já visto no tópico precedente, modernamente o conceito veio a ser firmado em bases de maior objetividade, relegando a vontade ao campo da interpretação e da formação do ato inicial. Como consequência, elimina-se o dualismo entre vontade e declaração que tanto debate gerou na doutrina[82].

A teoria objetiva do negócio jurídico, segundo a qual o negócio jurídico não é caracterizado como tal em razão de sua fonte – seja vontade, seja declaração[83] –, mas sim é definido em decorrência de suas consequências – os efeitos jurídicos (ou práticos) que de si emanam[84] – cinge-se, por sua vez, em outras duas: a teoria preceptiva e a teoria normativa[85].

A primeira é atribuída à Emilio Betti[86]-[87], o qual enxerga o negócio jurídico como fato social ao qual a norma atribui uma relevância adequada à sua natureza. "O negócio jurídico não é, então, simples manifestação da vontade subjetiva, mas dispositivo com que o particular disciplina suas próprias relações"[88].

Nas palavras do próprio Emilio Betti[89]:

> Há um só ponto singular, para o qual se chama, desde já, a atenção, porque é verdadeiramente

---

[82] Cf.: CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 99.

[83] "Não nos parece necessário discutir se o que interessa para caracterizar o negócio jurídico seja a vontade em si ou uma vontade declarada. Há negócios jurídicos que se concluem com o silêncio, revelando que a declaração expressa não constitui um dado relevante para caracterizá-los em caráter geral"; (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 132).

[84] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

[85] "Em contraposição à tese subjetivista, de forte inclinação voluntarista (seja com predomínio da vontade em si mesma, seja com relevo na vontade declarada), surgiram as concepções ditas objetivas do negócio jurídico". (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 127).

[86] BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 109.

[87] São também exponentes da teoria preceptiva os alemães Bullow, Henle e Larenz, o qual concebe através do negócio jurídico um nexo normativo mediante o alcance de compreensão do declaratário. (Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 129; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11).

[88] AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 422.

[89] BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 103-104.

> característico do negócio jurídico, em confronto com *fatispécies* de outra natureza, previstas por normas jurídicas. E é que aqui, diferentemente do que acontece noutros casos, a *fatispécie*, a que a norma refere o efeito jurídico, contém já, ela própria, a enunciação ou a aplicação de um preceito a observar na interferência de diversas esferas de interesses: preceito que a ordem jurídica valoriza segundo o seu soberano critério de apreciação, e traduz em relação jurídica, com as restrições e as modificações que considera oportunas.

Segundo a teoria preceptiva, os negócios da vida privada se inserem numa realidade extrajurídica e "germinam na vida social independentemente da tutela jurídica sob a simples tutela do costume e da correção e, só depois, num segundo momento, a ordem jurídica os reconhece e lhes garante os efeitos através da aplicação das sanções que lhes são próprias"[90].

Sendo a sanção do direito posterior à formação do negócio, reconhece-lhe o poder (autorregramento da vontade) de criar *fattispecies* aptas a vincular os particulares[91].

Emilio Betti[92] realiza um paralelo entre a autonomia que denomina de "criadora de normas jurídicas"- que seria, em verdade, uma heteronomia em termos Kantianos –, e a autonomia privada que origina os negócios jurídicos:

> Na autonomia criadora de normas jurídicas, o ordenamento estadual reconhece uma verdadeira e própria fonte de direito objetivo, dentro da órbita de competência que lhe é própria *ob origine*. Pelo contrário, na autonomia criadora de relações jurídicas, a ordem jurídica limita-se a reconhecer aos indivíduos o poder de criar *fatispécies* aptas a gerar vínculos entre eles. A autonomia privada tem, portanto, caracteres próprios, claros e inconfundíveis com os de qualquer outra autonomia.

---

[90] Cf.: CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 104.
[91] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 104.
[92] BETTI, Emílio**. Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 98-99.

O que ocorre, portanto, é um fenômeno de recepção do conteúdo do negócio, o qual é um preceito jurídico.

A teoria normativa, por sua vez, vai ainda mais longe, considerando o negócio ato criador de normas jurídicas.

Seu maior expoente é Luigi Ferri, o qual estabelece o seguinte paralelo: se o negócio jurídico, incontroversamente, cria relações jurídicas, ele é fonte de direito objetivo. Logo, não pode ser considerado apenas como um fato pinçado pelo ordenamento jurídico, relegando-se seu caráter normativo, pois negar-lhe tal natureza seria o mesmo que negar-lhe a função de criar relações jurídicas[93].

Assim, para a teoria normativa o negócio jurídico é fonte formal não apenas de relações jurídicas, como de direito objetivo. Trata-se de uma concepção deveras antiga, que remonta ao direito romano, momento histórico em que Ulpiano já reconhecia que "*lege menim contractus dedit*[94],,[95].

Diante desse reconhecimento perpetuado desde à antiguidade é que Francisco Amaral[96] sustenta que: "À luz da evolução histórica e da existência de textos legais que consagram tal teoria, inexistem razões para que não se considere à autonomia privada poder jurídico, e o negócio, instrumento e expressão desse poder".

Os objetivistas pregam a inexistência de contradição em o negócio jurídico ser um ato regulado pelo direito e conter, concomitantemente, o direito[97]. Esse dualidade não apenas não macularia o sistema como seria salutar a ele[98].

Trata-se, em verdade, de uma questão de hierarquia dentro do ordenamento jurídico. Nesse sentido, Santi Romano já afirmava que o

---

[93] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 105.

[94] "*A lei resulta do contrato".*

[95] Cf.: AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 422.

[96] AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 423.

[97]"O negócio jurídico pode ser ato regulado pelo direito e conter direito. As fontes criam normas e são reguladas por normas. A própria lei é ato jurídico, regulada na sua criação e eficácia pela Constituição". (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 423).

[98] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 106.

negócio jurídico é fonte de normas, contudo, normas subordinadas às normas estatais, secundárias e suplementares[99].

Hans Kelsen, por sua vez, sintetizava que o negócio jurídico é um fato produtor de Direito porquanto a ordem jurídica confere a ele essa qualidade. Nas palavras do escritor austríaco:

> Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial[100].

Érico de Pina Cabral[101] elenca os pontos de contato e de divergência entre as teorias de Betti e de Ferri:

> Ao contrário do que afirma Betti, para Luigi Ferri o negócio não é um fato social na origem e que depois se converte em fenômeno jurídico, mas um fenômeno jurídico por natureza e que tem uma destacada importância social. Concordam, porém, quanto aos efeitos jurídicos dos negócios quando afirmam que estes derivam sempre do ordenamento jurídico; e divergem mais uma vez quando Ferri condiciona o reconhecimento de tal premissa a que as normas negociais constituem parte integrante do ordenamento.

Muitas, contudo, foram as críticas recebidas pelas teorias denominadas objetivas. Orlando Gomes[102] aponta que os particulares não titularizam o poder de impor normas vinculantes aos demais, não vinculando, sequer, aos próprios pactuantes, pois o que os vincula não é o negócio, mas o ordenamento jurídico.

---

[99] Cf.: CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 106.

[100] O autor reconhece a normatividade das relações mútuas reguladas pelos indivíduos, mas ressalva que essas normas não são autônomas, visto que: "Elas apenas são normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem sanções". (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 284-285).

[101] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 106.

[102] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 250-251.

Antonio Junqueira de Azevedo[103], igualmente, critica as teorias objetivas refutando-lhes a suficiência da construção teórica diante da figura do negócio jurídico nulo, o qual, concebido dentro da teoria, seria uma não-norma.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, por sua vez, questiona a utilidade dogmática de se ampliar o conceito de norma de modo a abarcar os negócios jurídicos, enquanto esses podem ser facilmente explicáveis enquanto relações jurídicas[104].

Com efeito, de se reconhecer que há argumentações convincentes em ambos os sentidos. Contudo, independentemente da vertente teórica que se adote, ambas admitem que o negócio jurídico se origina de um regramento estabelecido entre os pactuantes inseridos em um ordenamento jurídico.

Para o prosseguimento da presente pesquisa, tais pressupostos são suficientes, mormente porque, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o ordenamento jurídico passou a expressamente reconhecer o autorregramento da vontade das partes na seara processual, de modo a esgotar a discussão acerca da necessidade, ou não, de previsão heterônoma nesse sentido.

Assim sendo, para o presente estudo se adotará a definição de negócio jurídico nos seguintes termos: "ato pelo qual, em razão do autorregramento da vontade, o sujeito manifesta vontade visando à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas previamente definidas no ordenamento jurídico"[105].

Necessário, nesse ponto, proceder a uma breve investigação acerca do autorregramento da vontade.

1.3 O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE

[103] "A transformação do negócio em norma jurídica implica sempre um jubere que o negócio jurídico não possui. Esse o seu principal defeito". (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.12-14).

[104] O autor ilustra a dificuldade operativa da concepção normativista do negócio jurídico com um exemplo: "Basta pensar, v. g., num ato ilícito indenizativo (CC-2002, arts. 186 e 927); dele decorre uma relação jurídica entre o praticante do ato e a vítima tendo como objeto o pagamento da indenização. Estruturalmente, esse vínculo em nada difere daquele nascido de um contrato de compra e venda. Elevar ambos à condição de preceito significa trata-los dogmaticamente como categoria única, apesar da notável diferença de pressupostos e de regime jurídico". (Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 133).

[105] NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 133.

O autorregramento da vontade compõe o conceito de negócio jurídico, correspondendo a elemento nuclear em sua definição. Assim sendo, imprescindível buscar sua definição, com o intuito de melhor compreender o instituto.

Paradigmamente falando, o autorregramento da vontade vem a superar a autonomia privada, a qual é comumente definida "em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer atividade jurídica"[106].

Nesse aspecto, curioso apontar que a finalidade prática buscada pela vontade não se restringe a ambições de ordem econômica e patrimonial[107], razão pela qual limitar-lhe a atuação à seara do direito privado revela-se, no mínimo, inapropriado.

De fato, inexiste uma vinculação entre o conceito de negócio jurídico e o caráter patrimonial do conteúdo transacionado, porquanto negócios não patrimoniais, a exemplo de associações para fins filantrópicos, também estão congregados enquanto expressões da autonomia privada.

Contrário senso da majoritária doutrina, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[108] diverge da configuração da autonomia sob a denominação "privada", como se apenas à essa esfera atingisse, crítica essa com a qual se concorda:

> Mais ilegítimo ainda é alargar-se o conceito de autorregramento da vontade, que é conceito de quem vê, de cima, as regras jurídicas cogentes e o que elas deixam sem o repelirem do mundo jurídico, para se adaptar tal conceito a algum sistema político que tenha deslocado para entidades outras que o Estado a edição de normas jurídicas, ou que interprete tê-lo feito. Evite-se, outrossim, chama-la autonomia privada, no sentido de autorregramento de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base,

[106]AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 409.

[107] Apesar de servir-se da expressão "privada", Érico de Pina Cabral concorda que "o princípio da autonomia privada é essencial para a convivência social e tem de estar consagrado a percorrer todos os domínios da atividade humana, não apenas o econômico". (CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 93.)

[108]MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo III - parte geral. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 83.

> qualquer autorregramento da vontade, em direito público, – o que seria falsíssimo. O que caracteriza o autorregramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito.

O autor[109] compreendia que o autorregramento da vontade precede o ambiente jurídico, podendo nele ingressar, ou não, de acordo com a relevância que determinada atividade humana represente para o mundo jurídico.

Ao enfrentar a temática, Orlando Gomes[110] caracteriza o fenômeno negocial como práticas exercidas por particulares, mas que em sua essência são públicas, vindo o interesse social admitido pelo Estado ao impor linhas limítrofes para a negociação a justamente reconhecer esse caráter público. Nas palavras do doutrinador: "O poder que têm esses particulares só é privado do ponto de vista dos sujeitos que o exercem. No fundo, são poderes de direito público".

Ora, se o Estado intervém nas relações contratuais entre particulares é porque possui interesse nelas, e o interesse que possui nelas compõe-se eminentemente de um caráter social. Logo, por estar-se a falar em interesse público com conotação social, incompatível a terminologia "autonomia privada", razão pela qual adotar-se-á o "autorregramento da vontade", expressão batizada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.

O conteúdo desse autorregramento, por sua vez, consiste no espaço deixado pelo ordenamento jurídico para que os sujeitos possam regular seus próprios interesses, dentro dos limites previstos pelo ordenamento.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda preconiza, nesse sentido, que: "O direito cogente, que é o que limita o autorregramento da vontade, opera impositiva e proibitivamente; de maneira que as pessoas têm de fazer ou de não fazer (no sentido mais largo); o que ilide qualquer escolha[111]".

---

[109] Cf.: MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo III - parte geral. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 87-88.
[110] GOMES, Orlando**. Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 35.
[111] MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo III - parte geral. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 87-88.

Realizados esses apontamentos, passa-se ao exame dos desdobramentos deles sob a principal expressão do autorregramento da vontade, qual seja: o negócio jurídico.

1.4 O NEGÓCIO JURÍDICO

A vontade, quando focada em atingir determinada finalidade concebida pelo ordenamento jurídico, manifesta-se através de um agir, podendo produzir determinados efeitos, tais quais criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. A esse agir corresponde a denominação negócio jurídico, o qual representa o principal desdobramento do princípio do autorregramento da vontade.

Classicamente, o negócio jurídico é visto como uma declaração privada de vontade que intenciona produzir um efeito jurídico[112]. Marcos Bernardes de Mello explica como esse conceito se fortaleceu rapidamente, conferindo um enfoque progressivamente mais autônomo ao autorregramento da vontade:

> O conceito de negócio jurídico foi assim construído sob a inspiração ideológica do Estado liberal, cuja característica mais notável consistia na preservação da liberdade individual, o mais ampla possível, diante do Estado. Por isso, concebeu-se o negócio jurídico como instrumento de realização da vontade individual, respaldando uma liberdade contratual que se queria praticamente sem limites. Em consequência desse voluntarismo (que revela intenso individualismo) – tão exagerado se tornou o dogma –, a doutrina passou a ver no negócio jurídico um ato de autonomia da vontade – também dita autonomia privada[113].

Além do exercício de sua função típica por excelência – criar, modificar e extinguir relações jurídicas –, a vontade age como força

[112] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171.
[113] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 169/170.

criativa e legitimadora de direitos subjetivos, bem como serve de critério diferenciador entre fatos e atos jurídicos[114].

Para facilitar a compreensão da temática que será aqui abordada, necessária uma breve digressão acerca da teoria do fato jurídico, fundamental premissa para o desenvolvimento das análises a que se procederá.

1.4.1 A Teoria do Fato Jurídico

A primeira concepção de fato jurídico *lato sensu* foi delineada por Friderich Carl von Savigny[115] aproximadamente na metade do século XIX, quando, ao abordar as relações jurídicas, conceituou o fato jurídico como "os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam".

Tal conceituação sofreu críticas ao longo do tempo, visto que limita o fato jurídico ao nascimento ou extinção das relações jurídicas, sem mencionar as transformações por que elas passam e demais efeitos passíveis de verificação[116].

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda aprimorou a teoria do fato jurídico, esquadrinhando-a, basicamente, na figura do suporte fático previsto pela norma, a qual incide sobre os fatos do mundo que se enquadrem no suporte fático, juridicizando-os.

Marcos Bernardes de Mello esclarece que: "Na sua finalidade de ordenar a conduta humana, obrigatoriamente, o direito valora os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano"[117].

O fato jurídico, sucintamente, pode ser definido como o resultado da junção da norma jurídica (plano deontológico/dever ser) com a situação de fato por ela prevista (plano ontológico/ser), vindo aquela a atribuir consequências para quando esse se materializar.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[118] categoriza os fatos jurídicos *lato sensu* em quatro classes: fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-

---

[114]AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 408.

[115] SAVIGNY. Friedrich Carl von. **Sistema delderecho romano actual**, v. II, p. 142.

[116] Cf.: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 111.

[117] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

[118] Cf.: MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo I. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 85.

fatos jurídicos *stricto sensu*, atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos.

Dentre esses, os 3 (três) últimos – denominados atos jurídicos *lato sensu* –, são dotados de uma particularidade: envolvem manifestações de vontade humana, ao contrário dos fatos jurídicos *stricto sensu*, os quais constituem simples manifestação da natureza, sem qualquer participação do aspecto volitivo humano.

Os negócios jurídicos, por sua vez, distinguem-se dos demais atos jurídicos *lato sensu* em virtude de sua eficácia decorrer diretamente da vontade do agente – *ex voluntate* –, enquanto que nos atos jurídicos a vontade decorre da lei – *ex lege*[119].

De se pontuar, nesse vértice, a crítica realizada por Marcos Bernardes de Mello[120] aos mencionados termos, o qual acentua que, em ambos os casos, a eficácia jurídica não deriva nem da lei e nem da vontade, mas, sim, do fenômeno de imputação da lei aos fatos, ou seja, da incidência da norma sobre o fato que se enquadre em seu suporte fático. Em outras palavras: do fato jurídico. Prossegue o autor:

> Quando a vontade (= elemento determinante da conduta que configura o ato) pode estabelecer o surgimento de efeitos jurídicos, isso terá sido consequência de haver uma norma jurídica que impute (= atribua) àquela vontade (mais propriamente ao ato que dela resulta) aquele efeito. Por isso, para mencionar aqueles efeitos que são inafastáveis pela vontade e que se realizam pela simples formação do fato jurídico, como acontece nos atos jurídicos *stricto sensu*, preferimos a expressão efeitos necessários. Quanto aos efeitos que podem ser objeto de escolha pela vontade (= poder de auto-regramento da vontade), não há por que qualifica-los. Por essa razão não vemos a necessidade de encontrar um substitutivo para corrigir a expressão *ex voluntate*.

[119] Cf.: AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 406. Em entendimento contrário, Marcos Bernardes de Mello defende que: "não há efeito jurídico *ex voluntate*. Todos são *ex lege* no sentido de que sempre decorrem de imputação feita aos fatos, inclusive atos, pelas normas jurídicas. Assim no negócio jurídico a vontade não cria efeitos, porque estes são definidos pelo ordenamento; apenas dentro de uma amplitude variável, as normas jurídicas concedem às pessoas certo poder de escolha da categoria negocial". (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 184).

[120] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

Assim, a diferenciação se dá em razão de, nos atos jurídicos *stricto sensu*, os efeitos decorrentes serem os necessários – especificamente previstos na legislação –, enquanto nos negócios jurídicos a legislação limita-se a permiti-los, convidando às partes a traçarem os efeitos que pretendem, dentro de certa amplitude comportada pelo ordenamento. Consoante preconiza Julio Guilherme Müller[121], em se tratando de negócios jurídicos: "há liberdade, ainda que dentro de uma moldura jurídica definida pelo ordenamento jurídico, para que a vontade dos sujeitos possa construir e definir relações, produzindo os efeitos jurídicos voluntariamente perseguidos por eles".

Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira[122] rebatem as críticas de parcela doutrinária que defende a inexistência de negócios processuais em razão de os efeitos serem previstos em lei, sustentando que o mesmo fenômeno se observa no plano privado: "todo efeito é, obviamente, consequência da incidência normativa de um enunciado normativo sobre um fato jurídico".

A diferença é que, quando o ordenamento jurídico autoriza a realização de negócios jurídicos, confere poder ao autorregramento das partes para que possam controlar, dentro da moldura da norma, quais os efeitos pretendidos além dos necessários.

Esses fenômenos jurídicos, ou ao menos alguns deles, podem estar compreendidos, concomitantemente ou não, em três planos: existência, validade e eficácia.

Em verdade, o único plano em que todas as figuras previstas dentro da teoria se encontram é o plano da existência, resultado imediato da incidência da norma sobre o fato. Consoante delineado por Marcos Bernardes de Mello: "o elemento da existência é a base de que dependem os outros elementos"[123], de modo que sua análise antecede até mesmo ao exame das nulidades.

Paula Sarno Braga ensina:

> Em linhas gerais, no plano da existência, observam-se três diferentes momentos: (i) o

[121]MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 11.

[122] DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 60-64.

[123] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 96.

> momento abstrato, que se dá pela descrição da hipótese fática pela norma jurídica (definição hipotética do fato jurídico pela norma); (ii) o momento da concreção, que se configura pela incidência da hipótese normativa sobre fato ou complexo de fatos da vida; (iii) momentos estes que resultam no momento de nascimento do fato jurídico, no qual se verifica que, juridicizado o fato (ou complexo de fatos) pela prescrição normativa, passa ele a existir no mundo jurídico – ingressa no plano de existência do mundo do direito[124].

Uma vez existente, analisa-se a validade do fato jurídico, sendo imperioso referenciar que somente os fatos jurídicos lícitos que têm enquanto elemento nuclear do suporte fático a vontade humana alcançam o plano da validade.

> Diz-se válido o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar. Validade, no que concerne a ato jurídico, é sinônimo de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico[125].

Assim, é justamente o fator volitivo o responsável por inserir os atos jurídicos *lato sensu* no plano de validade, estando os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos-fatos excluídos de tal plano. O sistema de invalidades assim se processa porque as nulidades e anulabilidades são verificadas justamente a partir da detecção de vícios de vontade[126]-[127].

---

[124] BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**, São Paulo: Ed. RT, v. 148, n. 294, p. 293-320, jun. 2007, p. 294.

[125] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.

[126] "Os fatos jurídicos *stricto sensu* não passam pelo plano da validade. De igual modo, os atos-fatos não passam pelo plano da validade. Por ele apenas passam os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, nos quais é relevante a vontade humana. É aí que se opera o sistema de invalidades, exatamente porque se anulam os atos dos quais decorram vícios de vontade" (CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 29).

[127] Necessário, contudo, distinguir os vícios de vontade da completa ausência de vontade, aspecto que será abordado no tópico 1.4.3 – A liberdade contratual.

Por fim, o fato atinge, ou não, o plano da eficácia, no qual irá gerar situações jurídicas, dentre as quais se destacam as relações jurídicas, cujo conteúdo se revela em direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e situações[128].

Na clássica definição de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[129], o negócio jurídico consiste em ato jurídico cujo suporte fático possui, enquanto elemento essencial, a manifestação de vontade, tendo por pressuposto o autorregramento da vontade e titularizando o poder de criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções[130].

Antônio Junqueira de Azevedo[131] frisa o caráter atemporal desse instituto, pregando: "A ideia de negócio jurídico, seu conceito, é, no nosso entendimento, de todo o sempre, porque "negócio jurídico" não é conceito criado pela doutrina – conceito técnico – e sim conceito real, concreto, próprio do homem vivendo em sociedade, do homem sócio do homem, como dizia Cícero e os estóicos".

Enquanto categoria jurídica abstrata, contudo, nasceu durante o século XVIII, sendo a glória da ciência pandectística alemã[132], que o elaborou a partir dos textos romanos[133] de Justiniano considerados direito comum – *Corpus iuris civilis* –, tendo como fundamento o princípio da autonomia da vontade e como finalidade a aplicação a todos

---

[128] BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**, São Paulo: Ed. RT, v. 148, n. 294, p. 293-320, jun. 2007, p. 294-295.

[129] Cf.: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 3. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, p. 29.

[130] Marcos Bernardes de Mello , por sua vez, formulou a seguinte definição para negócio jurídico: "(...) é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficacial das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico" . (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 191).

[131] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 9.

[132] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 123.

[133] "A palavra "*negotium*" também era usada em Roma, todavia com significado variado e atécnico". (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 122.

os atos jurídicos em que o sujeito ambicionar o atingimento de determinados fins[134].

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[135]atribui a autoria do termo "negócio jurídico" – *Rechtschäft* –, a G. Hugo, havendo, contudo, outros autores que a tributam a Nettelbladt[136]. Nada obstante, sua formulação é perfectibilizada por Friederich Carl von Savigny[137], ao defini-lo como "espécie de fatos jurídicos que não são apenas ações livres, mas em que a vontade dos sujeitos se dirige imediatamente à constituição ou extinção de uma relação jurídica".

Em que pese a existência de divergência acerca da autoria do termo, Antônio Junqueira de Azevedo[138] persiste em enfatizar ser um conceito atemporal observado mesmo em sociedades primitivas, que vivem à margem da civilização. Assinala o autor que sustentar que o negócio jurídico "'surgiu' nos séculos XVIII e XIX seria o mesmo que dizer que, antes de Newton, não existiam as leis da gravitação universal e ninguém sabia que os corpos caíam. É confundir o momento da formulação do conceito com o próprio conceito".

Nota-se, portanto, que o mencionado autor tangencia o jusnaturalismo em sua concepção de negócio jurídico, considerando esse não uma criação do ser humano, mas sim uma manifestação espontânea da vida em sociedade. Tratar-se-ia de um conceito "antes sentido que elaborado"[139].

---

[134] Cf.: AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 413. Prossegue o autor: "O direito romano não conheceu o negócio jurídico como categoria lógica, que seria fruto de uma abstração a que os juristas romanos, práticos e objetivos, não se dedicaram. Mas já continha os elementos com que a pandectística alemã trabalharia na elaboração de tal conceito, isto é, a vontade humana e os efeitos que dela podem diretamente derivar". Contudo, há entendimento doutrinário em sentido diverso, sustentando que os juristas romanos possuíam uma noção unitária do negócio jurídico (FADDA *apud* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 13)

[135] Cf.: MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo I. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000 p. 140.

[136] Cf.: CALASSO, Francesco *apud* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 9.

[137] SAVIGNY. Friedrich Carl von. **Sistema delderecho romano actual**, v. II, p. 202.

[138] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 13.

[139] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 13.

O negócio jurídico é definido, ainda, como um fato histórico, uma categoria lógica fruto de uma filosofia político-jurídica que, baseado em liberdade e igualdade formal: "constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial" [140].

Para Emilio Betti[141] o negócio jurídico consiste essencialmente em um fato social, sendo que sua eficácia "primeiro, se manifesta, logicamente, no plano social, e depois, graças à sanção do direito, se destina a produzir-se também no plano jurídico". O autor salienta, contudo, que o Direito apenas concede a sua chancela "a funções que considera socialmente relevantes e úteis para a sociedade que disciplina e em que se desenvolve".

Isso porque o direito simplesmente seria indiferente a certas condutas, não tendo interesse nem mesmo em regulá-las, que o dirá em vedá-las ou em estimulá-las. O ato de autorregramento da vontade, assim, apenas seria elevado à dignidade de negócio jurídico quando a ordem jurídica o avaliasse como socialmente relevante e digno de tutela[142]. Por possuir esse caráter de relevância social, precisa servir ele não apenas ao homem, individualmente, mas ao coletivo, à sociedade como um todo.

Antônio Junqueira de Azevedo assevera, inclusive, que sem negócio jurídico não se tem sociedade, por ser ele indispensável a ela. Veja-se: "A função do negócio jurídico é a de ser o instrumento jurídico, por excelência, de colaboração entre os homens. Não há sociedade sem negócio jurídico"[143].

Majoritária doutrina prega a correspondência umbilical entre o negócio jurídico e a auto-regulação inerente à atividade privada. Nesse sentido: "É perfeitamente perceptível a correlação entre os termos "autonomia privada e negócio jurídico", este último como manifestação concreta e prática do primeiro"[144].

---

[140]AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 415.

[141] BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 111.

[142] Cf.: BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 106-107.

[143] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 20.

[144] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 84.

Divergindo dessa concepção de negócio jurídico como mera manifestação de autonomia privada, Antônio Junqueira de Azevedo[145] tece sua crítica:

> Ora, se o negócio jurídico é, antes de tudo, um conceito popular, seu fundamento é a autonomia da vontade socialmente entendida. Não é, portanto, nem a autonomia da vontade individualista, como se pretende no liberalismo capitalista, nem a autonomia da vontade concedida pelo ordenamento jurídico, como se quer no totalitarismo estatizante.

Na sequência, o autor enfatiza o aspecto diferencial do negócio em relação aos demais atos jurídicos: "Este é o ponto fundamental: o negócio jurídico traz valor em si mesmo, ele é *selbstwert*[146], vem carregado de intencionalidade jurídica[147]". Isso porque "(...) há uma juridicidade ínsita no negócio jurídico, que não é dada pela lei, que existe antes da incidência da lei. A mesma sociedade que cria o Estado – e a lei como expressão da vontade do Estado – cria também o negócio jurídico[148]-[149]".

Essa juridicidade latente na figura negocial apontada pelo autor corresponde a uma normatividade consuetudinariamente legitimada pelo costume, razão a fazer compreender que a norma a incidir sobre os fatos da vida possa derivar dessa fonte de direito.

---

[145] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 13.

[146] Termo germânico a designar "auto-estima".

[147] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 15.

[148] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues** .São Paulo: Saraiva, 1989, p. 17-18. Mais adiante, o autor explana: "Em matéria negocial, as coisas se passam, pois, antes de mais nada, socialmente. Não há o problema de autorização pelo ordenamento estatal, porque é a sociedade, em qualquer grau, e com ou sem Estado, que reconhece a possibilidade de seus membros fazerem negócios jurídicos". (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 20).

[149] Em sentido contrário, Marcos Bernardes de Mello: "Segundo entendemos, o argumento definitivo para negar caráter normativo ao negócio jurídico baseia-se no fato de que as normas jurídicas têm na incidência, em consequência da qual ocorre a juridicização do suporte fático por ela previsto e a geração de um fato jurídico, a característica essencial que a diferencia das demais normas comportamentais existentes na sociedade". (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 189).

Sem dúvidas, contudo, que o ordenamento positivado vem a enriquecer essa experiência jurídica, na medida em que ele colabora para que esse instrumento, que por si só já fomenta o desenvolvimento da sociedade, venha a se preocupar ainda mais com os seus fins sociais.

Ao impor determinadas normas que, caso não cumpridas, retiram do negócio sua validade e sua eficácia, o ordenamento legislado consegue equilibrar relações que de outra forma penderiam para o lado de algum dos contratantes e, desse modo, privilegia o coletivo em detrimento do individual.

Tem-se através da via legislativa, portanto, um instrumento de contenção do poder do negócio jurídico. Nada obstante o manuseio da ferramenta legislativa enquanto instrumento limitador, inegável reconhecer que a criação legislativa, em si mesma, pode ser compreendida como uma convenção, revelando o alcance extremo a que pode chegar o poder emanado do autorregramento da vontade, ainda que em um viés de fins degenerados. Isso porque, consoante afirma Ricardo Luis Lorenzetti[150]: "Na criação legislativa não há um ato de soberania estatal mas o acordo prévio dos grandes grupos organizados; se trata de uma espécie de contrato, de acordo, quem impõe a lei que convém a seus interesses".

Por fim, importante esclarecer o que seria o ato ilícito então, inserido na teoria do fato jurídico.

O ilícito, consoante se sabe, trata-se de um conceito axiológico, isto é, se refere a uma definição de valor predominante em uma determinada sociedade, "tanto que fato hoje tido por lícito amanhã pode não ser mais"[151].

Não resta dúvida de que fatos ilícitos sejam dotados de juridicidade, vindo a comprovação da máxima sustentada a revelar-se pela circunstância de eles originarem efeitos, isto é, consequências derivadas de sua prática.

Veja-se: a prática de um ato ilícito gera para o imputável uma relação jurídica para com aquele que sofreu as consequências da conduta ilícita. "Se o fato ilícito não cria direitos para quem o praticou, faz

[150] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 58.

[151] BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**, São Paulo: Ed. RT, v. 148, n. 294, p. 293-320, jun. 2007, p. 296.

nascer um direito para que sofreu as suas consequências"[152], e se gera consequências, insofismavelmente existe juridicidade.

Uma vez localizada a figura do negócio jurídico dentro da teoria do fato jurídico, cumpre analisar as metamorfoses do instrumento contratual para bem compreender a liberdade contratual.

1.4.2 Os Contratos

A principal manifestação do gênero negócio jurídico certamente reside na figura do contrato, o qual é espécie do gênero negocial. Logo justifica-se realizar alguns breves delineamentos acerca do instituto, antes de adentrar no exame da liberdade contratual, cuja compreensão revela-se imprescindível para este estudo.

Interessante pontuar, nesse aspecto, que a experiência histórica evidencia que o contrato surge em um momento anterior, só vindo em um segundo momento a ser articulada a liberdade contratual[153].

Irineu Strenger, pautado nas ideias de Hegel, afirma que o conceito de pessoa alicerça o contrato, sendo esse a forma típica das relações de direito individual, porquanto ainda que participe de uma comunidade maior, cada parte se comporta autonomamente no momento da pactuação, motivo pelo qual o contrato é fruto do arbítrio das partes[154].

O real significado de acordo de vontades começa a ser esboçado a partir das contribuições de Puffendorf e Pothier, estatuindo-se o princípio de que o contrato faz lei entre as partes e atribuindo a esse, portanto, o poder de criar vínculo jurídico[155].

Fruto do liberalismo burguês, a liberdade individual veio a pautar um processo de conquistas, dentro do qual o contrato tornou-se a

---

[152] BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**, São Paulo: Ed. RT, v. 148, n. 294, p. 293-320, jun. 2007, p. 297.

[153] "Portanto, historicamente é o contrato que condiciona o aparecimento da liberdade de contratar; o contrato se revela não como uma instituição que pressupõe a liberdade como comumente é tratado pela tecnologia jurídica, mas que institucionaliza a liberdade". (ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o Direito**. São Paulo: Lúmen, 2002, p. 509).

[154] Cf.: STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ESMPU v.10, jan. 2004, p. 53-72, p. 66.

[155] Cf.: KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 20.

principal bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em absoluto, um elemento crucial da sua legitimação[156].

Na teoria contratual clássica predominava o princípio da intangibilidade do contrato, segundo o qual o Estado não possuía o condão de intervir para modificar ou orientar o conteúdo do contrato, restando-lhe apenas a tarefa de garantidor do resultado contratual ambicionado pelas partes[157].

Especialmente no período histórico caracterizado pelo liberalismo, "A vontade era a fonte dos direitos e o contrato, sua forma excelsa de exteriorização"[158], de modo que era intocável. Esse cenário, contudo, veio a sofrer paulatinas modificações.

Enquanto na acepção clássica da autonomia da vontade a lei presumia uma igualdade formal entre os agentes a legitimar o exercício da liberdade contratual, a concepção contemporânea parte da premissa de desigualdade existente entre os contratantes, permitindo a intervenção do Estado nos pactos avençados e impondo a observância de condutas ético-jurídicas nas tratativas contratuais com o fito de equalizar as forças[159].

O gérmen desse giro paradigmático reside nos debates travados entre a prevalência da vontade interna ou da vontade declarada, ocorridos ao fim do século XIX, início do século XX. "É a discussão entre a visão filosófica e metafísica do contrato e uma visão mais social ou funcional deste"[160].

Nada obstante, essas transformações às quais o instituto contratual foi submetido não o contrariam, "mas antes confirmam o princípio da autonomia da vontade, não mais em termos absolutos e

---

[156] Cf.: KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 21.

[157] Cf.: STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.55, n.363, p.111-124, jan.2008, p. 112.

[158] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 117.

[159] Cf.: STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.55, n.363, p.111-124, jan.2008, p. 114.

[160] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64.

ilimitados, mas sujeitas a limites impostos pela lei (...) que procurem assegurar o interesse preferencial da sociedade[161],,

Tais transformações conceituais não importam no declínio do princípio do autorregramento da vontade, mas apenas na sua interpretação conjugada com os princípios da boa-fé objetiva, da igualdade substancial entre as partes, da função social do contrato e do equilíbrio material[162].

O contrato, enquanto expressão de negócio jurídico, é fonte de um regramento alicerçado nos princípios da igualdade e da liberdade, "ao passo que o direito que se apoia nas instituições tem apenas como suporte a autoridade[163],,.

Da mencionada liberdade deriva uma modalidade que merece especial atenção desse estudo, razão pela qual passa-se a examinar, na sequência, um dos pilares a sustentar a figura negocial, qual seja: a liberdade contratual.

1.4.3 A Liberdade Contratual

A liberdade contratual é concebida em sentido amplo como a liberdade de contratar, ou de não contratar. Mais que isso, a liberdade de fixar o conteúdo do contrato, determinar suas cláusulas, escolher com quem contratar e sob que forma contratar[164]-[165].

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[166] define a liberdade contratual como o poder de assumir livremente deveres e obrigações. Interessante, contudo, é a vinculação que o autor estabelece entre esse princípio e o do autorregramento da vontade: "No fundo, os dois princípios prendem-se à liberdade de declarar ou manifestar a vontade

---

[161] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002., p. 50.

[162] Cf.: STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.55, n.363, p.111-124, jan.2008, p. 123.

[163] STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ESMPU v.10, jan. 2004, p. 53-72, p. 61.

[164] Cf.: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. *In:* DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 14.

[165] Consoante leciona Luiz Guilherme Loureiro, a atuação da vontade manifesta-se sob três aspectos: "liberdade de contratar propriamente dita, liberdade de estipular o contrato e liberdade de estruturar o conteúdo do contrato". (LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002, p. 44).

[166] MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo III - parte geral. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 254-255.

com eficácia vinculante e de se tirar proveito das declarações ou manifestações de vontade alheias, receptícias ou não"[167].

Com efeito, o poder de auto-regulamentação dos interesses privados possui como reflexo a liberdade contratual, a qual consiste no principal fator a fomentar a circulação de riquezas.

Essa liberdade, em verdade, corresponde a um direito, o qual é tão insofismável que nem mesmo chega a ser contestado. Nas palavras de Otavio Luiz Rodrigues Junior:

> O direito ou liberdade de contratar é de tal modo evidente que ninguém jamais dirigiu-se a impugná-lo; seria para isso necessário pretender que o homem não pode dispor de sua inteligência, vontade, faculdade ou propriedade. (...) O contrato não é uma invenção ou criação da lei, sim uma expressão da natureza e razão humana, é uma convenção ou mútuo acordo, pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam para com uma outra, ou mais de uma, a prestar, fazer ou não fazer alguma coisa. É um ato natural e voluntário constituído pela inteligência e arbítrio do homem, é o exercício da faculdade que ele tem de dispor dos diversos meios que possui de desenvolver o seu ser e preencher os fins de sua natureza, de sua existência intelectual, moral e física.[168]

Trata-se o direito à liberdade contratual, portanto, de uma reunião de faculdades das quais o homem dispõe em virtude da sua razão, do seu intelecto e da sua individualidade, os quais devem estar operantes no momento da tomada de decisão. Reformulando em outras palavras: para que se observe o exercício da liberdade contratual, o indivíduo contratante necessita possuir plena ciência do objeto contratado.

Comumente os negócios jurídicos são tratados no âmbito do plano da existência como resultado da manifestação de vontade[169], sem,

---

[167] No mesmo sentido, Érico de Pina Cabral assinala: "A liberdade contratual é a forma de exteriorização mais importante da autonomia privada". (CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 117).

[168] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos: teoria da imprevisão e autonomia da vontade**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 40-41.

[169] Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo defende que "somente a declaração de vontade é elemento do negócio jurídico". (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83).

contudo, acentuar que essa declaração volitiva necessita se operar sobre um insumo, qual seja, a informação transparente.

Isso porque, quando da formação do contrato, a vontade humana incide sobre um insumo, a informação. Assim sendo, "Onde for possível concluir pela ausência de informação prévia, dessume-se a inexistência de declaração de vontade (sobre aquele dado específico)"[170].

Com efeito, impossível conceber que determinado sujeito exprima vontade acerca de dado que sequer chegou ao seu conhecimento, de modo que, se a informação restar ausente, por consectário, inexistente é também a declaração de vontade.

Cláudia Lima Marques assevera que "a decisão de 'in-formar' é a decisão de (dar) forma e passar de seu âmbito de domínio algo imaterial para o outro, a informação", salientando que "E se, na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente (...) uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro" [171].

O dever de transparência, a seu turno, versa acerca da apresentação da informação necessária à manifestação consciente de vontade, isto é, informação clara, precisa, imune a distorções ou estratagemas de ocultação[172].

É através dos deveres de informação e transparência que se garante a real e efetiva liberdade de contratar. Nesse sentido é que Ricardo Luis Lorenzetti[173] afirma que o direito à informação é um pressuposto da liberdade contratual.

---

[170] DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte I. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.247, p. 137-176, set./2015, p. 160-161. O autor encontra suporte na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para defender seu argumento: "Na verdade, a teoria dos sistemas permite concluir de maneira lógica e consistente que sem informação (*input*) não existe a resposta consequente, a declaração de vontade (*output*). Nessa proposta, o homem pode ser equiparado a um sistema (seria possível também empregar o exemplo de um computador), cognitivamente aberto para o ambiente (entorno), autorreferencial e autônomo. Dessa forma, o homem-contratante pode manter relações externas, com seu entorno, sendo destinatário de informações fornecidas pela contraparte que ingressam (*input*) em sua mente e que serão processadas, trabalhadas pela sua razão, para a formação da vontade e do consentimento, resultando exteriorizações (*output*)".

[171] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 330-331.

[172] Cf.: DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte I. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.247, p. 137-176, set./2015, p. 152.

[173] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 511.

De tal cenário exsurge um dever de informação e transparência imposto pelo ordenamento jurídico àquele que detém a informação substancial – e também acessória –, para a realização do contrato, isto é, para tornar o contrato atrativo, ou não. Recomendável, portanto, que esse contratante se precaveja das consequências do descumprimento de tal dever, positivando ou gravando por meio audiovisual expresso e detalhado, o consentimento da parte, registrando sua ciência racional quanto aos delineamentos do contrato que porventura possam lhe gerar posterior desvantagem – a exemplo de rubrica exclusiva para determinadas cláusulas redigidas em fonte maior e com a utilização de grifos.

Outrossim, para além do plano da existência, a liberdade contratual encontra limites dentro do ordenamento jurídico a operarem no plano da validade, vindo um dos mais imperativos desses a consistir na função social do contrato.

Hodiernamente, o direito contratual, como um todo, assume sua função social, atuando na proteção do indivíduo e inibindo abusos através da imposição de limites ao autorregramento da vontade "em detrimento da supremacia do voluntarismo de outrora"[174].

Na utilidade social é que reside a exigência de que os atos e atividades envolvidos na contratação não contrastem com a segurança, liberdade ou dignidade humanas.

Nesse sentido, leciona Rosa Nery[175] que contornos objetivos devem ser delineados à autonomia privada, submetendo-a e conjugando-a com os valores extraídos de parâmetros normativos que se encontram hierarquicamente acima do comando volitivo das partes. "Estes valores autônomos são fontes de obrigações e instrumentos de ajuste dos efeitos dos atos de autonomia privada quando se apresentam desproporcionais"[176].

Insta pontuar, contudo, que "A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser[177]". Seu

---

[174] STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.55, n.363, p.111-124, jan.2008, p. 121.

[175] NERY, Rosa *apud* CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 119.

[176] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 119.

[177] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 123.

centro gravitacional continua a residir na vontade enquanto elemento formador de seu exercício, ainda que essa, por vezes, precise se curvar a imperativos estatais que visam consagrar determinados valores, tais quais: a igualdade substancial entre as partes, a boa-fé objetiva e, também, a função social do contrato.

Tem-se, portanto, que o autorregramento permanece a exercer um papel essencial, necessitando, contudo, se atentar ao cumprimento de finalidades coletivas elegidas pelo ordenamento, às quais deve servir e, em hipótese alguma, prejudicar[178].

Com o advento do dirigismo contratual, passa o Estado a não mais se limitar a normatizar de maneira supletiva os preceitos contratuais, mas sim a estabelecer normas imperativas cuja inobservância acarreta a imposição de sanções às partes contratantes.

"Nessa arquitetura, conforme aumenta o conjunto normativo de um ordenamento jurídico estatal, diminui a autonomia da vontade"[179], chegando-se à máxima constitucionalmente consagrada segundo a qual "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"[180], a qual reflete, em verdade, a liberdade em sua acepção negativa.

Orlando Gomes ressalva, contudo, que essas limitações genéricas à liberdade de contratar nunca foram delimitadas com rigorosa precisão. Nas palavras do doutrinador:

> Mas essas limitações gerais à liberdade de contratar, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade, senão a impossibilidade, de conceitua-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por ideias morais, políticas, filosóficas e religiosas. Condicionam-se, em síntese, à organização política e à infra-estrutura ideológica[181].

---

[178] Cf.: CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 93.

[179] ASSIS, Olney Queiroz. Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé): uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Magister v.5, mar. 2005, p. 42-57, p. 46.

[180] Artigo 5º, inciso II, da CRFB: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

[181] GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 27.

Com efeito, os valores dominantes em cada época é que irão orientar essa linha limítrofe a separar o conteúdo possível de normatização via manifestação da liberdade contratual, e aquele resguardado pelo ordenamento como indisponível.

Poder-se-ia dizer, nesse vértice, que essa linha é desenhada à lápis, dada a sua característica de eterna revisão de acordo com os valores vigentes a cada momento da história da humanidade. Contudo, acredita-se particularmente, que essa mesma história já ensinou que determinados valores devem ser incondicionalmente protegidos, a exemplo da dignidade da pessoa humana.

Tais valores, ditos fundamentais, costumam vir insculpidos na constituição de cada nação – como ocorre no caso pátrio –, se dedicando o próximo item a analisar a incidência deles sobre o negócio jurídico e, ainda, sobre o processo civil, visto que a ocorrência de negócios jurídicos processuais virá a ser examinada no capítulo sequente.

1.5 NEGÓCIOS JURÍDICOS NO ÂMBITO DO PROCESSO: CONSTITUCIONALIDADE E PRINCIPIOLOGIA APLICÁVEL

Chegada a pós-modernidade, insofismável o reconhecimento de que o fenômeno jurídico sofreu diversas modificações, vindo vários de seus institutos a se tornarem obsoletos e, em contrapartida, surgirem novos com a tarefa de suprir necessidades até então não observadas[182].

Pautando-se em tal premissa, surge no seio da redemocratização nacional a promulgação da Constituição Federal de 1988, que traz em seu bojo a afirmação de direitos fundamentais, reservando especial enfoque a eles dentro do ordenamento jurídico.

O advento dessa renovação valorativa constitucional exige, por consectário, a reestruturação do ordenamento jurídico pátrio de acordo com os fulcros fixados pela Constituição da República[183], a qual se baseia essencialmente sobre a teoria dos direitos fundamentais[184-185],

[182]Nesse sentido, Natália Berti retrata que: "As fontes, os institutos e a metodologia tradicionais da Ciência Jurídica tornam-se insuficientes e inadequados para responder à complexidade própria de uma sociedade pós-moderna", de modo que "exige-se uma superação dos modelos jurídicos clássicos, impondo-se a necessidade de construir estruturas aptas a dar respostas aos novos problemas que surgem". (BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.15, n.57, p. 59-94, jan./mar. 2014, p. 64).

[183] Cf.: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 29.

[184] José Afonso da Silva leciona: "No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive (...)". Contribui, ainda, ao explicitar que tais direitos não se

enquanto balizadora da interpretação e aplicação de todo o ordenamento civil[186].

O autorregramento da vontade, enquanto princípio norteador das relações jurídicas, também se encontra positivado na Carta Magna de 1988 em disposições tais quais a que protege a livre iniciativa[187], a liberdade de associação[188], a liberdade matrimonial[189], e a dignidade da pessoa humana[190], alçando a categoria de direito fundamental e, portanto, tornando-se insuprimível[191].

Sua associação à dignidade humana pode causar estranheza em um primeiro momento, mas se evidencia como um desdobramento do princípio na medida em que confere ênfase à liberdade de agir da pessoa, própria da dignidade da pessoa humana[192]. É nesse sentido que Fredie Didier Jr.[193] afirma que a: "Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana".

Veja-se que a vida e a liberdade são as manifestações mais expressivas dessa dignidade, porquanto é na essência do ser que se encontram os elementos identificadores dela. Nas palavras de Érico de Pina Cabral: "A vida como essencialidade do ser humano e a liberdade como potencialidade expressiva da vida humana são valores que norteiam o princípio da dignidade da pessoa humana"[194].

Em contrapartida, o autorregramento da vontade é concomitantemente limitado por direitos fundamentais, incluído dentre

---

referem apenas à esfera privada contraposta à atividade pública, mas à limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 178.)

[185]Cf.: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 32.

[186] Cf.: STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.55, n.363, p.111-124, jan.2008, p. 123.

[187] Art. 1º, inciso IV da CRFB.

[188] Art. 5º, inciso XVII da CRFB.

[189] Art. 226 da CRFB.

[190] Art. 1º, inciso III da CRFB.

[191] BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.15, n.57, p. 59-94, jan./mar. 2014, p. 80.

[192] NERY, Rosa *apud* CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 109.

[193] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, 17ª ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 132.

[194] CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 123.

eles um que simultaneamente o legitima, qual seja: a dignidade da pessoa humana[195].

Apesar das limitações a si impostas, segue o autorregramento da vontade a cumprir uma função visceral no ordenamento jurídico. Interessante pontuar que comumente esse movimento de fortalecimento dos direitos fundamentais[196] é apontado como o responsável por atribuir a eficácia deles nas relações entre os particulares, e não mais somente nas relações entre o indivíduo e o Estado[197]. Contudo, no que concerne ao autorregramento da vontade observa-se o fenômeno inverso, isto é, é um direito fundamental que sempre irradiou eficácia nas relações entre os particulares, e que contemporaneamente passou a ser gradativamente assimilado pelas relações travadas entre os particulares e o Estado, em outras palavras, relações de direito público.

A dicotomia "público/privado" vem sendo colocada em xeque por alguns doutrinadores atuais[198], os quais atribuem tal crise, principalmente, ao "fato de o Estado contemporâneo não mais possuir a relação subordinação entre Estado e cidadão e sim a tarefa de tutelar os direitos fundamentais e tornar possível o pleno desenvolvimento da pessoa"[199].

Nesse contexto, o Direito Contratual consolidou-se na atualidade como um instrumento que busca efetivar um direito fundamental, não apenas respeitando outros, mas elegendo-os como escopos do seu processar. Isto é, através do contrato se busca a realização da livre iniciativa voltada ao atendimento do interesse social. Mas e quando esse interesse social residir justamente na desregulamentação?

Ricardo Luiz Lorenzetti assinala a inércia jurídica frente à hipercomplexidade assumida pela vida quotidiana, enfatizando que, diante do retrocesso das ordens normativas causado pela ausência de tecnologia social apta a compreender essas diversas problemáticas, "A solução é desregular; a desregulação importa em deixar o campo livre à inovação, derrubando barreiras que se lhe opõem"[200].

---

[195] BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.15, n.57, p. 59-94, jan./mar. 2014, p. 80.

[196] *Drittwirkung*, expressão em alemão a designar o fenômeno mencionado.

[197] Cf.: CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129, p. 122.

[198] Paulo Dourado de Gusmão e Pietro Perlingieri, por exemplo.

[199] KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 33-34.

[200] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 118.

À semelhança do experimentado pela seara jurídica contratual, a ciência processual necessitou se adequar às redefinições trazidas pela Constituição Federal de 1988, sendo oportuno pontuar, nesse aspecto, que o direito instrumental consiste em um fenômeno permanente de adaptação.

Em síntese, o processo civil sofreu sua redefinição a partir de uma leitura constitucional, com especial enfoque nos direitos fundamentais[201], os quais, por sua vez, surgiram oriundos de um processo dialético-histórico da Sociedade.

Os princípios constitucionais do processo civil passam a assumir o papel de delimitadores de um modelo mínimo, mas indispensável, vinculante e impositivo para a atuação jurisdicional[202].

Dentre o espectro de direitos fundamentais processuais, merece especial destaque para esse estudo o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional[203], positivado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil[204].

Vive-se um tempo de judicialização exacerbada, dentro da qual o atingimento da tutela jurisdicional inserido em um lapso temporal razoável torna-se tão utópico a ponto de precisar ser retoricamente positivado por meio de Emenda Constitucional, quase que em caráter de norma programática[205]. Inserido no conceito de tutela efetiva está o de tempestividade jurisdicional, porquanto a mora da Jurisdição em conceder a tutela acaba por violar o preceito constitucional supracitado.

Nesse viés é que Pedro Miranda de Oliveira leciona que "as legislações processuais modernas devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos"[206]. Eduardo

---

[201]Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, estreitando a relação entre processo e direitos fundamentais, defende ser aquele o instrumento de realização de valores constitucionais, considerando-o como direito constitucional aplicado (**O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, p. 2. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 10.10.2016).

[202] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol. 1.3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

[203] Nesse sentido, Luiz Fux afirma que "da década de 90 em diante o Código de Processo Civil sofreu modificações substanciais, tornando-se mais efetivo, notadamente pela auto-executoriedade de suas decisões cognitivas (...)". (FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 49).

[204] "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". CRFB.

[205] Art. 5º, inciso LXXVIII da CRFB: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

[206] MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ainda sobre a garantia da razoável duração do processo. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº78, set/2009, p. 104.

de Avelar Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues[207]contribuem elegendo a efetividade da jurisdição como direito fundamental a proporcionar a tutela dos demais direitos fundamentais, posicionamento esse também defendido por Luiz Guilherme Marinoni[208].

Diante desse novo panorama, emergiu a necessidade de uma reanálise dos instrumentos processuais com enfoque nos direitos fundamentais e, principalmente, primando por uma adequada tutela dos direitos materiais. Cumpre referenciar, nesse vértice, que: "(...) a colocação da tutela dos direitos como finalidade do processo corresponde, na dogmática processual civil, à proeminência reconhecida à pessoa humana diante do Estado no plano constitucional"[209].

Abandona-se, neste momento, a defasada conceituação clássica de processo[210], que o concebia, sucintamente, enquanto meio pelo qual a Jurisdição, substituindo as partes, dizia o direito, como ainda sustentam alguns respeitados autores[211].

Em contrapartida, adota-se um novo paradigma de modelo processual, norteado pelos valores impostos pela Constituição da República Federativa do Brasil[212], o qual é definido por Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues[213]enquanto:

> um ato jurídico complexo constituído pela operação de um núcleo de direitos fundamentais sobre uma base procedimental, não somente no âmbito da jurisdição e não apenas para declarar os direitos, mas principalmente para satisfazê-los no mundo dos fatos, na vida dos litigantes

---

[207] Cf.: LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Conceito Editorial, 2010, p. 205.

[208] Cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e efetividade do processo**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, p. 7.

[209] MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014, p. 64.

[210] "O processo civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária" (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 37).

[211] Cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p.84

[212]Elio Fazzalari conceitua o processo como "procedimento em contraditório, pois antes de qualquer medida, providência ou remédio, sempre se localizará o procedimento." (FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. 7 ed. Padova: CEDAM, 1996, p.7.)

[213]Os s autores ainda avaliam que a influência dos direitos fundamentais é tão profunda que não apenas os conceitos tendem a ser redefinidos, mas sim que toda a teoria processual necessita ser repensada a partir dessa nova dimensão. (LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 200-201.)

Imperioso destacar que o caráter meramente declaratório não mais satisfaz o conceito de processo, uma vez que, em sua acepção constitucionalista, flagrantemente prepondera a efetividade da tutela jurisdicional requerida, compreendida enquanto aquela que altera no mundo dos fatos o determinado pela ordem jurídica.

Outrossim, o dogma de que inerentemente a existência de um processo se necessitaria compulsoriamente da figura da Jurisdição e que essa, por sua vez, substituiria as partes, há muito já não mais se coaduna com a ótica contemporânea do ordenamento jurídico brasileiro. Assim não o fosse, não haveria que se falar em processo administrativo, legislativo ou até mesmo arbitral[214]. Entretanto, ainda que se esteja a considerar o processo em sua modalidade judicial, não se pode admitir que as partes serão substituídas pelo juízo, visto que a elas é constitucionalmente assegurada a participação no processo, e de outro modo não poderia ser, dado que são justamente as partes que o compõem.

No mais, a sub-rogação à Jurisdição não é a regra, e sim a exceção à resolução da lide em sua modalidade consensual[215], vez que o acordo, a mediação e a conciliação são práticas forenses não apenas permitidas, mas estimuladas enquanto instrumentos hábeis e ágeis a dirimir os conflitos com maiores índices de satisfatividade para ambas as partes[216].

---

[214] Neste aspecto, interessante pontuar a diferenciação estabelecida por José de Albuquerque Rocha entre poder e exercício de poder: "Sendo a jurisdição manifestação da soberania, portanto, monopólio do Estado por excelência, o reconhecimento da arbitragem como atividade jurisdicional não estaria em contradição com este monopólio? A resposta é negativa". (ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008, pg. 15).

[215] "(...) naquilo em que houver consenso, esta substituição da vontade das partes pela vontade de um terceiro é prescindível e, afirmam alguns, até mesmo indesejada, pois é mais eficiente (dada a maior probabilidade de cumprimento espontâneo) e mais respeitoso à liberdade dos indivíduos que sejam regidos pelas próprias vontades". (CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 484).

[216]José Carlos Barbosa Moreira prega que "Em nossos dias predomina a tese da admissibilidade de convenções não autorizadas *expressis verbis* na lei, conquanto se esforcem os escritores em estabelecer limites, sem que se haja até agora logrado unanimidade na fixação dos critérios restritivos". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 84).

Nessa seara emerge o objeto central da presente dissertação e ao qual atinem as supramencionadas considerações, consistente na figura do negócio jurídico processual[217]-[218].

À medida que o capítulo hodierno descreve as transformações do elemento vontade até o advento do Estado Constitucional, perpassando pelos novos contornos que esse imprimiu ao instituto atemporal do contrato, bem como à ciência processual, o capítulo seguinte se aprofundará na análise concernente ao negócio jurídico processual, especificamente em sua modalidade atípica.

[217]Art. 190. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
§ 1º De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual qualquer parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

[218] "Bem pensadas as coisas, permitir a realização de negócios jurídicos processuais pelo jurisdicionado é devolver a ele parte do exercício direto do poder que lhe pertence". (MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do juiz Hércules: desafios da magistratura brasileira no contexto da Lei 13.105/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.250, p. 437-460, dez./2015, p. 457).

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O negócio jurídico processual consiste em um instituto permeado por inúmeras aparentes contradições internas. É acordo celebrado em meio a discórdia[219], mas não enquanto equacionamento dessa, e sim com o fito exclusivo de organizar os termos em que a lide se processará.

É essencialmente constituído pelo autorregramento das vontades particulares, mas sua atuação se dá no exercício do múnus público desenvolvido pela Jurisdição. Busca artesanalmente alcançar celeridade dentre uma lógica processual vigente de linha de produção "fordista", caracterizada por sua pretensão de entregar a prestação jurisdicional de modo padronizado e desindividualizado. É, enfim, instrumento do instrumento.

Löic Cadiet[220] coloca, nesse sentido:

> O acordo processual é mais que um oximoro? Podemos fazer essa pergunta já que a expressão 'acordo processual' como expressão mais geral de convenção relativa ao processo, na qual o acordo processual não é mais que uma variante, combina duas noções que parecem se opor em tudo desde o primeiro momento, se se quer definir o processo como um desacordo.

---

[219] "O litígio se analisa como conflito, uma oposição, da qual podemos fazer uma ideia inicial pensando no contrário de um contrato. Essencialmente, se define como um desacordo de vontades em relação a um assunto (...). De igual maneira que o contrato é convergência de vontades, o litígio é conflito de vontades". Tradução livre de: "el litigio se analiza como conflicto, una oposición, de la que podemos hacernos una idea inicial pensando en lo contrario de un contrato. Esencialmente, se define como un desacuerdo de voluntades en relación a un asunto (…). De igual manera que el contrato es convergência de voluntades, el litigio es conflicto de voluntades". (CORNU, Gérad; FOYER, Jean *apud* CADIET, Löic. Los acuerdos em derecho francés: situación actual de la contrctualización del processo y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3: 3-35, aug.-dec. 2012, p. 4 disponível em http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true Acesso em 15/10/2016).

[220] Tradução livre de: "¿El acuerdo procesal es algo más que un oxímoron? Podemos hacernos esta pergunta ya que la expresión "acuerdo procesal" como expresión más general de convención relativa al proceso, en la que el acuerdo procesal no es más que una variante, combina dos nociones que parecen oponerse en todo desde el primer momento, si se quiere definir el proceso como un desacuerdo". (CADIET, Löic. Los acuerdos em derecho francés: situación actual de la contrctualización del processo y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3: 3-35, aug.-dec. 2012, p. 3-4 disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true acesso em: 15/10/2016).

Por essas e outras razões, em que pese a atemporalidade característica do negócio jurídico, sua presença na seara processual é encarada com desconfiança pelos operadores jurídicos[221], acostumados à rigidez das normas procedimentais inseridas na ótica inquisitorial em que se pauta o sistema processual pátrio.

Contudo, isso nem sempre foi assim. Em verdade, o cotejo histórico do processo civil revela que esse foi, ao longo das eras, preponderantemente privatista, sendo que, nos primeiros períodos do processo civil romano "o objeto e os limites do litígio, a estabilização da demanda e a delimitação dos poderes do árbitro, todas eram questões que dependiam de consenso das partes"[222].

Até o século XIX, visualiza-se o nítido predomínio da concepção liberal na seara processual[223], visto que eram atribuídos amplos poderes às partes na gestão do processo e, em contrapartida, restritos poderes aos órgãos jurisdicionais, os quais possuíam a incumbência de tão somente atender aos interesses privados, contentando-se com as versões do litígio apresentadas pelas partes[224].

A publicização passou a permear o processo apenas a partir do fim do século XIX, iniciando seu apogeu nos estudos científicos de Oskar von Büllow (*Processeinreden und Processvoraussetzungen*), o qual consagrou a ciência processual como distinta e autônoma em

---

[221] A este respeito, leciona Rosa Maria de Andrade Nery: "Os negócios jurídicos, entretanto, tanto os unilateriais, como os bilaterais, têm carga institucional muito maior, no direito privado, e, por conseguinte, no processo civil. No âmbito do direito processual civil, por certo, a possibilidade de os efeitos jurídicos dos atos praticados pelas partes serem ditados pela vontade exclusiva dos autores da declaração de vontade é bem menor, obviamente, do que se passa no direito privado, onde as relações jurídicas podem alcançar amplo espectro e os objetos jurídicos têm, em regra, natureza disponível". (NERY, Rosa Maria Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 261-274, out/dez 2015, p. 263).

[222] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 34.

[223] "A concepção liberal, ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, atribuía às partes não só amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, atribuindo-lhes total responsabilidade no que diz respeito à própria instrução probatória. Os poderes do órgão judicial eram, portanto, significativamente restringidos". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.27, jan. 2003, p. 22-51, p. 23).

[224] Cf.: FERNANDES, Jorge Luiz Reis. A cooperação no processo civil e a redação final do artigo 6° do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.111, n.421, p. 115-128, jan./jun. 2015, p. 118.

relação ao direito material. Na obra publicada em 1868, o autor define o processo como uma relação jurídica[225] de direito público entabulada entre o Estado-juiz e as partes, a possuir autonomia frente à relação de direito material[226].

Verifica-se, assim, a passagem do processo civil para a área do direito público, passagem essa que marca uma profunda transformação de opções de avaliação, ou seja, ideologias relacionadas com o Estado e com a administração da justiça civil[227].

Matizes socialistas passam a permear o processo, vindo o Estado a absorver amplos poderes instrutórios na sagaz busca pela verdade[228]. O ponto de equilíbrio entre o liberalismo e o publicismo exacerbados é atingido através da reforma processual realizada por Franz Klein na Áustria[229].

---

[225] "a relação jurídica é exatamente o nexo que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades e os correspondentes deveres, obrigações, sujeiões, ônus". (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31ª edição revista e ampliada.São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 322).

[226] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 36.

[227] Tradução livre de: "si verifica così il passaggio del processo civile dall'area del diritto pubblico: un passaggio, questo, che segna una profonda transformazione delle opzioni valutative, ossia delle ideologie, relative allo Stato e all'amministrazione della giustizia civile". (TARUFFO, Michele. Idelologie e teorie dela giustizia civile. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.1, p. 293-304, jan./jun. 2015, p. 298).

[228] "Hoje, contudo, o caráter privado não corresponde mais à concepção dominante sobre a natureza e função do processo civil, pois a experiência desmentiu a crença na eficiência do trabalho desenvolvido pelos participantes do processo. Basta pensar em que a aplicação do princípio dispositivo em sua concepção clássica, impondo exclusiva contribuição das partes no aporte ao processo da matéria de fato, relativiza além do desejável a apreciação da verdade pelo juiz, forçando-o a se contentar passivamente com a versão trazida pelas partes".(...) No extremo oposto, coloca-se a instituição de um processo civil para as relações de direito privado com plena exclusão do princípio dispositivo e absoluto império do princípio da oficialidade em prol da ampla investigação da verdade 'real e objetiva', como aconteceu nos países do mundo socialista, o que acarretaria a quase total absorção do direito civil pelo direito público". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.27, jan. 2003, p. 22-51, p. 23).

[229] "(...) a preocupação de KLEIN centrava-se na ideia de criar um processo civil no qual a parte menos hábil, menos culta, menos dotada de recursos (sem possibilidade de pagar um defensor eficiente e capaz) viesse a se encontrar em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao adversário. (...) O juiz ultrapassa, assim, a posição de mero árbitro fiscalizador da observância das 'regras do jogo' para alcançar *status* de ativo participante, com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante ". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.

É também no fim do século XIX que Franz Klein passa a influenciar fortemente os sistemas codicistas com sua visão de ambiente processual comprometido com a promoção do bem-estar coletivo, sendo necessário, para o alcance de tal fim, munir os juízes de poderes na condução processual[230].

Dentro desse paradigma[231], a natureza cogente das regras processuais estabelece-se como a regra, vindo a disponibilidade a figurar enquanto mera exceção. Isso assim se opera em virtude da sinomínia estabelecida no *civil law* entre a forma rígida do procedimento e as garantias de ordem, segurança e previsibilidade, protegendo os jurisdicionados das arbitrariedades e caprichos dos agentes públicos[232-233-234].

Genesis - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, GENESIS v.27, jan. 2003, p. 22-51, p. 24).

[230] Cf.: FERNANDES, Jorge Luiz Reis. A cooperação no processo civil e a redação final do artigo 6° do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.111, n.421, p. 115-128, jan./jun. 2015, p. 118.

[231] "Se a ideologia predominante até então no campo processual era mais liberal – processo como coisa das partes para atender interesses privados –, com o novo paradigma, há uma virada em direção a um modelo mais social, de proteção do interesse público orientado pela busca da verdade e igualdade processual, o que se dá com maior intervenção estatal mediante o aumento do papel do juiz no processo". (MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 38).

[232] Cf.: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das Convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 218; MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil Curitiba**, GENESIS v.33, jul. 2004, p. 484-510, p. 486.

[233] "Não se pretende corroer, portanto, o enorme mérito que historicamente teve na disciplina do processo a afirmação do princípio da legalidade, a fixação de uma regulamentação por obra de uma fonte superior e externa em relação aos protagonistas do processo, como instrumento principal para combater a infeciência do processo e para aspirar a conferir certeza às garantias das partes. Ao invés, se deve reconhecer que o sistema normativo processual não é fechado na própria autorreferência normativa, mas está disposto a aprender com o ambiente circunstante. E caso se trate de um ambiente rico de boas razões potencialmente universalizáveis, como aquele que pode derivar de um exercício equilibrado do poder de autonomia (individual ou coletiva), o enriquecimento do sistema processual não pode deixar de ser notável". (CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.228, p. 359-376, fev./2014, p. 374-375).

[234] "Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz, e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 07).

Com efeito: "Além de proporcionar ordem, previsibilidade e eficiência, a forma é um freio legislativo aos impulsos humanos"[235], caracterizando-se enquanto um instrumento contendor de arbitrariedades.

Contudo, quando esse formalismo se revela estéril e inapto ao atingimento dos fins do processo[236] deve ser preterido, pois regras de procedimento não devem substantivar-se, isto é, converter-se em fim próprio. O formalismo que alcança essa dimensão deve ser rechaçado por converter em fim o que foi criado para ser meio[237]. Não há lógica em se arraigar ao formalismo em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional. Aquele só se justifica quando funcionar enquanto instrumento para o alcance dessa.

A partir dos anos 1950, observa-se o resgate da dimensão dialética processual, renovando-se o papel conferido ao contraditório[238]. Isso porque, após a 2ª Guerra Mundial, o publicismo veio a ser reconfigurado, passando-se a valorizar e a proteger valores caros à sociedade, intitulados como direitos humanos. A este respeito, leciona Eduardo de Avelar Lamy[239]:

---

[235] "Especialmente num Estado de Direito, que é aquele em que impera o *rule of law*, não pode o poder estatal, exercido por meio de agentes públicos, permitir que as preferências e vontades pessoais prevaleçam sobre as prescrições normativas. Formalidades legais talvez sejam o modo mais seguro de evitar-se o arbítrio dos julgadores". (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 09).

[236] Ao distinguir processo de procedimento, articula Guilherme Peres de Oliveira: "(...) o que distingue o processo, instituto de caráter mais abstrato, do procedimento, de natureza mais concreta, é a intensidade de sua ligação com princípios fundamentais do Direito Processual e com as posições jurídicas dos sujeitos no processo". (OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Adaptabilidade Judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50). Fernando da Fonseca Gajardoni, por sua vez, ilustra as diferenças por meio de uma metáfora: "metaforicamente, o processo seria um veículo (instrumento) de transporte de carga (Jurisdição, Ação e Defesa). O procedimento seria o caminho percorrido, ou, talvez até melhor, o tipo de veículo utilizado para o transporte desta carga, alguns mais rápidos, outros mais lentos, alguns que vão pelo ar, outros pelo mar, outros pelo chão, todos, entretanto, com o mesmo propósito: levar o veículo (processo) até o seu destino final (provimento jurisdicional)". (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 38).

[237] Cf.: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 84.

[238] Cf.: FERNANDES, Jorge Luiz Reis. A cooperação no processo civil e a redação final do artigo 6° do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.111, n.421, p. 115-128, jan./jun. 2015, p. 118.

[239] LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais sobre a teoria processual. **Sequência**, vol. 38, n. 69, dez 2014, p. 2. Disponível

> O reconhecimento da existência de valores juridicamente consideráveis e de direitos fundamentais oriundos, especialmente do respeito à dignidade da pessoa humana, passou a ser amplamente difundido pelos ordenamentos ocidentais, mormente após o holocausto e a Segunda Guerra Mundial. Embora frequentemente desconsiderado pela teoria geral do direito, tal reconhecimento trouxe para a ciência jurídica uma nova preocupação, ligada tanto aos valores albergados pelo ordenamento quanto ao encontro dos métodos adequados às fundamentações decisórias valorativas.

O discurso histórico ensina que determinadas posturas que se reputam lucrativas, em um primeiro momento, produzem consequências contraproducentes à longo prazo. Valores como a dignidade da pessoa humana não podem ser afastados do ambiente jurisdicional, devendo integrar, não apenas o direito material, mas também o processual. É diante dessa conclusão que exsurge a necessidade de o processo valorar-se, desvinculando-se de sua acepção neutra, a qual, diga-se de passagem, carrega em si, paradoxalmente, uma ideologia.

Com efeito, a convicção de neutralidade processual, por si só, já denota uma ideologia. O processo é um fenômeno social e cultural, possuindo indubitavelmente, portanto, uma dimensão ideológica. Quem nega tal proposição, outra coisa não faz senão propor sua própria ideologia apresentando-a como se fosse uma constatação objetiva, logo, falsa[240].

Em verdade, o processo é o resultado de uma combinação – e interferência mútua – de uma série de fatores, que vão desde as tradições jurídicas até os aspectos culturais, passando por eventos históricos, economia, política e moral. Esses fatores determinam não apenas as opções legislativas, mas também as orientações em que são desenvolvidas teorias pela doutrina processualística. Entre eles, parece claro que um papel muito importante deve ser reconhecido às opções de

---

em https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301/28393 acesso em 15/09/2016.

[240] "Chi lo nega, soprattutto riferendosi al proprio modo di pensare, altro non fa che proporre la propria ideologia presentandola como se fosse un pensiero e una conoscenza oggetivvi, e quindi per definizione veritieri". (TARUFFO, Michele. Idelologie e teorie dela giustizia civile. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.1, p. 293-304, jan./jun. 2015, p. 294-295).

avaliação que abordam as escolhas relacionadas com a justiça civil, isto é, para as ideologias do processo civil. [241]

Como adverte Daniel Mitidiero[242]:

> Como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural. O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico.

Nesse contexto de valorização constitucional é que Remo Caponi afirma que o negócio jurídico processual efetiva a previsão constitucional de processo justo, uma vez que sua aplicabilidade seja

---

[241] Tradução livre de: "il processo à il risultado della combinazione – e addirittura della reciproca interferenza – di una pluralità di fattori che vanno dalle tradizioni giuridiche alle vicende storiche, dall'economia alla política, alla morale e alla cultura. Questi fattori determinano gli orientamenti dei legislatori processuali nelle varie fasi storiche, ma influiscono anche sulla giurisprudenza e sulle teorie elaborate dalla dottrina processualistica. Tra essi, pare evidente che un ruolo molto rilevante debba essere riconosciuto alle opzioni valutative che indirizzano le scelte relative alla giustizia civile, ossia – in una parola – alle ideologie de l processo civile". (TARUFFO, Michele. Idelologie e teorie dela giustizia civile. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.1, p. 293-304, jan./jun. 2015, p. 304).

[242] MITIDIERO, Daniel**. Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2007, p. 31-32.

condicionada à observância dos escopos da jurisdição[243]. Julio Guilherme Müller[244] atinge idêntica conclusão, delineando que o autorregramento da vontade voltou a ganhar espaço no ambiente processual, por meio da figura do negócio jurídico processual.

Ademais, de se acentuar que a característica valorativamente mais virtuosa da forma consiste em viabilizar a previsibilidade, não apenas do procedimento, mas do processo em si. Contudo, quando as variações procedimentais são encetadas pelas próprias partes componentes da relação litigiosa em efetivo contraditório, não há como se acusar o procedimento de imprevisibilidade. Ele não só é previsível para os jurisdicionados, como, inclusive, foram eles os autores do desenho normativo previsto.

A resistência em aceitar que os jurisdicionados possam participar do manejo do procedimento possui suas raízes no publicismo inerente à ciência processual, o qual, por sua vez, advém da afirmação da autonomia do processo civil frente ao direito material, consagrada através da clássica obra de Oskar von Büllow.

Hodiernamente, contudo, observável que tal dissociação entre direito material e processual comporta intersecções[245]. A teoria circular dos planos, desenvolvida por Hermes Zaneti Junior, explica uma relação de reciprocidade entre direito material e direito processual, na qual um deve servir ao outro, contrapondo-se, portanto, à antiga concepção clássica, em que somente o processo era instrumental ao direito material, e não o seu inverso; bem como à absoluta autonomia do processo, o qual, destituído da incumbência de tutela do direito material, não teria qualquer serventia.

---

[243] CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.228, p. 359-376, fev./2014, p. 374-375.

[244] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 42.

[245] "O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial. Autonomia não é sinônimo de neutralidade ou indiferença. Ao contrário, a consciência da autonomia pode eliminar o medo escondido atrás de uma falsa neutralidade ou de uma indiferença que, na verdade, é muito mais meio de defesa do que alheamento em relação ao que acontece à 'distância das fronteiras'. Na realidade, jamais houve – ou poderia ter ocorrido – isolamento do direito processual, pois há nítida interdependência entre ele e o direito material". (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Ed. RT. 2010, p. 43).

Embasado no escólio de Francesco Carnelutti, Hermes Zaneti Junior[246] leciona:

> A teoria circular dos planos carrega em si uma grande complexidade, tratar do calcanhar de Aquiles da doutrina processual atual: a relação entre o direito material e o direito processual. No Estado Democrático Constitucional entende-se que a relação só pode ser dialética, de complementariedade, ou seja, uma teoria circular dos planos do direito material e do direito processual, de maneira que o direito material sirva ao processo e por sua vez seja servido por este.

No que concerne a essa relação, impera observar que o direito resultante da decisão processual é sempre distinto da norma expressa de direito material positivada. Mesmo quando julgada a procedência do pedido efetuado pelo autor, nos exatos termos da norma, a decisão não com ela coincide, visto que a primeira realiza um juízo de certificação (acertamento) da segunda, constituindo, portanto, um "direito novo". Direito processual e material, assim, consistem em planos interdependentes e complementares.

Conclui o autor acerca do sistema de retroalimentação dos planos: "Pode-se dizer, neste sentido, que entre processo e direito material ocorre uma relação circular, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele"[247]-[248].

Nesse viés, imperioso acentuar que "Afirmar a tutela dos direitos como escopo do processo civil obviamente não implica retroceder à compreensão do processo como simples meio para realização de direitos

---

[246] ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional**. Tese de Doutorado. URGS. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: 2005, p. 103.

[247] ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional**. Tese de Doutorado. URGS. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: 2005, p. 283.

[248] No mesmo sentido, Murilo Teixeira Avelino articula: "O processo é instrumento para a tutela dos direitos materiais, ao mesmo tempo em que é por ele preenchido, em uma relação de circularidade. Se ao processo cabe a função de concretização dos direitos materiais, o direito material põe-se como o valor regente da criação, interpretação e aplicação das regras de processo". (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.246, p. 219-238, ago./2015, p. 224).

subjetivos, nem em negar o caráter público do processo civil"[249]. Consiste, apenas, em reconhecer a relação de complementariedade travada entre esse e o direito material, a qual implica a flexibilização de rigores formais em favorecimento da concretização dos escopos processuais.

Nada obstante a perpetuação cultural de um modelo processual engessado, fato é que não se justifica a ausência de ferramentas que permitam a oxigenação do processo enquanto um instrumento de efetivação de direitos fundamentais. Nesse sentido é que Fredie Didier preconiza: "Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder" [250].

Dentro dessa lógica, necessário ter em mente que esse poder é utilizado de modo instrumental para o atingimento de um fim – qual seja, a tutela dos direitos materiais[251]. Assim, deixar de reconhecer a possibilidade de adequação do procedimento implica em admitir uma tutela menos efetiva dos direitos, tornando o processo um fim em si mesmo, resultado esse que só poderia se atribuir a um poder utilizado irracionalmente.

Com efeito:

> a cultura processual brasileira ainda convive com a ideia inflexível de que norma processual deriva de lei (somente de lei em sentido estrito), sendo cogente – inderrogável, portanto, pela vontade das partes –, em respeito ao interesse público. O mesmo já não ocorre no estrangeiro, em especial em países como na Alemanha, França, Itália e nos Estados Unidos, em razão, sobretudo, das mudanças promovidas pela jurisprudência. Em tais países, não apenas a ideia de 'procedimento

[249] MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014, p. 64.

[250] DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 21.

[251] "O modelo privado de litigância privada está conceitualmente alinhado à visão instrumental de procedimento: direito adjetivo como mero instrumento ao substancial e assumido como sendo um valor neutro e sem efeito substantivo". Tradução livre de "The private modelo f litigant autonomy is coneptually allied with na instrumental view of procedure: adjective law is the mere hand-mais of substance and assumed to be value neutral and without substantive effect".(DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 151).

> único' passou a ser concebida como um mito, também passando a ser descartada a noção totalizante de procedimentos especiais típicos. Consequentemente, ainda no século passado, passaram a ser admitidas, paulatinamente, negociações sobre determinadas fases procedimentais ou pontos do procedimento[252].

Válida a analogia realizada por Francesco Carnelutti, segundo a qual: "as *litis* são diferentes umas das outras como as doenças e nenhum médico pensaria em prescrever para todos os doentes o mesmo método de cura"[253].

Logo, insofismável o reconhecimento de que há uma tendência de ampliação dos limites do autorregramento da vontade na regulamentação do processo civil[254-255], e que essa oxigenação legalmente admitida não importa em "anarquia procedimental, isto é, em um procedimento sem um arcabouço jurídico mínimo de formas capazes de assegurar o conhecimento prévio das regras do jogo"[256].

Em verdade, esse formalismo arraigado reflete o apego das instituições ao centralismo estatal, temendo a progressiva contratualização das relações sociais enquanto propagadora da decadência daquele, tido até então como detentor do monopólio da produção normativa[257].

---

[252] TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 91-109, abr./2016, p. 98.

[253] CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2. Ed., São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 194.

[254] Cf.: DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 21.

[255] Nada obstante o entendimento presentemente defendido, imperioso reconhecer que considerável parcela da clássica doutrina inadmite a existência de negócios jurídicos processuais, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 484). No mesmo sentido posicionam-se Alexandre Freitas Câmara, Daniel Mitidiero e Vicente Greco Filho. José Joaquim Calmon de Passos, por sua vez, assume posicionamento intermediário, segundo o qual a figura do negócio processual é admissível, contudo, imprescinde de intermediação judicial. (Cf.: PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69-70).

[256] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 221.

[257] Cf.: CADIET, Löic. Los acuerdos em derecho francés: situación actual de la contrctualización del processo y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3: 3-35, aug.-dec. 2012, p. 4-5 disponível em:

Imprescindível tomar em consideração, contudo, a premissa de incapacidade do legislador de antever todos os pormenores e vicissitudes envolvidos no equacionamento jurisdicional de um litígio acerca de um bem da vida. A positivação do negócio jurídico processual no Código de Processo Civil fatalmente importa no reconhecimento dessa inaptidão legislativa pelo próprio legislativo, a qual, frise-se, não se caracteriza como uma falha, na medida em que notadamente impossível a tarefa ambicionada de catalogar todas as plurais e diversas variações intrínsecas à riqueza da vida em um diploma legislativo.

Consoante adverte Karl Larenz[258]: "sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei". Em que pese o reconhecimento assente dessa incapacidade, preza-se, ainda, pela manutenção do estado de sujeição das partes face ao órgão jurisdicional:

> (...) 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[259].

Ocorre, contudo, que tal premissa não é de todo verdadeira. Veja-se que, em que pese o réu não possa se esquivar da demanda contra ele proposta – restando à sua omissão a atribuição dos efeitos da revelia –, pode o autor, em que pese tenha sido violado na titularidade de seu direito material, optar em não propor sua pretensão embasada, resignando-se com o prejuízo experimentado, "já que o direito de ação é uma prerrogativa jurídica de que as partes podem, em princípio, dispor livremente. A convenção entre as partes pode afetar então aos principais aspectos do exercício da ação na Justiça"[260].

---

http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true acesso em: 15/10/2016

[258] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 519.

[259] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 64.

[260] Tradução livre de: "ya que el derecho de acción es una prerrogativa jurídica de la que las partes pueden, en principio, disponer libremente. La convención entre las partes puede afectar entonces a los dos principales aspectos del ejercicio de la acción en justicia. (CADIET, Löic. Los acuerdos em derecho francés: situación actual de la contrctualización del processo y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3: 3-35, aug.-dec. 2012, p. 13 disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true acesso em: 15/10/2016).

Igualmente, podem as partes convencionar a resolução do litígio em seu mérito – aspecto que é, inclusive, incentivado –, logo, razão inexistiria para que não possam acordar sobre os delineamentos processuais[261].

Diante da exemplificação do máximo – a resolução do mérito ou a abdicação da tutela em si –, torna-se evidente que a vontade das partes possa influenciar no mínimo – o desenho dos contornos procedimentais da tutela – através dos quais, inclusive, influenciarão a decisão final pronunciada. E essa influência, frise-se, não se apresenta como um ponto negativo. Ela nada mais é do que o atingimento de objetivo ambicionado pelo processo civil de feição constitucional, qual seja: o exercício do contraditório substancial – traduzido enquanto poder de influenciar a decisão jurisdicional[262].

Como conclui Ricardo Luis Lorenzetti:

> a desigualdade com respeito ao Estado tem diminuído; já não encontramos um gigante dotado de imperium, que se impõe irremediavelmente nos conflitos sociais. O Estado é um mediador entre interesses setoriais enfrentados, e as soluções que dispõe, não são por império, mas por consenso[263].

Na mesma direção, Remo Caponi aponta a insuficiência da capacidade de regulação do Estado, que até então baseava-se na imposição unilateral de regras de conduta. Em contrapartida, emergem as estruturas cooperativas e consensuais de normatividade, as quais intencionam "compensar a perda de poder de autoridade, e de colocar o

---

[261] "Quem mais pode, decidir a solução convencional do litígio, motivo de extinção do processo, contemplado pelo artigo 384 do Código por meio de transação, deve poder menos, decidir a redação do assunto". Tradução livre de: "Quién más puede, es decir la solución convencional del litigio, motivo de extinción del proceso, contemplado por el artículo 384 del Código por medio de la transacción, debe poder menos, es decir la radiación del assunto". CADIET, Löic. Los acuerdos em derecho francés: situación actual de la contrctualización del processo y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3: 3-35, aug.-dec. 2012, p. 27 disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true acesso em: 15/10/2016).

[262] "(...) princípio contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.27, jan. 2003, p. 22-51, p. 27).

[263] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 225.

acordo (*Vertrag*) ao lado do comando (*Gebot*), como outra forma originária de formação do vínculo jurídico"[264].

Em verdade, através do negócio jurídico processual se observa uma inversão da sujeição dos jurisdicionados ao Estado outrora instalada. Isso porque "(...) na premissa de que o negócio exista, seja válido e eficaz, o que existe é a sujeição do órgão jurisdicional – estatal ou arbitral. (...)"[265].

Com efeito, observa-se inerentemente ao manejo do instituto um movimento de democratização processual, visto que:

> O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada ao feito. Além disso, a par da maior eficiência do aparelho estatal, mostra-se desejável hoje o desiderato de obter-se índice sempre mais intenso de democratização do processo, incrementando-se, assim, a efetiva acessibilidade das partes e dos demais participantes do serviço judiciário, facilitando-se-lhes ao mesmo tempo o uso do aparelho estatal[266].

Nesse sentido é que Loïc Cadiet assinala, enquanto importantes substratos da contratualização processual, a aceitação social da decisão tomada ao fim da atividade jurisdicional e a promoção de uma justiça mais democrática, conduzida por um Estado que preze o equilíbrio social[267].

Com efeito, a democratização da relação jurídica processual traz, enquanto consequência natural, a legitimação da decisão final, uma vez

---

[264] CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.228, p. 359-376, fev./2014, p. 374-375, p. 361.

[265] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 64.

[266] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 126.

[267] CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualizaión del proceso y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**. V. 3, n. 3, p. 3-35, aug-dec. 2012, p. 35.

que ela põe fim a um encadeamento de atos dos quais as partes não participaram apenas, mas verdadeiramente formataram[268]-[269].

Autores da doutrina internacional vão ainda mais longe, defendendo que os contratos procedimentais consistem em negócios envolvendo a produção de "bens públicos que desempenham um papel crítico na formulação das políticas públicas, encorajando confiança social e dando suporte a valores democráticos"[270].

Em solo pátrio, preconiza Fredie Didier Junior que discurso que intencione afastar a liberdade do ambiente processual tem nítido ranço autoritário: "Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil"[271].

Em que pese essa onda revolucionária de paradigmas consista em fenômeno recente – talvez, até, futuro – da ciência processual, o advento do Código de Processo Civil de 2015 não é o responsável pela inserção do autorregramento da vontade no sistema processual pátrio, não se tratando de uma novidade[272].

---

[268] Baseando-se na experiência da arbitragem, Bárbara Seccato Ruis Chagas e Rodrigo Mazzei afirmam: "Apontando para tal direção, o processo civil encontra respaldo nas práticas arbitrais. A via alternativa de resolução de conflitos demonstra que a experiência com a flexibilização do procedimento e o empoderamento das partes resulta em processo mais efetivo, no qual os atores processuais atuam em cooperação para a resolução da controvérsia". (CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis; MAZZEI, Rodrigo. Os negócios processuais e a arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 536).

[269] "Quanto maior a participação democrática das partes no processo, com ampla dialética destas, tendo o processo como fecundo campo de valorização do Estado Democrático de Direito, maior legitimidade ganhará a decisão final. Máximas, também, serão as possibilidades de aceitação das partes da decisão final proferida, abalizada pelo diálogo permanente. Pelo fato de as partes participarem ativamente da formação dos meios que levam à sentença, a possibilidade de conformação delas com o resultado final é bem mais significativa, obtendo maior aceitação". (DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.955, p. 211-227, maio/2015, p. 213).

[270] Tradução livre de: "The practice of contracting for procedure can be conceptualized, therefore, as contracting over the production of public goods that play a critical role in shaping public policy, encouraging social trust, and supporting democratic values". (DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 136).

[271] DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 21.

[272] Cf.: NERY, Rosa Maria Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 261-274, out/dez 2015, p. 263.

O ambiente processual é permeado por atos de vontade. Remontando à essência criadora da relação jurídica processual, observa-se que essa, por si só, já deriva de um ato de vontade, porquanto a lide apenas se instaura mediante o rompimento da inércia de um dos sujeitos processuais, até mesmo em obediência ao princípio da demanda – Jurisdição só age mediante provocação dos jurisdicionados[273].

Nesse sentido, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[274] afirma que a petição inicial contém "elemento de comunicação de vontade, que é desejo de solução à demanda, comunicação de conhecimento, que são as afirmações em juízo (aí, na petição inicial); mas o que prepondera é a declaração de vontade, com que se estabelece o ato jurídico de direito público entre o Estado e o autor, depois entre Estado e réu".

Além do impulso inicial à formação da lide derivar de um ato de vontade, tem-se que é essa quem também delimita o objeto litigioso do processo[275], pois apenas o postulado por autor e réu é que será objeto de apreciação jurisdicional – excetuadas matérias de ordem pública[276].

Ademais, na propositura da inicial escolhe-se, também, o rito ou procedimento a ser seguido, a exemplo do procedimento comum, juizados especiais, mandado de segurança etc. Assim, quando o caso concreto se enquadrar em diferentes ritos, tal opção consistirá indiscutivelmente em "poder de autorregramento da vontade, que não pode ser desprezado"[277].

De se mencionar, inclusive, que quando da vigência do Regulamento 737 de 1850[278], a liberdade de pactuação concernente ao rito era absoluta, visto que aquele diploma expressamente autorizava

---

[273] Ressalvados os casos atinentes aos advogados públicos, os quais possuem a independência funcional mitigada.

[274] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cândido. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. 1, p. 101.

[275] Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. Art. 490. O juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.

[276] Nesse sentido é que Fredie Didier Jr. preconiza que "Não por outra razão, o § 2º do art. 322 do CPC determina que a postulação deva ser interpretada de acordo com a boa-fé, exatamente como se deve fazer em relação aos atos jurídicos de um modo geral (artigo 113, Código Civil). (DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 24).

[277] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 89.

[278] Art. 245. Esta fórma de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente.

que as partes convencionassem acerca da eleição do procedimento sumário para qualquer causa[279].

Por fim, a existência, por si só, da arbitragem, bem como de inovações legislativas a permitir a alteração do procedimento antes rígido, já revela que certas regras processuais, até então inflexíveis, não são, em absoluto, necessárias[280].

Mas necessário distinguir meros atos de vontade (atos jurídicos processuais em sentido estrito), dos negócios processuais, objeto desse estudo.

Em que pese o Código de Processo Civil de 2015 tenha inserido considerável carga ideológica a aproximar o quotidiano forense dos negócios jurídicos processuais, esses também não foram ineditamente por ele apresentados ao sistema processual pátrio.

Diversas eram as modalidades de negócios processuais já existentes na vigência do digesto instrumental de 1973[281], havendo, inclusive, quem defenda[282] que até mesmo as convenções processuais atípicas já fossem possíveis naquele momento histórico[283]. Isso porque o autorregramento da vontade é dotado de proteção constitucional[284], visto que sua atuação no processo civil consagra o devido processo legal,

---

[279] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 89.

[280] "However, the mere existence of arbitration and the growing willingness of the legislature to direct disputes to other alternative forms of dispute resolution also show that a strict respect of certain detailed procedural rules is no absolute necessity". (KERN, Cristoph A. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 181).

[281] Convenções sobre o ônus da prova; suspensão convencional do processo; cláusulas de eleição de foro; etc.

[282] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 82-90.

[283] Isso porque o artigo 158 daquele diploma previa que: "Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais". É, ainda, com fundamento no mesmo dispositivo – o qual foi reproduzido no artigo 200 do CPC/2015 –, que se defende a ausência de necessidade de homologação judicial para que o negócio jurídico processual emane seus efeitos.

[284] "Um negócio jurídico dispositivo qualquer permite seja fixada a natureza processual da obrigação, pela incidência da cláusula do due process of law, e, nesse sentido, a realização mesma da autonomia privada da vontade como um valor constitucionalmente protegido". (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa Brasilia**, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130, p. 126-127).

compreendido enquanto o processo efetivo ao alcance da tutela justa[285] dos direitos materiais.

Por fim, de se mencionar, ainda, que a artesanalidade inerente às convenções processuais representa um importante fator no combate à industrialização *Taylor made* da justiça de massas. Nesse aspecto, válido mencionar a existência de institutos eficientes à equalizarem as demandas consistentes em litigiosidade repetitiva, os quais devem possibilitar que o magistrado possa voltar seus olhos com mais atenção às causas singulares, que necessitam de um trato diferenciado.

Acerca da temática, preceitua Loïc Cadiet[286]:

> Uma coisa me parece mais clara: se desejamos conter a lógica gerencial dentro dos limites justos a evitar que ela subverta a essência da função de julgar, é razoável introduzir mais democracia na organização e no funcionamento do sistema judicial, a democratização como antídoto para a mecanização e a mercantilização.

Ademais, essencial também ter em vista que o intuito do instituto reside justamente em conferir maior operacionalidade ao processo, e não em criar maiores trâmites burocráticos. A ideia a legitimar os negócios processuais consiste em atribuir celeridade e efetividade à relação jurisdicional, de modo que esse vai ao encontro dos anseios do Judiciário, e não contra eles.

Diante de todo o exposto, resta assente que as contradições ínsitas ao negócio jurídico processual são aparentes, verdadeiras ilusões de ótica, visto que as noções de processo e contrato são convergentes, já tendo, inclusive, em determinado momento histórico, sido coincidentes. Löic Cadiet[287] aponta, nesse aspecto, que o primeiro significado

---

[285] "O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da Constituição". (MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.8, n.45, p. 22-34, nov./dez. 2011, p. 25)

[286] Tradução livre de: "Une chose me semble cepedant à peu près claire: si l'on veut contenir la logique managériale dans de justes imites et éviter qu'elle ne subvertesse l'essence même de la fonction de juger, is est raisonnable d'introduire plus de democratize dans l'organisation et le fonctionnement de l'institution judiciaire, la démocrastisation em quelque sorte comme antidote à lá mécanisation et à la marchandisation". (CADIET, Loïc. La qualité de la norme juridictionnelle. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 181, mar. 2010, p. 166.)

[287] CADIET, Löic. Los acuerdos em derecho francés: situación actual de la contrctualización del processo y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3: 3-35, aug.-dec.

conhecido da palavra processo remonta ao ano de 1174, conceituada como: "título jurídico, contrato".

2.1 CONCEITO

Através da importação da clássica teoria dos fatos jurídicos para a ciência processual civil, obtém-se uma classificação apta a auxiliar o estudo do fenômeno processual, permitindo decantar-lhe em diferentes compostos: fatos jurídicos processuais; atos-fatos jurídico processuais; e atos jurídicos processuais em sentindo amplo, os quais se subdividem em ato jurídico processual em sentido estrito e, enfim, negócio jurídico processual – objeto do presente estudo.

A teoria do fato jurídico foi arquitetada como premissa para o direito privado, atendendo a necessidade de estudar o direito com base numa teoria do positivismo clássico. Essa, contudo, também é aplicável para a noção de direito como um todo, visto que é um conceito jurídico fundamental[288].

Assim, a teoria do fato jurídico tem sido adaptada para o direito processual[289], analisando o fato jurídico processual, de acordo com a qual é necessário também o suporte fático, entretanto, sobre este irá incidir uma norma de direito processual[290].

Na transposição da teoria do fato jurídico clássica para a seara processual, encontram-se presentes todas as derivações do fato jurídico

---

2012, p. 4 disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true acesso em: 15/10/2016

[288] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 25. No mesmo sentido: "(...) os conceitos da teoria do fato jurídico são conceitos lógico jurídicos e são aplicáveis em todos os âmbitos do Direito". (BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 342).

[289] "(...) a sistemática existente na teoria do direito para o estudo dos atos jurídicos em geral pode ser transposta, em grande medida, para o direito processual, já que os atos do processo são, inegavelmente, espécies de ato jurídico". (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 44-45).

[290] Saliente-se, contudo, que o manejo do instituto em países desprovidos de legislação objetiva a consagrá-lo leva a crer que a norma processual pode ser consuetudinária. Veja-se: "em alguns sistemas, a exemplo do germânico, os acordos de procedimento são realizados a despeito da ausência de previsão legal os autorizando ou os regulando". Tradução livre de: "In some systems, such as the German one, these agreements exist despite the lack of legal provisions establishing and regulating them". (FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 6.)

lato sensu, havendo fatos jurídicos em sentido estrito[291] (Ex.: força maior – art. 313, VI, CPC/2015 –; morte – art. 110, CPC/2015); atos-fatos processuais (Ex.: revelia – art. 344, CPC/2015 –, admissão – art. 374, III, CPC/2015); atos jurídicos processuais em sentido estrito (Ex.: citação, confissão, atos de extromissão); e, por fim, negócios processuais (Ex.: eleição negocial do foro – art. 63, CPC/2015, distribuição convencional do ônus da prova – § 3º do art. 373, CPC/2015).

A partir do desenvolvimento da teoria do fato jurídico no plano processual, Fredie Didier Jr. formulou o conceito dos atos jurídicos processuais em sentido amplo como "todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual"[292].

Necessário pontuar, contudo, a existência de divergência doutrinária acerca da caracterização de atos como processuais, existindo renomados autores[293] a defenderem que ato processual é tão-somente aquele praticado dentro da relação processual, durante a litispendência. Neste contexto, Arruda Alvim[294] sustenta que o ato apenas alcança o *status* de processual se for praticado no processo ou para o mesmo trazido.

Neste estudo, contudo, adere-se à corrente da "referibilidade", isto é: "Não importa se o fato ocorreu durante a litispendência, ou se foi praticado por sujeitos de um processo"[295], o relevante é que ele se enquadre no suporte fático da norma processual. Nas palavras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda: "Os atos processuais

---

[291] "As manifestações de vontade, que, entrando no mundo jurídico, se fazem atos jurídicos *stricto sensu*, ou a) reclamam, ou b) somente comunicam vontade, positiva ou negativamente, ou c) integram atos ou omissões, ou d) comunicam fato (inclusive sentimento), ou e) mandam (impõem ou proíbem)". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4ª ed., tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 21).

[292] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, 17ª ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 374.

[293] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 221/222). Para o autor os atos processuais assim se caracterizam em razão de "pertencerem ao processo e de exercerem um efeito jurídico direto e imediato sobre a relação processual, constituindo-a, impulsionando-a ou extinguindo-a. Em outras palavras, os atos processuais são os atos do processo".

[294] ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

[295] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 47.

distinguim-se dos atos jurídicos de direito material em serem praticados com fito de encher certa série de atos, que é o processo"[296].

Assentada a existência de fatos jurídicos processuais, destaca-se para a análise do presente estudo os negócios jurídicos processuais[297], os quais serão caracterizados "quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (com limites variados)"[298]. Em outras palavras: suporte fático normativo prevendo autorregramento da vontade enquanto elemento nuclear.

Nesse vértice, de se acentuar que o próprio Pontes de Miranda afirmava a existência de negócios processuais, sem, contudo, dedicar-se a emprestar sistematicidade ao estudo do tema[299].

A semelhança do ocorrido com o negócio jurídico, coube à doutrina alemã elaborar o conceito de negócio jurídico processual, a partir do final do século XIX[300]. Josef Kohler foi o precurssor no estudo da temática, o qual já afirmava a possibilidade de as partes convencionarem disposições de situações jurídicas processuais, referenciando tal fenômeno como desdobramento da teoria do fato jurídico, a qual reputa aplicável a todo o Direito[301]. Peter Shlosser o

---

[296] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4ª ed., tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 19.

[297] Há parcela doutrinária, contudo, que já apresentou posicionamento contrário à existência de negócios jurídicos processuais. Entre outros: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 226-227; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. II. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 472; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. I. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004, p. 240; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: volume II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 15. A presente pesquisa, no entanto, parte da premissa de que, diante da prescrição do art. 190 do Novo Código de Processo Civil de 2015, o ordenamento jurídico reconheceu a sua existência. Nesse sentido: "O CPC praticamente encerra a discussão sobre a existência de negócios jurídicos processuais". (DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 293). De se destacar, ainda, a menção expressa ao termo em dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, ambos da relatoria de Luiz Fux: STJ, REsp 1106971/PR, 1ª Turma, j. em 18/05/2010; STJ, REsp 617.722/MG, 1ª Turma, j. em 19/08/2004. Recentemente, o termo foi novamente adotado, na seara penal, contudo: STJ, RHC 69.988/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 25/10/2016.

[298] BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência". **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 148, jun. 2007, p. 312.

[299] Cf.: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, t. III, Campinas: Bookseller, 2000, p. 35.

[300] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 144.

[301] "Ainda no séc. XIX, mais precisamente em 1887, o conceito de acordo ou contrato processual foi tratado mais aprofundamente pela primeira vez por Josef Kohler (...). Kohler sustentava que a vontade das partes podria ser orientada negocialmente para produzir efeitos no

procedeu, acrescentando o critério "*in dubio pro libertate*" ao cenário processual[302].

Na doutrina nacional, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira[303]define o negócio jurídico processual como:

> (...) fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

Antonio do Passo Cabral[304], por sua vez, conceitua o instituto como:

> (...) negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.

O autor assinala, ainda, que não se pode confundir negócios processuais com atos praticados conjuntamente pelas partes (atos estimulantes ou postulativos), a exemplo do calendário processual ou da "execução negociada"[305], os quais necessitam de homologação judicial

---

processo, determinando a conformação de situações jurídicas processuais; e que o 'contrato' seria uma categoria da teoria geral do direito, e não somente do direito privado". (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 98).

[302] Cf.: CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.228, p. 359-376, fev./2014, p. 374-375, p. 362.

[303] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 152.

[304] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 68.

[305] Cf.: COSTA, Eduardo José da Fonseca. A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.37, n.212, p. 25-56, out./2012. De se pontuar que o autor, no entanto, considera a execução negociada um negócio processual, nada obstante envolva ato homologatório do juiz a conferir-lhe eficácia: "Nesse caso, o negócio processual será celebrado somente entre os sujeitos parciais do processo: o juiz não é codeclarante, uma vez que não se obriga nem imputa qualquer ônus a si próprio; limita-se a homologar o acordo, ou seja, cinge-se a produzir um elemento integrativo de eficácia (noutras palavras: celebrado entre o autor e o réu, o negócio processual será bilateral; a homologação judicial não o tornará trilateral". (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.37, n.212, p. 25-56, out./2012, p. 48). Ainda assim, resta evidenciado que se trata de um ato postulativo: as partes requerem conjuntamente a homologação do magistrado.

para que surtam seus efeitos, não sendo essa homologação condicionada tão somente ao cumprimento dos requisitos de validade do ato jurídico processual *lato sensu* – como ocorreria caso se tratasse de negócio processual –, mas também ao interesse do Juízo[306].

Todavia, a circunstância de emanar efeitos, com ou sem intervenção de terceiros, revela-se falha para fins de caracterizar o instituto, na medida em que a dimanção de efeitos não participa do conceito de negócio enquanto elemento de observância necessária e imprenscindível.

Na teoria clássica, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda define o fato jurídico sem estabelecer enquanto pressuposto para a sua verificação que esse surta eficácia jurídica. Em suas próprias palavras, fato jurídico é:

> (...) fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade[307].

No mesmo sentido, Marcos Bernardes de Mello[308] enfatiza que, muito embora a finalidade precípua do fato jurídico resida na produção de efeitos jurídicos, a eficácia jurídica não é elemento essencial do fato jurídico, viso que há diversos fatos jurídicos que existem e são válidos, mas que, contudo, deixam de existir sem haver produzido seus efeitos jurídicos específicos[309].

Assim sendo, admite-se que um negócio processual, à semelhança do observado na seara privada, poderá não atingir o plano da eficácia[310]. Quando tal se proceder, tornar-se-á mais complexa a distinção entre ele e um ato processual em sentido estrito, mormente por haver disposição legal prevendo genericamente os negócios processuais.

---

[306] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 68-71.

[307] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**, t. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 77.

[308] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 112.

[309] A exemplo do testamento revogado pelo testador. Negócio jurídico válido que não chegou a atingir o plano da eficácia.

[310] Toda vez que o negócio jurídico processual seja realizado previamente e a lide não venha a se deflagrar no futuro, por exemplo, ter-se-á negócio processual ineficaz.

Julio Guilherme Müller[311] acrescenta, nesse sentido, que o critério distintivo pode ser aferido, antes do aspecto eficacial – se houve, ou não, escolha pelas categorias eficaciais –, no plano existencial – se há ou não intuito negocial embutido na vontade dos pactuantes:

> O propósito de estabelecer o negócio, ou seja, a vontade consciente de constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica ou situação jurídica processual, parece adequado para compreender a distinção entre atos jurídicos processuais em sentido estrito e negócios jurídicos processuais.

Logo, de se examinar se a vontade manifestada pelas partes se destina à obtenção exclusiva de efeitos necessários[312] – ato jurídico *stricto sensu*[313] –, ou a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais – negócio jurídico[314]. Ademais, imperioso anotar que: "A existência normativa de cláusula geral não tipifica o negócio e tampouco permite que haja determinação prévia de todas as possibilidades que podem ser objeto de convenção"[315].

Hernando Devis Echandía[316] defende que os negócios processuais são aqueles em que o resultado só se produz se os interessados o

---

[311] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 21.

[312] Para utilizar a denominação preferencial de Marcos Bernardes de Mello (Cf.: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156).

[313] Exemplo: interposição recursal, acompanhada dos efeitos necessários: obstativo, devolutivo, translativo e – a depender da modalidade recursal –, suspensivo.

[314] Dentro do exemplo fornecido acima, se houverem as partes estabelecido convencionalmente diferente prazo para a interposição recursal. Nesse caso, se nenhuma das partes vier a recorrer, tal negócio jurídico jamais alcançará o plano da eficácia. Ainda assim, é identificável sua natureza de negócio jurídico em razão do autorregramento da vontade a embasar a eficácia pretendida.

[315] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 77.

[316] Segundo o autor, os negócios processuais se dividiriam entre discricionários – assim considerados aqueles em que os interessados regram seus efeitos jurídicos (sua extensão e suas condições) e vinculativos – assim entendidos aqueles em que a parte pode fazer produzir ou não o efeito jurídico, mas não indicará o seu alcance, pois já foi definido por lei. Desta feita, o instituto do acordo procedimental previsto no Código Processual projetado enquadrar-se-ia, obviamente, na categoria de negócio processual discricionário. (ECHANDÍA, Hernando Devis.

desejarem. Essa definição coaduna-se com a ótica descritiva do instituto, pois condiciona a natureza do negócio não à circunstância de esse necessariamente surtir os efeitos ambicionados, mas sim à circunstância de que esses efeitos específicos não existiriam sem a intervenção da vontade das partes – dentro dos limites reservados pelo ordenamento.

Assim, o negócio jurídico processual não resta descaracterizado caso não emane dele a integralidade ou univocidade dos efeitos intencionados pelas partes[317], até mesmo porque alguns efeitos dos negócios processuais permanecerão a constar estabelecidos em lei[318].

Inclusive, o mesmo fenômeno se observa em negócios de direito material, sem que a circunstância de alguns efeitos decorrerem diretamente da lei venha a impugnar-lhes sua natureza negocial[319].

A particularidade a diferenciá-los dos demais fatos processuais, portanto, é a potencialidade de surtir efeitos jurídicos de acordo com o autorregramento da vontade. A eficácia imediata, em si, não integra o conceito, até mesmo porque, como bem acentua Antônio Junqueira de Azevedo[320], conceituar o instituto pela sua consequência induz a encadeamentos cíclicos e, por consequência, inconclusivos.

Conceituado o instituto, o tópico seguinte se destinará a localizá-lo nos planos da existência, validade e eficácia.

2.1.1 Inserção nos planos da existência, validade e eficácia

A presente pesquisa intenciona, com base na teoria do fato jurídico ponteana, analisar o negócio jurídico processual nos três planos de incidência do mundo jurídico: existência, validade e eficácia.

Teoria general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 379).

[317] "Sucede que o conceito de negócio jurídico adotado aqui não preconiza a ligação direta e unívoca de todos os efeitos decorrentes do ato de vontade manifestada pela parte, como se para ter configurado o negócio o figurante precisasse estipular livremente o conteúdo de todos os efeitos". (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 158).

[318] SILVA, Paula Costa e. *apud* MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.112, n.423, p. 424-320, jan./jun. 2016, p. 302.

[319] "(...) a correspondência unívoca entre a vontade e os efeitos resultantes do ato – como se todos os efeitos do ato estivessem ligados ao querer do agente –, nem mesmo no plano do direito material smpre se verificaria". (GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 136).

[320] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10-14.

Daniel Mitidiero[321], baseado nos ensinamentos de José Joaquim Calmon de Passos, explica os três planos do mundo jurídico, partindo da divisão dos elementos do ato processual em pressupostos (plano da existência), supostos (plano da validade) e condições (plano da eficácia):

> Os primeiros determinariam a existência do ato; os segundos, a validade e os terceiros a eficácia. Os pressupostos precedem ao ato, mostrando-se juridicamente relevantes na composição do suporte fático (na sua suficiência), ao passo que os supostos participariam da estrutura íntima do ato (diria CALMON DE PASSOS, estrutura executiva), convocados para espancar de qualquer deficiência o suporte fático respectivo, sobrando às condições, por fim, o papel de outorgar eficácia ao ato, integrando o suporte fático, dando-lhe eficiência, identificando-se com tudo aquilo que é posterior ao mesmo, condicionando-lhe os efeitos.

O plano da existência, consoante já delineado, resta preenchido com a incidência da norma sobre o fato, uma vez que esteja integrado o núcleo do suporte fático. Marcos Bernardes de Mello[322] define esse elemento nuclear como aquele "que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção". Em se tratando da cláusula geral de negociação processual prevista no Código de Processo Civil, situa-se o objeto do presente estudo nos suportes fáticos trazidos pelos artigos 190 e 200 do mencionado diploma.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira[323] identifica a "manifestação de vontade como elemento essencial do negócio jurídico processual"[324]. Essa vontade, conforme já visto no primeiro capítulo, necessariamente precisa incidir sobre um substrato informacional transparente, sob pena de inexistência do ato jurídico *latu senso*[325].

---

[321] MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.35, jan. 2005, p. 46-69, p. 47.

[322] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 55.

[323] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 179.

[324] Antônio Junqueira de Azevedo, por sua vez, defende que somente a declaração de vontade é elemento do negócio jurídico (plano de existência). (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83).

[325] "(...) para fazer uma promessa vinculante, o indivíduo precisa estar plenamente consciente, em um quadro de racionalidade mental, e saber o significado das palavras operativas, o seu uso ao fazer as promessas, e assim em diante. (...) tais palavras precisam ser ditas livre ou

A adesão preferencialmente deve ser expressa, autorizando-se o contrário somente quando o contexto indicar que a conduta omissiva da parte representaria adesão ao negócio[326]-[327].

Marcos Bernardes de Mello[328] pontua que, em se tratando de negócios jurídicos, a vontade não determina somente o plano da existência, mas também o da eficácia:

> (...) o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas lhe reconhece, dentro de certos parâmetros o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam a conteúdo eficacial das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.

Antonio do Passo Cabral[329] coaduna com o entendimento de que a vontade consciente compõe elemento nuclear do suporte fático do negócio jurídico processual, enfatizando que: "Negócios inexistentes são aqueles praticados de fato, mas em relação aos quais faltam elementos essenciais para sua constituição".

Assim sendo, ainda que faticamente tenha sido celebrado um negócio mediante prática de dolo, juridicamente ele não existirá[330], na

---

voluntariamente, na completa ausência de ameaça ou coação, e em situações em que o indivíduo tenha capacidade de negociação, por assim dizer". (RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 303 – tradução livre).

[326] "A adesão deverá ser precisa, clara, preferencialmente declarada de forma expressa, além de devidamente contextualizada segundo as circunstâncias de cada processo para que os efeitos almejados pela vontade do proponente possam se concretizar por si. A ressalva subsiste quando os usos e costumes do lugar autorizarem compreensão diversa". (MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 26).

[327] Flávio Luiz Yarshell, a seu turno, entende que: "A manifestação da vontade deve sempre ser expressa e não pode resultar apenas do silêncio. O que pode ocorrer é que as partes estabeleçam determinado ônus de manifestação no processo, de sorte a qualificar juridicamente eventual silêncio". (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 65).

[328] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 155-156.

[329] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 255.

[330] Cláudia Lima Marques bem ilustra a questão na seara do direito consumerista, comentando o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor: "Assim, se o fornecedor descumprir este seu novo dever de dar oportunidade ao consumidor de tomar conhecimento do conteúdo do

medida em que não foi suprido o elemento nuclear da vontade consentida[331].

Consoante assinalado por Marco Paulo Denucci di Spirito[332], ninguém declara vontade sobre dado que não chegou ao seu conhecimento, logo: "(...) não se pode assimilar, sem violentar a inteligência, que se empurre para o plano da eficácia algo que sequer se constituiu".

No mesmo sentido, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[333] preconiza: "Quando não há vontade, ou quando não há consciência da exteriorização da vontade, não há declaração de vontade, ou ato volitivo adeclarativo que possa ser suporte de negócio jurídico".

Nestes termos é que Julio Guilherme Müller[334] conclui que o propósito negocial transparente é elemento essencial ao negócio jurídico processual, não podendo a declaração ou manifestação de vontade se dar na modalidade acidental, ou, ainda, decorrer de presunção, exceto se assim previsto por lei.

Nada obstante inexistentes, determinados atos jurídicos podem alcançar o plano da eficácia[335], o qual será analisado detidamente no tópico 2.4.1.

---

contrato, sua sanção será ver desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado. Em outras palavras, o contrato não tem seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear, que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato, o contrato de consumo como que não existe, é mais do que ineficaz, é como que inexistente". (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 789.

[331] "Em negócios inexistentes, não há propriamente um defeito. Há um fato jurídico não reconhecido como negócio e que por não sê-lo é inexistente enquanto tal". (MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 161).

[332] DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte I. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.247, p. 137-176, set./2015, p. 163.

[333] MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo III - parte geral. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 33-34.

[334] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 26

[335] "Embora tais âmbitos jurídicos de existência, validade e eficácia estejam inexoravelmente conexos, pois constituem faces de um mesmo fenômeno, definitivamente não se identificam; não se equivalem, tanto que os atos nulos ou inexistentes podem produzir efeitos. Uma ação proposta por terceiros de má fé utilizadno-se de nome inventado (pessoa inexistente) representaria, por exemplo, um feito inexistente (por inexistência da relação processual fundada na inexistência da parte) que geraria efeitos jurídicos enquanto não declarado

Enquanto elementos nucleares do suporte fático, observa-se, ainda, o autorregramento da vontade – compreendido enquanto poder de escolha da categoria jurídica ou das situações jurídicas que configurarão efeitos –, e a referebilidade ao procedimento.

Por derradeiro, de se consignar que "a inexistência do negócio processual não exige que se pronuncie judicialmente como tal. Simplesmente recusa-se qualquer aptidão para produzir efeitos por se tratar de mera aparência de negócio"[336].

Superado o controle de formação do negócio (plano da existência), passa-se ao controle de conteúdo desse (plano da validade), o qual exige, mais que o preenchimento suficiente da estrutura do suporte fático normativo, a perfeição desse preenchimento.

A conformidade do negócio com o direito será analisada nos derradeiros capítulos, nos quais se examinará a interface dos negócios processuais com garantias estruturais para o alcance do processo justo, bem como de outros plurais institutos jurídicos.

Antes, contudo, necessário analisar, brevemente, os elementos intrínsecos e extrínsecos ao plano da existência.

2.1.1.1 Elementos do plano da existência

Consoante lição de Antonio Junqueira de Azevedo[337], a entrada do fato no plano da existência depende da presença de certos elementos, divididos em extrínsecos (agente, tempo e lugar) e intrínsecos (forma e objeto).

2.1.1.2 Elementos extrínsecos

Os agentes serão os sujeitos processuais, sendo que análises pertinentes à capacidade desses restam vinculadas ao plano da validade.

O tempo do negócio jurídico processual é dotado de alta flexibilidade. Ele pode ser celebrado: a) anteriormente ao surgimento de conflito, enquanto mera cláusula contratual antevendo a mera

---

inexistente. (...) A eficácia dos atos processuais não tem os âmbitos de existência e de validade como pré-requisitos inafastáveis". (LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da Fungibilidade no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 56).

[336] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 162.

[337] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

possibilidade de judicialização do direito material – a qual, inclusive, pode vir a nunca se confirmar; b) posteriormente ao advento do conflito, mas anteriormente à instalação da lide; e c) após a instauração da relação jurídica processual, isto é, durante o processo em quaisquer de suas etapas (postulatória, saneatória, recursal e até mesmo executória)[338].

Logo, admite-se a realização de negócio processual na modalidade condicional, isto é, submetidos a evento futuro e incerto, a exemplo de negócio versando acerca de potencial litígio que não necessariamente virá a se instaurar[339]. Por outro lado, são inválidos negócios que intencionem estabelecer condições fisicamente ou juridicamente impossíveis, ilícitas, incompreensíveis, contraditórias e potestativas, essa última por afetar o equilíbrio da relação processual[340].

Em que pese essa elasticidade temporal, os efeitos pretendidos pela pactuação serão, geralmente, prospectivos (*ex nunc***)**, não podendo, na maioria das vezes, alcançar situações processuais já superadas e consolidadas nos autos[341]. Nesse aspecto, importante pontuar que permitir que as partes, por exemplo, excluíssem convencionalmente uma prova já produzida e pertencente aos autos[342], indiscutivelmente, geraria situações que propiciariam barganhas processuais a ofender direitos constitucionalmente protegidos – meta limites que virão a ser analisados no terceiro capítulo –, eventualmente, até mesmo, prejudicando terceiros.

---

[338] Exegese legal que decorre da literalidade do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, confira-se: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

[339] "É possível, entretanto, que as partes estabeleçam uma condição ou um termo, afastando a eficácia imediata do negócio. As partes podem, por exemplo, dispensar a prova testemunhal, caso a perícia já deferida esclareça determinado fato". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 61).

[340] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 136.

[341] "o negócio deve ser firmado antes ou durante o processo, devendo-se entender, por lógica, que a convenção deve tratar de atos procedimentais ainda não praticados". (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.246, p. 219-238, ago./2015, p. 231).

[342] Até mesmo em respeito ao princípio da comunhão das provas, segundo o qual, uma vez produzida, a prova pertence ao processo, e não às partes que a tenham produzido.

Nada obstante, de se acentuar que alguns negócios, a exemplo da desistência de recursos ou, até mesmo, da própria ação, operam efeitos retroativos (*ex tunc*).

De se destacar, também, que "O tempo do negócio também é relevante para determinar a legislação aplicável; o que pode apresentar alguma dificuldade, se aceita a premissa de que o regime de validade é misto"[343]. Tal dificuldade exsurge ao se imaginar a possibilidade de superveniência de norma processual cogente e de ordem pública contrária ao consubstanciado em convenção processual previamente compactuada pelas partes.

Flávio Luiz Yarshell defende, a este respeito, que: "eventual restrição dessa ordem deve ser vista com grande reserva porque o negócio processual, como qualquer outro, está protegido pela regra constitucional que preserva o ato jurídico perfeito e o direito adquirido".[344]

Julio Guilherme Müller[345], em contrapartida, entende que a convenção firmada anteriormente ao litígio disciplina expectativas, de modo que a superveniência de normas de ordem pública poderão obstar a sua validade. Com efeito, compreende-se que referido posicionamento é mais consentâneo com a finalidade do processo justo, tendo em vista que as normas de ordem pública consistem em um mecanismo para o alcance desse. Assim sendo, acredita-se que a aferição da violação, ou não, aos requisitos de validade da convenção, devem ser apurados no momento de sua aplicação.

Por fim, de se destacar que, independentemente do tempo em que realizado o negócio jurídico processual, o ideal é que as partes, uma vez tendo instaurado o litígio, o apresentem ao Juiz, idealmente, na primeira oportunidade de manifestação nos autos, para que esse possa desde cedo conhecer a avença.

---

[343] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 67/68.

[344] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 68.

[345] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 154-155.

Nada obstante, a não imediata apresentação do acordo não importa em preclusão[346]. A não apresentação da convenção ao magistrado em tempo oportuno, contudo, denotará sua revogação tácita, observado que o magistrado não pode dela conhecer de ofício, mas tão somente mediante provocação da parte[347].

Por fim, o lugar apropriado à realização de negócios processuais é a sede contratual, judicial ou arbitral[348].

2.1.1.3 Elementos Intrínsecos

Os elementos intrínsecos (forma e objeto), serão mais detidamente analisados enquanto requisitos de validade, tendo em vista que o ordenamento reserva certos supostos a validarem os mencionados pressupostos.

No presente momento, portanto, basta considerar que a forma consiste em declarações de vontade com o objetivo de estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especifidades da causa ou convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (objeto).

2.1.2 Tipologia

Ao se tratar da tipologia dos negócios jurídicos processuais, imperioso ter em mente que o instrumento em tela ambiciona, justamente, conferir efetividade ao conteúdo em detrimento à forma, de modo que discussões preciosistas em busca da definição tecnicamente correta – se é contrato, convenção, avença, pacto etc –, acabariam indubitavelmente a cair em contradição com a própria finalidade do instituto. Com efeito, "o fenômeno da convencionalidade (uma atividade) é diferente do instrumento que a atua e opera, além de não se

---

[346] Cf.: LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 474.

[347] Cf.: LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 474.

[348] Cf.: CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 488.

resumir a ele, seja este instrumento denominado contrato, convenção, acordo etc"[349].

Nada obstante a discussão acerca da correta denominação do instrumento não deva furtar os holofotes do fenômeno – real objeto de investigação desse estudo –, importante realizar um breve apanhado acerca dos termos a rodearem o instituto, com o fito de conferir maior precisão científica a ele. Isso porque, consoante articula Genaro Carrió[350] em célebre estudo sobre a linguagem, as palavras possuem enquanto característica a sua textura aberta, a qual constitui-se como uma enfermidade incurável das linguagens naturais, tendo em vista que as fadam à obscuridade e à imprecisão. Resta, portanto, averiguar a pertinência da utilização das supramencionadas categorias.

Contratos e convenções possuem algumas distinções entre si, as quais, contudo, variam de acordo com diferentes critérios classificatórios e correntes doutrinárias. O mais referenciado desses critérios é o caráter estrutural do encontro de vontades, visto que, na figura contratual, as vontades concordam em realizar uma transação de diferentes contraprestações[351]; enquanto na convencional, por sua vez, as vontades são coincidentes e dirigidas a um mesmo fim[352].

Outrossim, os contratos são comumente apontados com caráter patrimonial, dado que consistem no clássico instrumento de circulação de riquezas, enquanto as convenções, a seu turno, não exprimem patrimonialidade[353]. Ainda assim, são uma forma de negócio[354].

---

349 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 52.

350 Cf.: CARRIÓ, Genaro R**. Notas sobre derecho y lenguaje**. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 36.

351 Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 53.

352 Cf.: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 51.

353 "Objeta-se que seria essencial à figura contratual declarações de vontade diversas, embora correspondentes, o que não ocorre com as convenções processuais, pois apresentam manifestações coincidentes das partes. Ademais, há quem confira à figura contratual aderência à natureza patrimonial". (OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 422).

354 Cf.: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 51.

Francesco Carnelutti[355] diferenciava os acordos das demais espécies definindo-os como atos complexos, em outras palavras, atos bilaterais em que a declaração de vontade de cada parte preserva a sua autonomia individual em relação à outra. Já os contratos e convenções, por sua vez, são atos compostos, nos quais os elementos dos atos não constituem um ato jurídico singular.

Baseado nessas distinções conceituais, José Carlos Barbosa Moreira aponta como nítida a natureza convencional dos pactos processuais, porquanto o conteúdo das declarações de vontade das partes necessariamente será o mesmo, isto é, dirigido ao mesmo fim. Em suas próprias palavras:

> Não sofre dúvida que se está diante de atos constituídos por duas declarações de vontade. Têm elas aqui, todavia, conteúdo igual; não caberá, pois, falar em contrato, caso se parta da premissa de que é essencial a esta figura serem diversas (embora correspondentes) as declarações de vontade[356].

Para o autor, posto que seja constituída "por duas declarações de vontade, a convenção processual é ato uno: emitidas que sejam, as declarações fundam-se para formar entidade nova, capaz de produzir efeitos específicos"[357].

Nada obstante concorde-se que a imensa maioria de negócios processuais se processem pelo meio convencional – isto é, regulamentações idênticas e recíprocas ambicionando um mesmo fim –, não se pode negar que eles também podem ser verificados na modalidade contratual[358]. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira esclarece, a este respeito:

---

[355] CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**: volume 3 - da estrutura do processo. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 165.

[356] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 82.

[357] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 83.

[358] "Não se nega a existência de contratos processuais, mas são bem mais frequentes os exemplos de acordos ou convenções processuais". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 51).

> Os negócios jurídicos bilaterais costumam ser divididos em contratos, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e acordos ou convenções, quando as vontades se unem para um interesse comum. Não se nega a possibilidade teórica de um contrato processual, mas é certo que são mais abundantes os exemplos de acordos ou convenções processuais[359].

Com efeito, basta pensar na hipótese de negociação envolvendo atribuição exclusiva de custas processuais a uma única parte em troca de um comportamento determinado do outro litigante para tornar clara a possibilidade de contratos processuais – ainda que considerando a acepção do termo a exigir conteúdo patrimonial para a caracterização do instituto, requisito com o qual não se concorda.

Assim sendo, resta demonstrado que o gênero negócios processuais contempla tanto convenções – espécie mais frequente –, quanto contratos processuais, razão pela qual ambas terminologias são aceitas, embora o termo mais correto certamente seja o mais abrangente: negócios jurídicos processuais[360].

Importante pontuar, ainda, que José Carlos Barbosa Moreira destaca as convenções processuais de outro fenômeno, observado quando uma parte pleiteia face ao órgão jurisdicional pedido cuja eficácia está legalmente subordinada à aceitação da outra parte[361].

Para o autor, referidas declarações sucessivas de vontade, ainda que concordantes, não constituiriam um ato uno e, por consectário, não poderiam ser caracterizados como convenções processuais, mas sim como dois atos distintos e unilaterais, dirigidos ao órgão jurisdicional. Referencia o autor que: "Impossível, assim, identificar aí num acordo de vontades a fonte dos efeitos a cuja produção se visa: deferido o requerimento pelo juiz, é à decisão deste que se liga a eficácia"[362].

---

[359] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 86.

[360] De se pontuar que acordo é sinônimo de convenção, bem como pacto, embora seja mais utilizada em direito internacional. Ademais, com o fito de evitar repetição, eventualmente se utilizará o termo avença, embora se reconheça ser expressão juridicamente atécnica.

[361] Exemplos: modificação do pedido ou da causa de pedir após a citação; desistência da ação nas mesmas circunstâncias. (Cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 83).

[362] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 83.

Data máxima vênia, discorda-se do doutrinador no que concerne à natureza das declarações sucessivas – bem como à desvinculação eficacial sugerida.

Isso porque "O relevante para caracterizar um ato como negócio jurídico é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico, com poder de autorregramento"[363].

Leonardo Greco[364], por sua vez, enfatiza a intencionalidade embutida no ato:

> O que caracteriza as convenções processuais ou é a sede do ato – ato integrante da relação processual, praticado no processo –, ou é a sua finalidade de produzir efeitos em determinado processo, presente ou futuro. Muitos atos convencionais produzem efeitos em processos atuais ou futuros, embora não predispostos para esse fim. É o caso, por exemplo, do contrato de locação na ação de despejo. As partes contrataram a locação para reger a relação jurídica entre elas e não para servir de critério para o julgamento da procedência ou improcedência da ação de despejo. Apesar de utilizado pelo locador para fundamentar a ação de despejo por infração contratual, o contrato de locação não é uma convenção processual.

O ponto fulcral, portanto, não é o momento ou a sequência das manifestações volitivas, mas o poder a essas atribuído em criar efeitos jurídicos. Nada obstante as vontades concordantes não nasçam contemporaneamente, elas se sugerem e se encontram, e é desse encontro que se forma o negócio jurídico, seja ele processual ou não. Interessante observar, nesse aspecto, que mesmo quando a convenção se opera nos moldes tradicionais, para que se verifique a concomitância de vontades é naturalmente necessário que alguém se manifeste primeiramente, vindo o segundo sujeito a confirmar, ou não, a sua vontade em participar daquela pactuação.

---

[363] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 86-87.

[364] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 8.

Logo, insofismável reconhecer que a cronologia da manifestação de vontade e respectiva concordância não detém o condão de determinar a natureza do fato jurídico, mas sim o alcance que possui o autorregramento da vontade, isto é, se a ele é possibilitado determinar seus próprios efeitos dentro das possibilidades viabilizadas pelo ordenamento jurídico – perceba-se, nesse aspecto, que determinar não significa emanar.

Acerca dos possíveis efeitos negociais, dedicar-se-á o próximo tópico.

2.1.2.1 Classificação de efeitos

Igualmente, plurais são os critérios aplicados para se definir os efeitos dos negócios jurídicos processuais. Esses efeitos, por sua vez, podem pertencer a duas espécies: a) efeitos dispositivos[365], que são aqueles através dos quais a vontade da parte influi na procedimentalização da relação processual, a exemplo da eleição de foro ou do adiamento convencionado de audiência; e b) efeitos obrigatórios[366], aqueles que criam obrigações comportamentais para uma ou para ambas as partes, a exemplo do pacto de não recorrer ou não executar.

Acerca da segunda modalidade, José Carlos Barbosa Moreira leciona:

> Os efeitos obrigatórios são, basicamente, extraprocessuais e subordinam-se, em linha de princípio, à disciplina civilística. Não se equiparam aos efeitos do próprio ato processual que qualquer das partes se haja comprometido a realizar. Assim, por exemplo, enquanto na desistência total do recurso, validamente manifestada, produz a extinção do procedimento recursal e, inexistindo outro obstáculo, faz transitar em julgado a decisão recorrida, semelhante efeito não é capaz de surti-lo, por si só, a convenção pela qual o recorrente se obrigue a desistir. Em todo caso, na Alemanha, doutrina e jurisprudência, com fundamentação variável, têm admitido aí que o órgão *ad quem*, mediante provocação da outra parte, deva declarar

[365] *Verfügungswirkunge,* na terminologia tedesca.
[366] *Verpflichtungswirkungen,* na doutrina germânica.

> inadmissível o recurso e negar-lhe conhecimento; a solução seria extensiva a casos análogos.[367]

O fato de a circunstância caracterizadora do negócio jurídico consistir na relação traçada entre a vontade e os efeitos jurídicos decorrentes dessa, não implica o total controle desses por aquela, isto é, alguns efeitos jurídicos podem sempre escapar ao comando da vontade. Nesse sentido, leciona Paula Costa e Silva que a expressão negócio processual induzirá em erro se, por meio do seu emprego se pretender afirmar que todos os efeitos induzidos por um ato processual devem ser correspondentes à vontade do respectivo agente: "Há efeitos do acto processual negocial que continuam a estar tabelados"[368]. No mesmo sentido, dispõe Paula Sarno Braga que: "O ordenamento traça limites para o poder de escolha de categorias eficaciais e, além disso, sempre existem efeitos invariáveis, que necessariamente se produzem"[369].

Ademais, imperioso reconhecer que essa correspondência absoluta entre a vontade originadora do negócio e os efeitos decorrentes desse não se verifica, nem mesmo, no plano de direito material. Logo, não haveria porque ser diferente na seara processual[370]. Neste aspecto, de se apontar a dualidade do regime regente dos negócios processuais, composto simultaneamente por normas de direito processual e normas de direito material, consoante se verificará após uma breve notícia histórica do instituto.

2.1.3 Breve notícia histórica

Posto que o negócio processual venha recebendo a intitulação de inovador, não se trata de uma novidade, possuindo raízes no direito romano[371]. Consoante expõe Löic Cadiet[372]:

---

[367] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 89.

[368] SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 270.

[369] BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência". **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 148, jun. 2007, p. 305.

[370] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 87.

[371] Pedro Henrique Pedrosa Nogueira acentua a familiaridade que o direito romano possuía com o instituto: "Já na fase da *legis actiones*, durante a primeira etapa do procedimento (*in iure*), as partes contrapostas compareciam perante o magistrado (normalmente o pretor) e acordavam a solução da controvérsia ao *iudex* privado, formando a *litis contestatio*, com o compromisso de participar do juízo *apud iudiciem* e aceitar o respectivo julgamento a ser feito na fase seguinte. Parte considerável da doutrina, por isso, tem acentuado o caráter contratual ou

> As convenções relativas ao processo não são então tão novas; se inscrevem dentro de uma antiga tradição contratualista em matéria de regramento de conflitos, se trata da análise contratual do vínculo de instância, herdado da *litis contestatio* do direito romano, do papel que a conciliação, a transação e a composição ou o compromisso tem desempenhado sempre no direito francês desde a Idade Média.

O primeiro movimento de flexibilização da forma se deu pela Igreja no século XIV. Os decretais do Papa Clemente V propunham a substituição do processo tradicional (o *solenis ordo judiciorum*) por um processo menos formal, mais flexível. No Brasil, vigeu um modelo formal, detalhista, escrito e carregado do formalismo religioso. A organização da Justiça brasileira imperial, portanto, descende do modelo medieval e carrega um formalismo exacerbado.

No século XX, a discussão acerca dos acordos procedimentais ganhou força a partir dos anos 80, após o Código de Processo Civil Francês adotá-los, bem como o "Woolf Reforms" do Reino Unido[373].

Nada obstante, coube à doutrina alemã a tarefa de definir e desenvolver o conceito de negócio jurídico processual, razão pela qual será ela a primeira a ser analisada.

2.1.3.1 Alemanha

A partir do final do século XIX, a doutrina alemã passou a elaborar e desenvolver o conceito de negócio jurídico processual[374],

---

negocial da litiscontestação em Roma". (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 138).

[372] CADIET, Löic. Los acuerdos em derecho francés: situación actual de la contrctualización del processo y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3: 3-35, aug.-dec. 2012, p. 4 disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true acesso em: 15/10/2016.

[373] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 5.

[374] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 81.

denominando-os *Prozessvertrage*[375]. Acerca da evolução doutrinária, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira[376] esclarece que:

> SCHÖNKE, já no século passado, admitia as convenções privadas sobre determinadas situações processuais (v.g. pacto de não executar), mas esses acordos não surtiriam efeitos imediatos de caráter processual, embora obrigassem os interessados a proceder segundo eles. LENT procurou identificar negócios processuais no âmbito dos atos processuais praticados pelas partes; seriam verificados quando os efeitos processuais se produziriam quando queridos pela parte. Mais recentemente, também LIEBLE e JAURERNIG admitem, embora excepcionalmente, a existência de contratos processuais (v.g. compromisso arbitral), segundo a ZPO.

Duas espécies de negócios processuais são admitidas pelo ordenamento germânico, sempre que a causa versar sobre direitos que admitem autocomposição: a) a substituição de normas processuais prescritas em lei por normas negociadas – salvo regras imperativas; b) o estabelecimento de determinada conduta das partes – reciprocamente ou não –, em relação a uma situação jurídica determinada[377].

Os acordos de procedimento em *strictu senso* – isto é, aqueles que versam sobre procedimento, sem interferir em situações jurídicas a gerarem obrigações entre os litigantes –, possuem efeitos imediatos sobre as regras de procedimento, o que significa que eles devem ser respeitados pelas partes e pelas cortes como se fossem previsões legais[378].

---

[375] José Carlos Barbosa Moreira leciona que: "Na moderna doutrina alemã generalizou-se, para os atos de que estamos tratando, a denominação Prozessvertrage, que se traduz literalmente por 'contratos processuais'". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 82.)

[376] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 82.

[377] Cf.: KERN, Cristoph A. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 181-185.

[378] "Per definition, procedural contracts in the strict sense have na immediate effect on the procedural rules wich givern the proceedings, or type of proceedings, for wich they have been

O ponto fulcral da experiência alemã, sobre o qual recai a análise do presente estudo, consiste na ausência de positivação legal do instituto[379]. Com efeito:

> O Código de Processo Civil alemão não menciona os acordos processuais, em que pese tenha sido reformado recentemente (em 1975, para ser precisa); e ainda assim, as discussões doutrinárias sobre o assunto continuam[380].

Não apenas as discussões doutrinárias, diga-se de passagem, mas a efetivação do instituto pelos magistrados, os quais passaram a partir do fim do século XIX a aplicar acordos de exclusão da primeira instância de julgamento, levando casos diretamente para a corte de apelação[381]. Hoje, contudo, essa espécie de pactuação não é mais aceita, dado que afeta princípios processuais considerados obrigatórios. Nada obstante, o contrário se verifica, sendo possível a exclusão dos recursos através de convenções[382].

Denota-se claramente, portanto, a dispensabilidade de positivação do negócio processual quando esse é admitido pelo costume, ainda que em um país juridicamente perfilhado ao sistema romano-germânico, tal qual o é a Alemanha.

De se observar, por fim, que em que pese a ausência de previsão para os negócios processuais, os negócios privados recebem rígida

---

concluded. This means that they must be respected by the parties to the contract and the court as if they were legal provisions". (KERN, Cristoph A. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 184).

[379] "A special provision granting parties the power to agree on a certain issue is not necessary. Of course, this does not mean that no limitations were conceivable. However, the limitations are those wich govern all contracts, like the invalidity of contracts that violate na express legal prohibition or the bonos mores". (KERN, Cristoph A. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 185).

[380] Tradução livre de: "The German Civil Procedure Code does not mention such agréments, even thoug it has been reformed rather recently (in 1975, to be precise); and yet the scholarly discussions on the matter continue". (FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p, p. 9).

[381] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p, p. 9.

[382] Tradução livre de: "The 19th century provisions that used to be accepted by courts, excluding the first instance of trial, are not possible today, though it is possible to exclude appeals through contract". (FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p, p. 10-11).

regulamentação: "Na Alemanha ganhou destaque a AGB-Gesetz (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgermeinen Geschäftsbedingungen), que estabeleceu inúmeros limites materiais para o regime das cláusulas contratuais gerais"[383].

Em recente reforma realizada no Código Civil alemão, esse também incorporou o controle de conteúdo. Nesse sentido, acredita-se que títulos indicando a existência de negócios jurídicos processuais possam ser úteis em contratos versando acerca deles, bem como o emprego de diferentes modos de destaques das referidas cláusulas[384].

2.1.3.2 França

A legislação francesa é considerada a mais articulada no que concerne aos negócios processuais[385], mormente diante de previsão normativa os autorizando e dedicando regulamentação detalhada – quando da reforma da legislação processual ocorrida em 2005[386].

Contudo, os negócios processuais não se originaram da previsão normativa, mas sim da relação institucional travada entre o Judiciário e os órgãos de classe dos advogados, vindo a prática a se consagrar anteriormente à positivação do instituto[387]. Ao realizar profunda pesquisa acerca do instituto na conotação francesa, Diogo Assumpção Rezende de Almeida concluiu:

---

[383] DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte II. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.248, p. 89-113, out./2015, p. 103.

[384] Cf.: DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte I. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.247, p. 137-176, set./2015, p. 167.

[385] "Na França, por exemplo, a categorização do processo civil como ramo de direito público já foi abandonada, sendo o mesmo atualmente chamado de *droit judiciaire privé* (tradução livre: Direito Judiciário Privado). Entende-se que o processo civil ocupa um espaço entre o direito público e o direito privado, sem estar totalmente inserido em um deles". (SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 511).

[386] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 89.

[387] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 89.

> Em meados da década de 1980, advogados e magistrados franceses identificaram algumas questões que dificultavam a tramitação de processos ou a prestação jurisdicional e que poderiam ser enfrentadas por meio de convenções, celebradas entre advogados, com a aquiescência das cortes[388].

O maior indicador da postura amigável ao instituto, diz Juliana Pondé Fonseca, consiste na atenção concedida ao princípio da cooperação já nos 30 (trinta) primeiros artigos do Código, trazendo-o como um novo paradigma a ser observado[389].

A expressão *contrat de procédure* assumiu diferentes conotações ao longo da história jurídica francesa:

> Primeiramente, foi adotada na década de 1980, com (i) a possibilidade de acordos entre advogados para a fixação de um calendário processual. Mais tarde, no início dos anos 2000, os contratos de procedimento serviram para nomear (ii) os protocolos estabelecidos entre os tribunais e a ordem dos advogados, elaborados com o intuito de solucionar questões pontuais no processamento dos casos em cada corte. Por fim, a expressão é observada na doutrina quando são abordados (iii) os negócios jurídicos travados entre as partes e que contêm cláusulas atinentes ao processo ou ao procedimento – futuro ou já instaurado[390].

Loïc Cadiet descreve a adoção de plurais variações de cláusulas contratuais denominadas *clauses de différend*, as quais eram intuídas

---

[388] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 247.

[389] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p, p. 13.

[390] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 247.

com o objetivo de pré-delinear os contornos de eventual litígio oriundo da execução ou inexecução do contrato[391].

Noticia-se do direito francês, ainda, a experiência com convenções versando acerca da renúncia prévia ao direito de apelação (ou ao duplo grau de jurisdição), uma vez que o litígio recaia sobre direitos disponíveis[392].

De se pontuar, por fim, que a jurisprudência francesa firmou posicionamento no sentido de reconhecer que o acordo processual produz seus efeitos automaticamente, exigindo a homologação do magistrado somente quando intencione vincular alguma de suas prerrogativas[393], ou efetuar alterações no procedimento[394].

2.1.3.3 Itália

O ordenamento italiano se demonstra mais arraigado ao formalismo e à natureza publicista do processo, vinculada insofismavelmente à autoridade inarredável do juiz. O princípio da cooperação veio a ser adicionado à codificação em reformas mais recentes, tal qual a promovida em 2009, que proibiu as decisões surpresa, mesmo quando versarem acerca de matéria de ordem pública[395].

Assim como na Alemanha, não há previsão legislativa específica para as convenções processuais, e aqueles que as defendem o fazem com supedâneo na liberdade de contratar regida pelo Código Civil[396]-[397]. Em

---

[391] Cf.: CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ISSN 0391-1896, Vol. 62, Nº Extra 3, 2008, págs. 7-36. Disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1313 Acesso em 14/12/2016.

[392] Cf.: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 253.

[393] Cf.: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 254.

[394] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 90.

[395] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 15.

[396] Artigo 1.322 do Código Civil.

[397] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 15.

que pese não se observe na Itália a mesma práxis enfática propagada na Alemanha, alguns negócios são sim celebrados, independentemente da ausência de previsão legal, tais quais a opção pela arbitragem ou pelo foro competente e a distribuição convencional do ônus da prova[398].

Nada obstante, encontra-se na doutrina a admissão da categoria negocial processual:

> Na Itália, CHIOVENDA admitiu claramente a figura dos negócios processuais, visto que em certos atos a lei relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes. Assim se daria com os atos unilaterais praticados com o fim de criar, modificar ou extinguir direitos processuais (v.g. renúncia, aceitação da herança etc). FAZZALARI, mais recentemente, também admitiu a existência dos negócios processuais, que, segundo ele, melhor seriam denominados "atos processuais negociados" (v.g. renúncia a alguma faculdade processual)[399].

Contudo, o país não figura dentre os que conferem maior ênfase e receptividade ao instituto.

2.1.3.4 Portugal

A experiência portuguesa foi reafirmada no novo Código de Processo Civil português de 2013, com a redação empregada ao art. 265-A do CPC – Lei n. 41/2013, o qual prevê que "quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações".

Os requisitos para a adaptação procedimental no ordenamento português são

> 1) A prévia oitiva dos interessados;
> 2) Alteração procedimental fundada e pautada em critérios objetivos norteados pelo direito material;

---

[398] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 15.

[399] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 82.

> 3) A alteração não pode servir para determinar o afastamento da preclusão já verificada, retardando o curso processual;
> 4) Estabelecimento, em princípio, de uma sequência de atos procedimentais, ofertando um mínimo de certeza aos litigantes: a necessidade de segurança e o acesso à Justiça impõem que se garanta um conhecimento prévio e efetivo de todo o procedimento que se seguirá, e
> 5) Respeito aos demais princípios fundamentais do processo, como: contraditório, ampla defesa, dispositivo, economia processual e fundamentação[400].

As estreitas vinculações entre o ordenamento jurídico pátrio e o lusitano se dão, logicamente, em decorrência da colonização por eles realizada no solo nacional, de modo a se conferir especial importância ao trato conferido lá ao instituto em apreço.

Nada obstante, imperioso anotar que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o Brasil desponta como um dos mais avançados ordenamentos jurídicos a regular a temática, superando seus colonizadores nessa seara.

2.1.3.5 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, em que vige o sistema adversarial, os limites dos negócios processuais tendem a ser mais amplos, gerando maiores preocupações perante a doutrina, observada a possibilidade de alteração da competência e a supressão de importantes etapas como a *disclosure*[401]. Apesar das infindáveis possibilidades, contudo, a experiência empírica vem revelando pouca criatividade por parte dos operadores jurídicos[402].

Designer trials e *consensual adjudicatory procedure* são os termos mais utilizados para designar práticas tais quais determinar a

---

[400] DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.955, p. 211-227, maio/2015, p. 223.

[401] Cf.: DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 133.

[402] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 21.

isenção de jurados, a limitação da etapa *Discovery* e a confidencialidade dos assentamentos.

A legitimidade de tais possibilidades não deriva de disposição legal, mas sim de precedentes, em perfeita consonância com o regime jurídico em que inserido o país: *common law*[403]. A possibilidade de se definir a isenção convencional, por exemplo, decorre de precedente[404] firmado na Suprema Corte nos anos 70[405].

O principal substrato que a contratualização do procedimento gera nesse país, no entanto, é o elevado índice de acordos realizados[406].

Da sumária observância dos delineamentos do instituto em diferentes regimes jurídicos, exsurge o fato de que os negócios procedimentais assumem diferentes contornos de acordo com cada sistema legal em que inseridos. Suas características principais e os possíveis problemas de sua implementação, contudo, permanecem similares, se atenuando ou se agravando de acordo com a eficiência e a organização do Judiciário em que praticados[407].

Fernando da Fonseca Gajardoni salienta a presença da flexibilização processual nos mais diversos ordenamentos, independentemente da tradição jurídica:

> Esta nossa conclusão sobre a eclosão de um novo sistema gerencial no estudo do processo civil se revelerá pela análise de alguns ordenamentos jurídicos (Inglaterra, Estados Unidos e Portugal), que, independentemente de se filiarem ao sistema adversarial ou inquisitorial, acabam permitindo que o procedimento seja flexibilizado em favor da adequada tutela de direitos, pouco se importando

---

[403] Cf.: Carnival Cruise Lines v. Shute, j. em 1981. Cf.: (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 125).

[404] Shutte v. Thompson, 82U.S. 151 (1873).

[405] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 20.

[406] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 93.

[407] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 7.

> se isto representa ou não quebramento do modelo processual historicamente desenhado.[408-409]

Necessário se pontuar, todavia, que em que pese a adoção do instituto se dê concomitantemente em países integrantes de ambos sistemas jurídicos, os delineamentos que recebe em cada qual, por óbvio, são distintos entre si.

Voltar-se-á atenção da pesquisa ao caso pátrio, partindo para a análise das diferentes espécies de negócios processuais.

2.2 ESPÉCIES

A teoria geral do Direito contempla negócios jurídicos: a) unilaterais, compreendidos como aqueles que necessitam da manifestação de vontade de uma única pessoa[410]; b) bilaterais, compreendidos como aqueles que necessitam da manifestação de vontades de duas pessoas; e c) plurilaterais, quando as manifestações de vontade pertencem a mais de duas partes envolvidas no negócio[411].

---

[408] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **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. 112.

[409] No mesmo sentido, Trícia Navarro Xavier leciona: "Como se observa, respeitados sistemas jurídicos pertencentes tanto ao *common law* quanto ao *civil law* estão caminhando na mesma direção, qual seja a de adotar os sujeitos processuais de maior disponibilidade sobre os atos e sobre o procedimento, indicando que o Brasil encontra-se na direção correta e evoluindo para a regulamentação de um processo civil condizente com as melhores técnicas do mundo". (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das Convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 225).

[410]Os negócios unilaterais se diferenciam dos atos jurídicos em sentido estrito "Precisamente, pela possibilidade de que nos primeiros seja eleita a categoria e a eficácia pelo interessado, ou seja, os termos, as condições, os modos ou os encargos a que serão submetidos". (DIDIER JR., Fredie. Art. 200 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 319).

[411] "A teoria geral do direito privado aponta a existência de três grandes espécies de negócios jurídicos (ou seja: de fenômenos voluntários que provocam efeitos ex voluntate): (a) os negócios jurídicos unilaterais (que dependem para sua existência da vontade declarada de uma única pessoa); (b) os negócios jurídicos bilaterais (que são os contratos); (c) os negócios jurídicos plurilaterais que não são contratos, mas que têm força normativa, como ocorre, por exemplo, com a convenção ". (NERY, Rosa Maria Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 261-274, out/dez 2015, p. 264.

Antonio do Passo Cabral[412] acrescenta a possibilidade de distinto critério para classificar os negócios jurídicos processuais, qual seja, a quem repercute os efeitos da pactuação. Assim, o negócio será unilateral quando repercutir somente na esfera individual de uma única pessoa, bilateral quando afetar duas pessoas e plurilateral quando afetar diversas.

No presente estudo, no entanto, adotar-se-á o critério clássico esposado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[413], segundo o qual o negócio será unilateral, bilateral ou plurilateral de acordo com a quantidade de sujeitos cuja manifestação de vontade é necessária para que o negócio se perfectibilize.

Alguns outros critérios de classificação aos negócios processuais são apontados pela doutrina. As convenções podem ser expressas ou tácitas. Essas últimas, por sua vez, dividem-se entre comissivas ou omissivas. Deve se destacar, contudo, que todo cuidado é pouco ao se interpretar o silêncio da parte como dotado de caráter negocial, sendo recomendável que tal conotação se realize somente em circunstâncias tipicamente previstas[414], a emprestarem a ele o caráter de manifestação de vontade[415].

Os negócios processuais podem, ainda, se subdividir entre típicos e atípicos. O negócio jurídico processual típico[416] consiste em

---

[412] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 50-51.

[413] MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo III - parte geral. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 168-169.

[414] Art. 111 do Código Civil: "O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa".

[415] DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 295.

[416] Exemplos: a) Eleição negocial de foro (art. 63 CPC/2015); b) Negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65 CPC/2015); c) Escolha consensual de mediador, conciliador ou câmara privada de mediação ou conciliação (art. 168 CPC/2015); d) Renúncia ao prazo (art. 225 CPC/2015); e) Acordo para a suspensão do processo (art. 313, II CPC/2015); f) Renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, § 6º CPC/2015); g) Adiamento negociado da audiência (art. 362, I CPC/2015); h) Saneamento consensual (art. 357, § 2º CPC/2015); i) Convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º e 4º CPC/2015); j) Escolha consensual do perito (art. 471 CPC/2015); k) Desistência da execução ou de medida executiva (art. 775 CPC/2015); l) Desistência de recurso (art. 998 CPC/2015); m) Renúncia ao recurso (art. 999 CPC/2015); n) Aceitação da decisão (art. 1.000 CPC/2015). De se mencionar, ainda, que muitos deles já existiam na vigência do Código de Processo Civil de 1973: o) Modificação do réu na nomeação à autoria (art. 65 e 66, CPC/1973); p) Sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (art. 42, § 1º, CPC/1973); q) Acordo de eleição de foro (art. 111, CPC/1973); r) Prorrogação da competência territorial por inércia do réu (art. 114, CPC/1973); s) Desistência do recurso (art. 158 e art. 500,

modalidade negocial prevista pela legislação, de modo a dispensar o esforço dos agentes volitivos em traçar seus contornos, precisando apenas manifestar sua vontade em aderir a eles, ou não.

Julio Guilherme Müller[417] delineia a distinção entre os negócios processuais típicos e atípicos:

> (...) típicos, quando os elementos e hipótese estão todos suficientemente previstos no texto legal, e atípicos no caso de inexistir uma exata e completa correspondência entre o permitido e previsto na lei e o objeto da convenção. Nas convenções típicas, a constatação é direta, por subsunção. Nas atípicas, é indireta, pois a indeterminação dos conceitos fornece apenas os elementos constitutivos genéricos da convenção, sendo os específicos construídos a cada caso concreto de forma mais dinâmica.

Assim sendo, a investigação dos limites na seara dos negócios típicos torna-se deveras menos complexa em comparação aos negócios atípicos, para os quais não existe nenhuma disciplina específica – sendo esses últimos o foco do presente estudo. Com o fito de atingir maior precisão técnica, se abordará na presente pesquisa, portanto, somente os negócios jurídicos bilaterais atípicos[418].

2.2.1 Negócios jurídicos processuais atípicos

Nada obstante a adaptação do procedimento às peculiaridades do direito material posto em litígio decorra de previsões constitucionais[419], insofismável admitir que o reconhecimento legal veio a lhe conferir

---

III, CPC/1973); t) Convenções sobre prazos dilatórios (art. 181, CPC/1973); u) Convenção sobre suspensão do processo (arts. 265, II e 792, CPC/1973); v) Convenção de arbitragem (art. 267, VII; art. 301, IX, CPC/1973); dentre outros.

[417] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 77.

[418] Ainda assim, sem pretensão exaustiva.

[419] "A ausência de expressa previsão legal do princípio da adaptação do procedimento à causa não impede a sua aplicação, pois, como ele decorre da garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa, o ordenamento processual tem que ser interpretado conforme os postulados da unidade e da coerência". (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 232).

certeza e, consequentemente, aplicabilidade, atendendo aos anseios da ciência processual em saciar sua sede por efetividade.

Nesse cenário, ganha destaque a sistematicidade com que o artigo 190 do Código de Processo Civil articula uma cláusula geral de negociação, consagrando a atipicidade como via apta a possibilitar a adequação das demandas às especificidades da causa e às preferências dos litigantes – dentro do esquadrinhamento de limites impostos pelo ordenamento jurídico.

A intelecção do mencionado dispositivo legal compreende dois campos de atuação à prática negocial: a primeira delas direcionada à criação, modificação ou extinção de direitos subjetivos processuais (ônus, faculdades, deveres e poderes das partes); e a segunda delas focada na redefinição de contornos procedimentais (forma ou ordem dos atos processuais)[420]-[421].

Imperiosa é a distinção a ser realizada entre duas modalidades permitidas pela cláusula geral de convencionalização processual: a) adaptação do procedimento; e b) disposição acerca de situações processuais[422].

O procedimento, consoante se sabe, consiste basicamente em um encadeamento de atos ou atos-fatos processuais, que propicia a participação dos destinatários da tutela jurisdicional[423], a qual, via de

---

[420] TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 91-109, abr./2016, p. 101.

[421] Nesse sentido preconiza o Enunciado nº 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais".

[422] Fredie Didier Jr. trabalha, ainda, com outra classificação: "Há negócios processuais relativos ao objeto litigioso do processo, como o reconhecimento da procedência do pedido, e há negócios processuais que têm por objeto o próprio processo em sua estrutura, como o acordo para suspensão convencional do procedimento. O negócio que tem por objeto o próprio processo pode servir para a redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direitos, deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento". (DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 294). No entanto, como o recorte da presente pesquisa cinge-se a negócios processuais bilaterais, a classificação fica restrita aos negócios processuais que têm por objeto o próprio processo. Ademais, o próprio autor reconhece, mais adiante, que a negociação envolvendo o objeto litigioso importa em autocomposição, isto é, negócio material: "Não se trata de negócio sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição, já bastante conhecida". (DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 296).

[423] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 160.

regra, é entregue na decisão final de mérito. Alterações no procedimento, portanto, referem-se a modificações ocorridas no encadeamento dos atos processuais, seja suprimindo alguns, invertendo suas ordens, alterando suas formas ou, ainda, incluindo outros não originariamente previstos para aquele rito. Esse ajuste a ser promovido no procedimento, deve se justificar em otimizar a efetividade da tutela jurisdicional buscada, maximizando a utilidade do processo[424].

Situações processuais, por sua vez, consistem em posições titularizadas pelos sujeitos do processo. Marcos Bernardes de Mello[425] afirma que situação jurídica:

> (..) em sentido lato, designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito de direito se encontre no mundo jurídico.

A possibilidade da transação entre essas situações jurídicas processuais, portanto, importa em fenômeno diverso do consistente na modificação procedimental acordada. Nada obstante, insofismável que as alterações provocadas em um gerem consequências inescapáveis no outro. Em outras palavras, ainda que se trate de fenômenos individualizados, a alteração negocial do procedimento inevitavelmente influenciará as situações jurídicas titularizadas pelos sujeitos processuais, bem como o seu contrário, de modo que são indissociáveis as modalidades[426].

Constatadas as diferenças e as consequências recíprocas operadas pelas duas modalidades da prática negocial processual atípica, cumpre

---

[424] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 107.

[425] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95.

[426] "(...) ainda que alterar o procedimento não se confunda com alteração de situações jurídicas processuais (aí inclusa a prática dos atos processuais), pode-se dizer que um acordo processual que altere o procedimento, necessariamente influenciará nas situações jurídicas dos sujeitos processuais, motivo pelo qual um e outro caminham juntos". (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.246, p. 219-238, ago./2015, p. 225).

desmitificar, brevemente, os conceitos de ônus, faculdades, deveres e poderes, os quais integram possibilidades negociais para as partes.

O ônus consiste, sucintamente, em um imperativo do interesse próprio do agente[427], uma possibilidade de ação cuja prática poderá induzir em situação de vantagem ou evitar desvantagem àquele que o praticou, sem, contudo, que sua inércia venha a lhe resultar qualquer sanção pelo ordenamento jurídico. João de Matos Antunes Varela[428] explica que o referido instituto:

> funciona como meio de incentivar a atividade das partes em juízo (sem violar o princípio dispositivo), carreando para a apreciação da lide o maior número possível de elementos que ajudem a exacta reconstrução da matéria de fato e preparem desse modo a justa decisão da lide.

É exatamente pela "facultatividade" do exercício do ônus, cuja abstenção não gera, necessariamente, uma desvantagem – isto é, uma sanção –, que ele se distingue do dever, o qual consiste em um imperativo do interesse alheio, uma imposição do ordenamento jurídico a exigir uma conduta comissiva do titular de uma determinada situação jurídica. A recusa ao comportamento prescrito pela norma se revela, portanto, enquanto um ato contrário ao direito e, portanto, sancionado.

É exatamente em razão de o descumprimento de um dever consistir em um ato contrário ao ordenamento jurídico que há entendimento a duvidar da sua possibilidade negocial[429]. Nesse sentido é que Julio Guilherme Müller compreende que os deveres podem ser objeto de negociação processual se essa dirigir-se a "aperfeiçoar,

---

[427] "o ônus é um imperativo do interesse próprio. Quem tem sôbre si o ônus está implicitamente forçado a efetuar o ato de que se trate; é seu próprio interesse que o compele. O ônus aparece como uma espécie de ameaça, como uma situação embaraçosa que grava o direito do titular. Mas a êste é dado desembaraçar-se da carga, cumprindo o que é visado por ela". (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 12).

[428] VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**: volume I. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2000, p. 59.

[429] Cf.: THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Volume 1. 56ª edição rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 185; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 356.

otimizar ou aumentar seu espectro de ação, mas não para restringi-los ou exclui-los"[430]-[431].

Intimamente ligados aos deveres estão os poderes, sendo que, em diversas oportunidades, estão umbilicalmente correlacionados – a exemplo do poder-dever[432] de cautela do magistrado. Os poderes consistem em situações jurídicas titularizadas por um indivíduo que pode, livremente, praticar ação sem que exista situação jurídica contraposta. Poderes são resultado de um direito subjetivo conferido a alguém pela ordem jurídica, em virtude do qual esse alguém detém legitimidade para exigir determinado comportamento de outrem na persecução da satisfação de interesse próprio ou de outrem[433].

Consoante leciona Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[434]: "Todo direito subjetivo, como produto da incidência de regra jurídica, é limitação à esfera de atividade de outro, ou de outros possíveis sujeitos de direito".

Por fim, tem-se as faculdades, as quais, em verdade, estão compreendidas entre poderes e ônus. As faculdades consistem em possibilidades de atuação conferidas por uma norma permissiva, da qual não necessariamente decorrerá uma situação de vantagem ou desvantagem para o sujeito, distinguindo-as dos ônus.

Se distinguem, igualmente, dos poderes, na medida em que esses possuem caracteres que os individualizam, tais quais a imposição de

---

[430] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 115.

[431] Exemplificando deveres processuais, Murilo Teixeira Avelino leciona: "No processo, a maior parte dos deveres são situações titularizadas pelo juiz, por exemplo: o juiz tem o dever de levar ao conhecimento das partes questões que conhece de ofício; o juiz tem o dever de sentenciar o processo em face da proibição do *non liquet* (neste caso, trata-se de um poder-dever). Da mesma forma, as partes têm o dever de agir com probidade e boa-fé". (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.246, p. 219-238, ago./2015, p. 229).

[432] "(...) em um modelo de Estado como o nosso, Estado Democrático de Direito, (...) o que é chamado de 'poder' tem que ser compreendido invariavelmente como dever-poder". (SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC - Lei n. 13.105, de 16--3--2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 163-164).

[433] Cf.: VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**: volume I. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2000, p. 52-53.

[434] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**, t. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 54.

seus interesses à esfera jurídica de outrem. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[435] pontua que:

> O direito subjetivo não é faculdade, ainda que seja ela uma só; o direito subjetivo é que contém faculdade. Porque o direito subjetivo é o poder jurídico de ter faculdade. A faculdade é fática, é meio fático para a satisfação dos interesses humanos; o direito subjetivo é jurídico, é meio jurídico para a satisfação desses interesses.

Trabalhados esses conceitos estruturais inerentes à convencionalização processual de situações jurídicas, importante, ainda, enfatizar que as partes somente estão autorizadas a dispor de ônus, deveres, poderes e faculdades titularizadas por si próprias, não podendo comprometer os protagonizados por terceiros, dentre eles, o magistrado[436].

Nesse sentido lecionam Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[437]:

> É claro que não é possível às partes, no entanto, acordar a respeito do exercício dos poderes do juiz – seria claramente afrontoso à cláusula que prevê o direito ao processo justo, devidamente conduzido pelo juiz, emprestar validade a acordos

---

[435] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**, t. I, Campinhas: Bookseller, 1998, p. 55.

[436] Assim entendem: Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 113; MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 169; TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 91-109, abr./2016, p. 105. Em sentido contrário: "As partes podem sim vincular o juiz, afetando o exercício de seus poderes". CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 270; CABRAL, Antonio do Passo. 37º Encontro do Grupo Arruda Alvim de Debates sobre o Novo CPC, Disponível em: http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/37o-encontro-do-grupo-arruda-alvim-de-debates-sobre-o-novo-cpc/?utm_medium=email&utm_campaign=Debate&utm_source=newsletter&utm_content=link-transmissao; Acesso em: 30/11/2016; (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 200. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 93).

[437] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. II. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 117.

> sobre o exercício de poderes ligados ao exercício da própria soberania estatal no processo.

Não podem as partes, por exemplo, intencionar firmar convenção impondo que o magistrado julgue sem se respaldar no ônus da prova, ou que esse não poderá se utilizar dos meios coercitivos previstos pelo ordenamento para pressionar o litigante a cumprir a decisão (prisão civil por inadimplemento de alimentos e outras medidas)[438].

Nesse aspecto, imperioso realizar a distinção entre a titularização de situações processuais e materiais, visto que o juiz somente está apto a titularizar as primeiras e, ainda assim, o faz em nome do Estado:

> É preciso diferenciar: as partes titularizam situações jurídicas relativas ao processo (entendido como procedimento em contraditório – ônus, poderes, deveres, faculdades etc.) quanto ao direito material objeto da relação jurídica processual; o juiz titulariza situações jurídicas relativas ao processo (inserido no procedimento em contraditório), mas não em relação ao direito material que se discute[439].

O magistrado não pode dispor das situações jurídicas titularizadas pelo Estado – consoante será analisado com maior profundidade no tópico 2.4.1. Se nem o próprio representante do Estado-juiz está apto a dispor de tais situações, incongruente seria adotar posicionamento, segundo o qual, pudessem as partes intencionar fazê-lo, vinculando aquele através de pactuações envolvendo situações titularizadas pelo Estado-juiz. Julio Guilherme Müller[440] realiza comparação com o sistema arbitral para esclarecer a temática:

> Os deveres-poderes do juiz não podem ser objeto de convenção por pertencer à esfera de

[438] Em que pese Antonio do Passo Cabral acredite que as partes possam interferir na atividade dos magistrados, concorda com a inviabilidade das mencionadas pactuações: "É que o uso dos meios de coerção respeita a prerrogativas do Estado-juiz para emprestar às suas decisões a efetividade necessária, evitando que a própria autoridade estatal fique desacreditada". (Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 270-271).

[439] AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.246, p. 219-238, ago./2015, p. 233.

[440] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 151.

> titularidade estatal, do qual o magistrado é agente. Não é possível sequer utilizar-se, por analogia, a possibilidade de convenção a respeito dos poderes do árbitro. É que, na arbitragem, os poderes do árbitro são conferidos pela vontade das partes, numa espécie de litiscontestatio do direito romano. O mesmo não ocorre, todavia, nos processos judiciais, onde os deveres-poderes do juiz são concedidos pela Constituição e regulamentados ou delimitados pela legislação infraconstitucional.

Com efeito, as limitações no espaço jurisdicional são maiores. Consoante preconiza Robson Renault Godinho, é preciso se tomar a autonomia das partes não mais no sentido "privatístico clássico, mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade"[441].

Uma vez inserido no sistema processual inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015, o negócio processual necessita, portanto, se harmonizar com seus diversos outros institutos, respeitando alguns espaços em que sua atuação é moderada – quando não proibida –, e se infiltrando em outros em que o solo se revela fértil para seus frutos.

Em suma, pela redação do artigo que positiva a cláusula geral de acordo de procedimento, estarão aptos a ser objeto de convenção a escolha de quais os atos processuais que deverão ser realizados, a forma – incluindo seu modo, local e momento – com que cada um se revestirá, sua conveniência e oportunidade, a ordem sequencial de algumas das fases e atos processuais e, por fim, o tipo de procedimento[442].

2.2.2 Aspectos Adjetivos

De se analisar, ainda, as questões atinentes à resilição, distrato e pluralidade de partes concernentes à relação jurídica processual.

---

[441] GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do "Leito de Procusto". **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, n. 235, p. 87.

[442] MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo Processual e Gestão Compartilhada de Procedimento. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. **Novas Tendências de Processo Civil**: Estudos sobre o projeto do Novo CPC. Vol. 3, Salvador: JusPodivm, 2014, p.154

2.2.2.1 Resilição e Distrato

Emerge dúvida quanto à possibilidade de revogação da pactuação efetuada por resilição, isto é, distrato espontâneo das partes – incondicionado a inadimplemento, o qual será tratado em tópico próprio[443].

O distrato pode se operar de dois modos, a depender da natureza eficacial do negócio jurídico em questão: a) em se tratando de eficácia imediata; ou b) em se tratando de eficácia condicionada à homologação judicial.

Quando a eficácia do negócio jurídico se processar independentemente da chancela jurisdicional, sua revogação estará, igualmente, vinculada tão somente à atividade das partes. Nada obstante, essa revogação terá de ser também convencionada, isto é, pretendida por ambas as partes, exceto se houver prévia disposição legal ou contratual facultando a elas a resilição unilateral.

Consoante lição de José Carlos Barbosa Moreira[444]:

> Reconhecida a um ato a natureza de convenção, exclui-se ipso facto, desde a formação do consenso, a possibilidade de qualquer das partes revoga-lo por declaração unilateral[445], salvo autorização contida em lei ou na própria convenção[446].

---

[443] Tópico 2.4.1.1.

[444] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 84.

[445] Trícia Navarro Xavier Cabral apresenta posicionamento dissonante, asseverando que tanto a resilição unilateral quanto o distrato podem ser efetuados pelas partes. Cf.: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das Convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 230).

[446] "Sendo o negócio bilateral, aplica-se a regra geral da irrevogabilidade da declaração de vontade, a não ser que haja expressa previsão legal, no próprio negócio ou por novo negócio, omissivo ou comissivo. Enfim, o negócio processual atípico previsto no art. 190 é irrevogável. É possível, evidentemente, que as partes celebrem distrato processual, pois as mesmas vontades que o celebraram são aptas a desfazê-lo". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 61).

Já em se tratando de negócios cuja homologação judicial seja exigida por lei, o distrato ou resilição unilateral ficarão, logicamente, condicionados a nova homologação[447].

No que concerne ao momento do distrato, de se referenciar que a revogação pode se efetivar antes do aforamento da ação ou durante a sua tramitação, mas nesse último caso, deve a parte, mormente se a revogação for unilateral – isto é, caso tenha se acordado essa possibilidade –, resguardar especial cautela em não atingir atos ou fases processuais em andamento, visto que a eficácia da revogação se dirige exclusivamente a atos futuros[448].

Isso porque os atos já praticados se encontram contemplados pela preclusão[449] consumativa ou, em alguns casos, temporal – quando se tratar de convenção determinando omissão de alguma das partes –, o "que impede que o ato praticado ou omitido tenha uma nova oportunidade de ser manifestado"[450].

No mesmo sentido, de se mencionar que a prática ou omissão pactuadas e cumpridas geram direito adquirido à parte beneficiada por elas, o qual deve ser respeitado e resguardado pelo ordenamento jurídico.

Por derradeiro, cumpre referenciar a aplicação da teoria da imprevisão[451] aos negócios jurídicos processuais, uma vez que preenchidos os requisitos materiais, ou seja, alteração da situação fática existente no momento da celebração da convenção, sendo imprescindível que essa modificação seja imprevisível e extraordinária[452].

---

[447] Cf.: GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 12.

[448] Cf.: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das Convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 230.

[449] Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão; Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

[450] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 13.

[451] Art. 478 do Código Civil: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

[452] Cf.: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. 247 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 182.

2.2.2.2 Pluralidade de partes e sucessores

Alguns cuidados necessitam ser tomados quando o processo envolve mais de duas partes, especialmente quando a forma de ingresso dessas partes na relação processual não for a tradicional. Com efeito, existe uma grande preocupação acerca da "possibilidade de favorecer os interesses do desenhador sobre os de outras partes – e certamente sobre o de terceiros – para o acordo"[453].

Em casos como os tais, existe uma flagrante tendência de que a pactuação afete o equilíbrio processual daqueles que dela não participaram, tornando-se um verdadeiro contrato de adesão para aqueles que, em virtude de algum interesse discutido no litígio, precisam nele ingressar[454].

Contudo, insta alertar que, mesmo quando a pluralidade de partes já existir no momento da negociação processual, os ônus dessa convenção não podem, absolutamente, recair sobre aqueles que não a firmaram. Consoante se sabe, o disciplinamento legal concernente a matéria do litisconsórcio unitário é imperioso em afirmar que os atos praticados por outro litisconsorte aproveitam ao litisconsorte que não os praticou, mas nunca o prejudicam[455].

Quando a convenção se der em litisconsórcio facultativo, contudo, "pode que a modificação oriunda do negócio entretido entre a parte contrária e seu litisconsorte acabe impondo uma excessiva onerosidade ao terceiro não signatário, a causar desequilíbrio na balança em seu desfavor"[456]. As restrições à amplitude dos efeitos previstas

[453] "(...) possibility favor the drafter's interests over those of other parties – ans certainly over third parties – to the agrément". (DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 167).

[454] "Outro grupo de casos em que o desequilíbrio parece patente é aquele em que o negócio jurídico processual é lavrado antes da inclusão de algum terceiro por meio de intervenção ou litisconsórcio ulterior, quando então, diante da nova formação subjetiva do processo, pode resultar flagrante desequilíbrio de posições". (ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 211).

[455] Nesse sentido, Rafael Sirangelo Abreu acentua: "Nos casos em que o litisconsórcio advenha da unitariedade, vale o regime pelo qual os atos de um aproveitam ao outro, mas não o prejudicam". (ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 211).

[456] ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 211

expressamente no artigo 117[457] do Código de Processo Civil precisam conviver harmonicamente com os poderes de gerenciamento processual garantidos às partes, os quais são enfatizados já no dispositivo seguinte[458], reclamando leitura conjunta. Isso porque, embora litisconsorte algum possa ser atingido pelos aspectos prejudiciais de estratégia processual de outrem, também não pode restringir os interesses individuais dos demais, muito menos atrasar a entrega da prestação jurisdicional – observado o interesse público existente na célere pacificação social.

De se mencionar, por fim, que o negócio jurídico processual vincula herdeiros e sucessores[459]. Consoante afirmam Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves: "Importa salientar que as convenções permitidas pelos arts. 190 e 191 do NCPC vinculam não apenas as próprias partes (e o juízo, quando for o caso), mas também seus herdeiros e sucessores"[460]. Com efeito, terão eles de cumprir o acordado caso venham a assumir algum dos polos da ação.

2.3 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica dos negócios processuais é complexa, na medida em que mista, comportando regulação dos âmbitos processual, material e, principalmente, constitucional. José Carlos Barbosa Moreira sustenta enfaticamente que as convenções processuais: "como atos processuais apenas *lato sensu*, ao menos em grande maioria, se submetem a um regime jurídico misto, em que se entrelaçam normas de direito processual e normas de direito material"[461].

No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell aduz que o regime do negócio jurídico processual: "há que ser misto: por um lado, o negócio jurídico processual não corresponde exatamente a um ato processual;

---

[457] Art. 117. Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar.

[458] Art. 118. Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo, e todos devem ser intimados dos respectivos atos.

[459] Enunciado n. 115 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: "O negócio jurídico celebrado nos termos do art, 190 obriga herdeiros e sucessores".

[460] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 245.

[461] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 86.

mas, por outro, sua função é a de produzir efeitos no processo"[462]. Isso se deve ao fato de o negócio jurídico processual ser espécie do gênero negócio jurídico, de modo que aquele deve respeitar pressupostos e requisitos desse. Assim sendo, as partes deverão "observar as normas e princípios que regulam os negócios jurídicos materias, sob pena de invalidade ou inexistência das tratativas que versarem sobre convenção de procedimento"[463].

Nada obstante, o critério da especialidade igualmente sujeita os negócios processuais ao regime jurídico processual. Consoante leciona Julio Guilherme Müller[464]:

> (...) crê-se, que os atos processuais e os negócios processuais são, em verdade, espécies do gênero atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos. Por esta razão, os negócios processuais não possuem uma disciplina que exclua, por si só, a teorização e os elementos que estruturam os atos jurídicos e suas espécies (atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos). Assim, os elementos teóricos e normativos que orientam o gênero também se aplicam às suas espécies. Todavia, ante o critério da especialidade, os negócios e atos processuais estão sujeitos também à disciplina específica do direito processual civil.

Com efeito, em que pese os negócios processuais se realizem em ambiente processual, as manifestações de vontade se constituem a partir de bases estruturais típicas do direito privado[465], as quais, em verdade, integram a teoria do direito.

---

[462] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 68.

[463] HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.260, p. 49-71, out./2016, p. 54.

[464] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 17.

[465] "Os negócios processuais, típicos e atípicos, devem ser interpretados de acordo com as normas gerais de interpretação dos negócios jurídicos previstas no Código Civil – que, em verdade, são normas gerais para interpretação de qualquer negócio jurídico". (DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 303).

Nesse aspecto, Robson Renault Godinho afirma que, mesmo que inexistisse espaço no âmbito processual para a autonomia negocial – o que apenas poderia se afirmar diante de confirmação normativa –, tal circunstância, ainda assim, "seria insuficiente para defenestrar o negócio jurídico da seara processual, por se tratar de conceito lógico-juírico"[466].

Ademais, a especialidade da disciplina conferida pelo direito processual, em relação à generalidade daquela delineada pelo direito civil, servirá como critério de resolução de antinomias, sempre que o regulamento da matéria se der de modo incompativelmente divergente entre essas plurais searas.

De se assinalar que, no ordenamento jurídico germânico, igualmente, o regime a regular as convenções processuais revela-se híbrido, em que pese reconhecidas as diferenças entre negócios materiais e processuais[467].

Por fim, imperioso preconizar que, à semelhança dos negócios encetados no âmbito privado, os negócios processuais também e principalmente se submetem às regras e princípios decorrentes da Constituição, conferindo-se principal destaque ao núcleo de garantias mínimas a integrarem o modelo constitucional de processo[468].

2.3.1 Flexibilização procedimental

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a tutela jurisdicional passou a ser necessariamente adjetivada enquanto adequada, efetiva e tempestiva, consoante preconizam os incisos XXXV, LV e LXXVIII do art. 5º. Deixou-se, portanto, de compreender o direito à tutela jurisdicional como mera resposta do Poder Judiciário quando provocado, para passar a exigir desse que essa resposta seja dotada das mencionadas qualidades[469].

---

[466] GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 134.

[467] "Although procedural contracts are different from contracts in the field of substantive law, the rules on contracts provided for by substantive law are widely applicable by way of analogy". (KERN, Cristoph A. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 187).

[468] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 119.

[469] Cf.: DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias - O exemplo da propriedade fiduciária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.17, n.67, p. 129-186, jul./2016,p. 146.

Diante dessa exigência constitucional, a figura da flexibilização processual[470] emerge, não para suprimir a forma, em absoluto, mas para permitir que essa se organize de modo mais aderente às especificidades do direito material sob o qual de funda o litgio[471], admitindo-se que: "O procedimento sofre, assim, influência das peculiaridades do direito material"[472].

Com efeito, desponta no cenário processual a flexibilização procedimental, e sua consectária aplicabilidade ao caso concreto, como exigências fundamentais para a melhor consecução dos fins do processo, numa ótica instrumentalista dele[473].

A experiência legislativa se dá, na imensa maioria das vezes, enquanto um fenômeno de observação e descrição da realidade vivenciada – restando esparsas ocasiões em que atua pró-ativamente prescrevendo, permitindo ou proibindo condutas que ainda não tenham sido tentadas[474]. A legislação realiza o movimento de acompanhar os anseios e evoluções da sociedade. Contudo, seu movimento não é dotado da mesma celeridade com que a civilização se transforma[475], e diferentemente não haveria de ser, dado que a burocracia e envolver o processo legislativo consiste em garantia do devido processo legal. O

---

[470] "Vigora no particular o princípio fundamental da adequação, também chamado da adaptabilidade. O principal sustentáculo dessa ideia encontra-se, sem dúvida, na necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1116).

[471] "A absoluta ausência de requisitos legais quanto ao modo de ser do ato processual e do próprio procedimento leva à desordem e se apresenta como obstáculo ao escopo do processo. Por outro lado o formalismo cego e desmedido acaba levando às mesmas consequências, pois impede o desenvolvimento normal da atividade jurisdicional". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**. Vol. 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out-dez. 1990, p. 31).

[472] CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 57.

[473]Cf.: DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.955, p. 211-227, maio/2015, p. 214.

[474] "Ademais, para determinados casos, inexiste rito propriamente adequado a tutelar a pretensão deduzida, notadamente pela divergência temporal entre a evolução da sociedade e a criação da norma jurídica ". (DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.955, p. 211-227, maio/2015, p. 215).

[475] Nesse aspecto, interessante pontuar que nem toda transformação da sociedade consiste, a rigor, em evolução (nesse sentido, confira-se: COSTA; Pietro. **Soberania, representação e democracia: ensaios de história do Pensamento Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.), existindo um grave risco de, desse anacronismo ao avesso, resultarem leis disciplinando e até mesmo incentivando comportamentos não desejáveis ao desenvolvimento social-econômico-político da nação.

rigor de cada etapa envolvida no processo de criação de uma lei deve ser imperiosamente observado, com o fito de garantir o debate e a validade com que esse regramento ingressará no sistema normativo.

De outro vértice, o advento da era informacional digital e a sua complexa rapidez apontam a adaptabilidade como uma "ferramenta de ajuste necessário, em plena consonância com a modernidade e a velocidade galopante que a sociedade espera da Justiça"[476]. Logo, encarada a realidade legislativa que se extrai do cenário nacional, tem-se que os negócios jurídicos processuais atípicos[477] serão espaços de ensaio para o operador jurídico, onde esse, autorizado por lei[478], poderá experimentar fenômenos contemporâneos de nossa sociedade, sem necessitar aguardar longos anos para que o legislativo assuma alguma postura quanto a cada um desses experimentos em específico.

José Joaquim Calmon de Passos pontua a gritante diferença a acarretar morosidade ao processo, pois observa que: "ao legislador de direito substancial é defeso predeterminar comportamentos para os homens, no tocante a tudo quanto diz respeito aos seus interesses. Se assim o fizesse, acarretaria uma paralisia social". Já no que toca à seara do direito processual, o legislador: "não seleciona entre os comportamentos humanos aqueles os quais pretende emprestar relevância jurídica. Determina (...) uma única forma de comportamento, interditando todas as demais"[479].

Essa forma legislativa até então vigente na seara processual, já há algum tempo vinha apresentando notórios sintomas de falência. O anseio por efetividade torna-se gradualmente mais enfático, em tempos em que todos têm acesso ao Judiciário, mas ninguém tem acesso à tutela justa[480]-[481]. Consoante bem acentua Luiz Guilherme Marinoni:

---

[476] DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.955, p. 211-227, maio/2015, p. 224.

[477] "Todo regramento procedimental se alicerça em uma utilidade, em uma função para a busca do resultado final do processo. Cada ato tem uma função específica nesse processo e objetiva um determinado fim. Desta forma, os negócios processuais devem ser manejados para dar maior efetividade ao processo, preservando as suas garantias fundamentais". (DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.955, p. 211-227, maio/2015, p. 221).

[478] Observada a cláusula geral de negociação processual inserta no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, a qual, obviamente, foi fruto de todo o longo trâmite processual legislativo.

[479] PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 75.

[480] "O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo. Esta constitui fator de garantia do resultado e de segurança para as partes, não podendo ser objeto de culto". (DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios

> Ora, a legislação processual não pode obstaculizar a efetividade da tutela dos direitos. Como o juiz tem o dever de interpretar as regras processuais sempre a partir das necessidades do direito material e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabe a ele encontrar a técnica processual adequada à situação conflitiva concreta[482].

Com efeito, "se a forma não tem explicação teleológica, é destituída de fundamento. Exigir seu cumprimento significa render-se a exigências injustificáveis – o que não se coaduna com a visão moderna de processo"[483]. A observância da destinação originária da forma é primordial para que se possa compreender a operacionalidade do negócio jurídico processual. Uma vez que a rigidez procedimental foi criada enquanto uma garantia ao jurisdicionado[484] contra eventuais arbitrariedades cometidas por magistrados[485], resta claro que a forma consiste em instrumento para a consecução de fins ambicionados pelas partes, devendo, por esse motivo, serem elas aptas a amoldarem a forma de seu processo às peculiaridades de seu caso concreto[486]. Impedir tal

---

processuais e seus novos desafios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.955, p. 211-227, maio/2015, p. 222).

[481] "Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige que sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74).

[482] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 70.

[483] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 435.

[484] "A forma revela-se necessária como meio hábil a controlar a atividade estatal, evitando o arbítrio do magistrado na sua atuação e no eventual cometimento de ilegalidades". (DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.955, p. 211-227, maio/2015, p. 217).

[485] Tanto é que as normas processuais são normas cogentes e de ordem pública, cuja disponibilidade excepcional precisa estar expressamente estabelecida.

[486] "(...) desde que haja uma finalidade específica, o procedimento legal pode ser alterado para: (a) adequar-se à discussão do direito material deduzido em juízo; (b) dispensar a existência de formalidades que poderiam impor a realização de atos processuais desnecessários, irrelevantes ou inúteis; (c) proteger a parte hipossuficiente e melhor assegurar o equilíbrio entre os litigantes (exemplo da última hipótese é a flexibilização das regras rígidas acerca da preclusão em favor do necessitado, beneficiado com defesa técnica gratuita)". (CAMBI, Eduardo;

prática é que viria a representar uma arbitrariedade[487], descumprindo, justamente, o intuito legitimador da forma, tendo em vista que os jurisdicionados estariam exercendo o poder a eles outorgado pela lei e, antes dessa, pela Constituição.

Veja-se: o que se prega, por meio do emprego do acordo procedimental, não é a ausência de forma e, muito menos, a disponibilidade da garantia dos jurisdicionados contra as arbitrariedades estatais. O foco do instituto em comento intenciona, tão somente, possibilitar que a forma, que até então era rígida e estática, seja amoldável pelas partes, de modo a justamente auxiliá-las na consecução de seus objetivos perante a Jurisdição.

E nesse aspecto, imprescindível constatar que esse é justamente o objetivo da própria Jurisdição: pacificação social. Em outras palavras: ao propiciar o alcance dos fins buscados pelos litigantes, o negócio processual propicia, por consectário, o atingimento do fim precípuo da própria jurisdição, qual seja, a pacificação dos conflitos de direito material instaurados perante si em sub-rogação à auto-tutela, vedada dentro da sistemática de monopólio estatal da força (sanção)[488]. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acentua, a esse respeito, que o "Direito Processual, como fenômeno cultural, constitui produto exclusivo do homem, sendo por consequência inevitavelmente empolgado pelo conceito, um tanto fluídico, de liberdade"[489].

Nesse cenário de liberdade é que floresce a flexibilização procedimental, a qual já foi tentada, anteriormente, por outros ângulos. Inicialmente, pela criação legislativa dos procedimentos especiais[490]-[491],

---

NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 228).

[487] "Mais do que saber quando deve agir, é importante que o magistrado saiba quando deve recuar para dar espaço ao Legislativo e ao Executivo e também ao titular do poder – o povo, mesmo que com eles não concorde. Eis a beleza da democracia". (MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do juiz Hércules: desafios da magistratura brasileira no contexto da Lei 13.105/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.250, p. 437-460, dez./2015, p. 458).

[488] "Com isso, nota-se a clara realidade da adequação do procedimento às necessidades das partes, objetivando a operação do procedimento de forma mais efetiva possível, regida pela vontade das partes e em plena concordância com o valor supremo do devido processo legal". (DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.955, p. 211-227, maio/2015, p. 220).

[489] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.27, jan. 2003, p. 22-51, p. 22.

[490] "À adaptação do procedimento às necessidades da causa, opõe-se a adequação in abstrato, de responsabilidade do Poder Legislativo, exercida, por exemplo, quando da previsão de procedimentos especiais, criados para contemplar hipóteses determinadas pelo legislador". (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código

os quais buscam fornecer uma tutela diferenciada de acordo com o direito material que se busque proteger[492]. Mencionados institutos, no entanto, não logram o êxito de conseguir abarcar todas as plurais situações de crise de direitos materiais possíveis, reafirmando a insuficiência do dogma de que ao legislativo incumbiria prever todas as possibilidades normativas decorrentes da riqueza da vida[493]-[494]-[495].

Ato contínuo, a doutrina passou a trabalhar com a ideia da adequação do procedimento pelo magistrado[496], contudo, mencionada

---

de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 221).

[491] "O processo deve, como se sabe, ser adequado à realidade de direito material, valendo dizer que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado. É preciso, enfim, haver uma adequação do processo às particularidades do caso concreto. Por essa razão, existem vários procedimentos especiais, estruturados em virtude das peculiaridades do direito material. Significa que a tutela jurisdicional pleiteada pela parte autora há de ser proferida em procedimento adequado à satisfação do interesse material ou do direito subjetivo a que se visa proteger. Assim, caso o direito material de que a parte alegue ser titular contenha alguma nota particular ou revista o timbre de direito especial, a lei, via de regra, confere-lhe um procedimento igualmente especial. O procedimento sofre, assim, influência das peculiaridades do direito material". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 52).

[492] Art. 327, § 2º do Novo CPC permite a incorporação de módulos de procedimentos especiais no bojo do procedimento comum.

[493] "Nesse sentido, o legislador pode dar à parte ou ao magistrado o poder de adotar, entre várias, a técnica processual que reputar adequada às suas necessidades, ou ainda o poder de utilizar técnica processual que dependa da demonstração de determinada circunstância capaz de ocorrer no caso concreto. (...) Regras como essas, obviamente, permitem quase que a construção de um procedimento adequado ao caso concreto". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**, vol. III. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 50-54).

[494] "Como é impossível que o ordenamento jurídico preveja procedimentos específics a cada caso concreto, até mesmo ante à dinamicidade das relações, os negócios jurídicos processuais tendem a ajustar o procedimento às peculiaridades da demanda, inclusive como instrumento de acesso à justiça". (HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.260, p. 49-71, out./2016, p. 67).

[495] "Tutti sanno, infatti, che esistono vari processi, la cui disciplina normativa varia nel tempo e nello spazio per effetto di una pluralitá di fattori storici, economici, culturali e soprattutto politici". Tradução livre: Sabe-se, de fato, que há vários processos, cuja disciplina legislação varia no tempo e espaço para realizar uma pluralidade de fatores históricos, econômicos, culturais e, especialmente, políticos. (TARUFFO, Michele. Idelologie e teorie dela giustizia civile. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.1, p. 293-304, jan./jun. 2015, p. 294).

[496] Nesse sentido, conferir: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008.

iniciativa foi encarada de modo temerário, vez que esse poderia ser acusado de carecer de legitimidade para tanto[497]-[498].

Nesse cenário, emergiu o art. 190 do CPC/2015, através do qual a flexibilização procedimental é realizada pelas próprias partes. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidero acentuam que o instituto rompe com a rigidez: "dos procedimentos especiais antigos e da pretensão ao procedimento único liberal, para entregar aos protagonistas do processo a possibilidade de adequar o procedimento ao caso concreto"[499].

Diante desse contexto, de se analisar a legitimidade dos jurisdicionados para transacionarem acerca das regras processuais ou, ainda, criarem novas, aspecto que sofrerá exame no tópico 4.1.1.1.

2.3.2 Cláusula geral e termos indeterminados

[497] Marco Paulo Denucci di Spirito assevera que possivelmente a adequação pelo magistrado não foi assimilada pela prática jurídica eventualmente por se "pressupor que haveria um *déficit* de legitimidade na ideia de o julgador adaptar o procedimento às necessidades concretas de tutela". (DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias - O exemplo da propriedade fiduciária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.17, n.67, p. 129-186, jul./2016,p. 148).

[498] Carlos Alberto de Oliveira ostenta entendimento contrário à ideia de flexibilização procedimental procedida pelo juiz, acreditando que essa "poderia fazer até periclitar a igual realização do direito material, na medida em que a discrição do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito. Não bastasse isso, se constrangido o órgão judicial de cada processo a elaborar para o caso concreto, com grande desperdício de tempo, os próprios princípios com a finalidade de dar forma ao procedimento adequado, permaneceria inutilizável o tesouro da experiência colhida da história do direito processual". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 8). Ainda do mesmo autor: "Tal solução transferiria ao órgão judicial o poder de criar a seu bel prazer, caso por caso, a regra processual mais apropriada para o desenvolvimento do procedimento, conduzindo a total indeterminação e imprevisibilidade. Incrementar-se-ia, assim, de forma totalmente desnecessária, o arbítrio do poder estatal dentro do processo. Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica, sem falar do eventual menosprezo ao nexo entre o direito material e o processual". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.27, jan. 2003, p. 22-51, p. 23).

[499] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**, vol. III. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 54.

A leitura conjunta dos artigos 190 e 200 indica a adoção[500] pelo ordenamento jurídico de uma cláusula geral de convencionalização processual, a qual, por sua vez, possui em sua redação e em seu entorno[501] uma série de outras cláusulas gerais e termos indeterminados[502] com textura aberta.

Tecnicamente, a cláusula geral é definida como um texto normativo cujo antecedente (hipótese fática) é formado por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado, havendo, consequentemente, indeterminação em ambos extremos da estrutura lógico-normativa[503].

Os termos indeterminados, em contrapartida, possuem texto vago a necessitar de interpretação, mas difenrenciam-se das cláusulas gerais por já possuírem uma solução jurídica prevista em lei[504].

Trata-se de uma escolha legislativa[505], visto que, ao se adotar uma linguagem fluida a comportar amplo campo semântico[506], possibilita-se

---

[500] Adoção essa, no entanto, que não representa uma novidade trazida pelo ordenamento, na medida em que o artigo 200 já possuía correspondente na vigência do Código anterior- artigo 158-, ao qual, contudo, não se empregava notável eficácia. "Re produzindo o disposto no art. 158 do CPC/1973, o art. 200 do CPC/2015 dispõe que 'os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais". Daí já se poderia construir o princípio da atipicidade dos negócios processuais, concluindo que é possível qualquer tipo de negócio entre as partes ou entre estas e o juiz". (CUNHA, Leonard o Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 52).

[501] Por entorno entenda-se os limites a circundarem a possibilidade de livre pactuação procedimental, a serem analisados detidamente no capítulo seguinte.

[502] Eros Roberto Grau acentua que a denominação "conceitos indeterminados" é equivocada, visto que, se há indeterminação, não há conceito. (Cf.: GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 157).

[503] Cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 71.

[504] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 79).

[505]"A utilização da técnica da cláusula geral não é novidade. Os civilistas, desde muito, utilizam-na no direito contratual. Os contratos típicos, como compra e venda, locação, mandato, mútuo, prestação de serviços, entre outros, convivem com a possibilidade de celebração de contratos atípicos, conforme permissão do art. 425 do CC". (MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 77).

[506] "Cláusula geral é espécie de texto normativo caracterizado pela abertura quanto à hipótese fática e quanto à consequência jurídica". (BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade

uma maior oxigenação do sistema e perpetuação da eficácia da norma, já que a um mesmo signo podem vir a ser atribuídos diferentes significados em distintos contextos ou momentos históricos[507].

Daniel Mitidiero[508] pontua o necessário equilíbrio entre a técnica aberta e a técnica casuística, diferenciando, ainda as espécies normativas integrantes da primeira categoria:

> No Estado constitucional, o legislador redige as suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências jurídicas na própria proposição (técnica aberta). Como facilmente se percebe, entram no segundo grupo os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais – os primeiros como espécies normativas em que, no suporte fático, há previsão de termo indeterminado e há consequências jurídicas legalmente previstas; as segundas, como espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas no próprio enunciado legal.

Nada obstante, mesmo quando o legislador intenciona definir com precisão determinada tipificação de conduta ou categoria jurídica (técnica casuística), insofismavelmente deixa alguma margem à interpretação do leitor. Como enfatizado por Eros Roberto Grau[509]: "o mesmo texto é claro ou dúbio, segundo os contextos concretos do seu uso".

---

extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 343).

[507] "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 conduta não previstos legislativamente (...)". (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 72).

[508] MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014, p. 53.

[509] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 30-31.

Em ambos os casos, ao magistrado é atribuída a função de empregar significado ao texto legislativo no caso concreto submetido à apreciação jurisdicional[510]. Em outras palavras: efetuar a concretização da norma, desenvolvendo-a[511].

Tal espaço, contudo, amplia-se sobremaneira quando a interpretação dirigi-se a cláusulas gerais e termos indeterminados. Isso porque "o método da subsunção do fato ao enunciado normativo, próprio e útil para os casos de textos normativos típicos e fechados, revela-se insuficiente para a aplicação de cláusulas gerais"[512].

Acerca da temática, Karl Larenz[513] acentua:

> Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de 'generalizar' o caso; tem também de 'individualizar' até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua atividade não se esgota na 'subsunção'. Quanto 'mais complexos' são os aspectos peculiares do caso a decidir, tanto mais difícil e mais livre se torna a atividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência de mera subsunção.

Com efeito, os ordenamentos jurídicos contemporâneos tendem a combinar enunciados normativos abertos com fechados, na expectativa de alcançar, concomitantemente, segurança jurídica[514] e concreção de justiça[515]. Na busca por esse segundo objetivo é que Fredie Didier Jr.[516]

---

[510] "Cabe ao aplicador da norma identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a consequência jurídica que dele será extraída". (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 71).

[511] "(...) a interpretação do direito é constitutiva, não simplesmente declaratória. Vale dizer: não se limita – a interpretação do direito – a ser mera compreensão dos textos, da realidade e dos fatos. Vai bem além disso". (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 31).

[512] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 73.

[513] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150.

[514] "O homem necessita de segurança jurídica para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257).

[515] "(...) são duas as forças que, em direções opostas, percorrem o direito: uma tendente à rigidez, outra à elasticidade. E duas são as exigências fundamentais que nele se manifestam: (i) a da certeza e liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e (ii) a da sua contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação". (GRAU, Eros Roberto.

pontua que "As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como 'pontos de erupção da equidade'"[517].

É necessário ter em mente, portanto, a atividade judicial realizada por meio da concreção das cláusulas gerais para o exame dos negócios processuais, mormente na sua modalidade atípica, representada por uma cláusula geral que se utiliza, em sua redação, de conceitos abertos tais quais "direitos que admitam autocomposição", "inserção abusiva", "manifesta situação de vulnerabilidade", dentre outras lacunas semânticas encontradas na redação do artigo 190 e seu parágrafo único. Para além dessas, necessário destacar ainda inúmeros outros conceitos vagos e indeterminados a circundarem o instituto, quando da análise de quais os limites impostos pelo ordenamento jurídico à prática negocial processual.

Realizadas essas conjecturas, passa-se ao exame, em linhas gerais, de como se processará essa atividade judicial em relação aos negócios processuais, sendo pertinente, antes, proceder a uma breve análise acerca da discricionariedade judicial.

2.4 CONCRETIZAÇÃONORMATIVA

Fruto da Revolução Francesa[518] e sua inerente separação dos poderes, o modelo codicisista – adotado pelo Brasil – reserva ao juiz a função de tão somente realizar uma operação de silogismo dos fatos à

Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 41)

[516] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 73-74.

[517] Eros Roberto Grau, no entanto, apresenta posicionamento crítico à equidade, aduzindo: "Para flexibilizar a rigidez do direito moderno, a burguesia (= o Terceiro Estado) inicialmente lançou mão das ordenanças de necessidade (= os regulamentos) e da discricionariedade, concebida ambiguamente, não apenas como formulação de juízos de oportunidade. Posteriormente, a dissociação entre texto e norma abriu novos horizontes para essa flexibilização, ainda insuficiente, no entanto, para tanto. Era necessário reintroduzir no sistema a equidade, que a substituição da vontade do rei pela objetividade da lei suprimira". (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 122).

[518] O Código Civil francês data de 1804.

norma e aplicá-la – juiz boca de lei, nos termos de Montesquieu[519]–, sendo o magistrado proibido de interpretá-la[520].

Com o advento do século XX[521], contudo, aceitou-se que a mera descrição da norma era utópica, dado que o texto normativo é exteriorizado pela linguagem, tornando-se, portanto, ambíguo e impreciso na mesma medida em que essa o é[522]. Por consectário, para aplicar a lei, o juiz, necessariamente, terá de interpretá-la, atribuindo-se nova função a ele, o qual passa a ser considerado o intéprete autêntico da norma.

O reconhecimento do fenômeno autopoiético do Direito é explicado por Hans Kelsen nos seguintes termos[523]:

> Todo ato de execução ou de aplicação (dois termos equivalentes) compreende, ao lado dos elementos que já estavam contidos na norma que ele executa ou aplica, novos elementos que lhe são próprios e que se somam aos elementos anteriores da ordem jurídica. Dizer que um ato é um ato de execução ou de aplicação de certa norma é dizer unicamente que ele a concretiza ou que a individualiza: aplicar e executar uma norma não é simplesmente reproduzi-la, é acrescentar a ela algo que ela não continha. É nisso que consiste o processo de criação de todo o direito, que vai da elaboração da Constituição à execução material, fim do sistema do direito, fato material e não norma, graças à qual o direito, entrando em contato com a realidade social, nela se insere.

O texto normativo passa a ser considerado apenas uma fração da norma, a qual será revelada, no quadro da realidade contemporânea, por

---

[519] "Os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor". (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. **O espírito das leis**. vol. XI, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 123.)

[520] O conceito clássico de Jurisdição era arraigado a essa premissa, visto que a concebia como atividade substutiva do Estado-juiz que atuava revelando a vontade concreta da lei. Cf.: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: volume I: as relações processuais, a relação ordinária de cognição. Campinas/SP: Bookseller, 1998, p. 8.

[521] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 189.

[522] Cf.: SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set./2016, p. 67.

[523] KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.

meio da interpretação a ele conferida pelo magistrado[524]. Em razão dessa estrutura hermenêutica, o significado conferido a um mesmo texto normativo diverge de acordo com a realidade social e cultural da época em que a interpretação ocorre. As variantes tempo e espaço atuam sobre o direito, tornando-o "um organismo vivo; peculiar, porém, porque não envelhece nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa a sua força, o seu fascínio, a sua beleza"[525]. Eros Roberto Grau acentua a participação do contexto fático e social na elaboração da norma:

> Fato é que não se interpreta a norma: a norma é o resultado da interpretação. E, mais, a interpretação do direito é a interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade[526].

Assim, no Estado Constitucional "se assume a separação entre texto e norma – o legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários"[527]. Cai por terra o dogma da subsunção, na medida em que "a interpretação não é mera dedução dele [texto], mas, sim, processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos"[528].

---

[524]"Partindo do texto normativo, no quadro da realidade contemporânea à interpretação, alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. O texto normativo é uma fração da norma – aquela absorvida pela linguagem jurídica – mas não é, ainda, a norma. Pois não se reduz à linguagem jurídica. Abrange todos os elementos e situações do mundo da vida, tal como se manifestam no momento de sua aplicação". (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33).

[525] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94.

[526] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 16.

[527] MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014, p. 53.

[528] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94.

Também para Loïc Cadiet[529] a decisão jurisdicional é uma norma em uma forma, ou, como dizem os civilistas, "uma negociação em um instrumento".

Com efeito, o alargamento dos poderes magistrais se operou em decorrência do constitucionalismo, o qual aproximou o que era visto como "criação" do direito da interpretação judicial[530].

No entanto, imprescindível pontuar que essa interpretação não cria, propriamente, o direito, mas sim o desenvolve a partir do texto normativo, esse sim, criado pelo legislador. Trata-se de um ato complexo de produção normativa, a ser iniciado pela redação e finalizado pela interpretação, tomando-se em conta, para essa, o contexto em que inserida a norma.

Observado esse panorama, exsurge a temida ligação entre a interpretação realizada pelos juízes no momento de concretização da norma e a discricionariedade judicial.

Eros Roberto Grau[531] nega a existência de discricionariedade por parte dos magistrados quando do processo interpretativo, assinalando que esses não realizam juízos de oportunidade, mas sim de legalidade. Nada obstante, reconhece que na formação dos juízos de legalidade o magistrado impreterivelmente será guiado pela sua liberdade de pensamento.

Em verdade, observa-se que o que parte da doutrina intitula de discricionariedade, seria essa liberdade de pensar, e não a acepção do termo dentro da lógica típica de Direito Administrativo – oportunidade e conveniência da prática do ato. Com efeito, o juiz não atua, absolutamente, de acordo com a conveniência – se assim o fizer, estará ferindo seu dever de imparcialidade, inclusive. O magistrado não escolhe uma interpretação ou outra de acordo com sua vontade, mas sim de acordo com a "vontade" do Estado Constitucional, o qual prima pelo alcance da tutela justa.

---

[529] CADIET, Loïc. La qualité de la norme juridictionnelle. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 181, mar. 2010, p. 141-142.

[530] "Uma dessas marcas é a transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes". (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 69-70).

[531] Cf.: GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 89-90.

Em que pese se reconheça a insofismável presença da discricionariedade judicial – compreendida enquanto liberdade de pensamento do intérprete autêntico –, importa ter em mente que o próprio ordenamento jurídico a lhe dar ensejo também a limita. Veja-se: consoante clássica obra de Hans Kelsen[532], as normas integrantes de uma determinada ordem jurídica se apresentam de forma escalonada, permitindo a autopoiese do Direito na medida em que ele regula sua própria criação. Isso porque as normas jurídicas se dividem entre normas de conduta e normas de estrutura, vindo as últimas a regular os procedimentos a conferirem validade às primeiras. Um exemplo extremo ajuda a elucidar a questão: ainda que houvesse norma a disciplinar que o juiz pode decidir de acordo exclusivamente com seu arbítrio, esse apenas poderia exercitá-la quando competente para tal, sendo que sua competência é regulada em normas estruturais. Impõe-se, então, um esquadrinhamento ao arbítrio judicial[533]. Assim sendo, todo texto que sofrerá a incidência da interpretação do magistrado já contém, em si, um esquadrinhamento, dentro do qual esse, observando a realidade de seu tempo, definirá a norma.

Eros Roberto Grau[534] enfatiza, nesse aspecto, que os juízes não criam direito, mas o produzem, completando o trabalho do legislador: "os juízes produzem direito em e como consequência do processo de interpretação."[535]-[536].

Ademais, de se pontuar que a interpretação cogniscitiva[537] auxilia na delimitação do esquadrinhamento trazido pelo texto, isto é, delimita a área sobre a qual recairá interpretação decisional. A interpretação

---

[532] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 265.

[533] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 195.

[534] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25.

[535] Em sentido contrário, Marcos Bernardes de Mello entende que: "(...) nem as decisões judiciais nem os negócios jurídicos podem criar qualquer tipo de norma". (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 189).

[536] No mesmo sentido: "A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica". (GADAMER, Hans-Georg *apud* NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 196).

[537] A qual se encarrega de descrever o significado de uma determinada expressão, diferindo da interpretação decisional, a qual atribui um significado a determinada expressão em detrimento de outros significados possíveis. (Cf.: GUASTINI, Ricardo *apud* NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 190).

cogniscitiva não esgota o processo hermenêutico, mas também não resta excluída dele, na medida em que observada a existência de significados prévios à apreciação jurisdicional[538]. Veja-se: "dia" não pode ser interpretado como "noite"; "60 dias" não podem ser compreendidos como "60 horas". Como referenciado por Humberto Ávila[539]: "a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação". Assim sendo, mesmo quando houver emprego de vagueza ou ambiguidade na redação de texto normativo, já existirão algumas diretrizes gerais a limitarem, em alguma medida, a discricionariedade do magistrado.

Por fim, a fundamentação atua enquanto limite à discricionariedade judicial, tendo em vista que o magistrado necessita sempre justificar racionalmente a sua tomada de decisão com aparato no ordenamento jurídico[540].

2.4.1 Juiz e negócios processuais

Consoante mencionado alhures, a interpretação cognoscitiva integra o processo hermenêutico, de modo a previamente excluir o emprego de determinados sentidos ao termo analisado.

Assim sendo, partindo-se da premissa que o artigo 200 do Código de Processo Civil de 2015 expressamente consigna que os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, indiscutível a desnecessidade de homologação judicial para que os negócios processuais atinjam o plano da eficácia.

A homologação judicial, portanto, apenas atuará enquanto condição suspensiva no plano da eficácia – para que negócios processuais firmados entre as partes emanem efeitos – quando a norma expressamente prever a necessidade de homologação. Tal fenômeno, contudo, apenas será observado quando se tratar de negócio processual

---

[538] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 198.

[539] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.

[540] Julio Guilherme Müller, citando José Carlos Barbosa Moreira, enfatiza que o controle da atividade jurisdicional se dá por meio da fundamentação. (Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 41).

típico, vez que as redações dos artigos 200 e 190 não acondicionam a eficácia à homologação judicial. Tal acondicionamento da eficácia é, portanto, exceção, visto que a disposição dos artigos mencionados prescreve eficácia imediata para os negócios atípicos entabulados pelas partes[541]. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira[542] afirma que: "A eficácia é, em regra, imediata, independente de homologação da convenção pelo juiz"[543].

Com efeito, há espécies de convenção que bastam, por si só, para surtir efeitos, a exemplo da desistência do recurso, a qual automaticamente produz o efeito de transitar em julgado de imediato a decisão recorrida[544].

Já em outros casos, em que norma condicione a recepção eficacial do negócio ao consentimento judicial, a homologação será determinante para que se atinja o plano da eficácia[545]. Enquanto exemplo de eficácia condicionada à homologação judicial, tem-se a desistência da ação posteriormente à citação[546]-[547].

---

[541] "Exigir a homologação da convenção pelo juiz é insistir no antigo modelo publicista, no qual todo e qualquer tipo de ato é controlado integralmente pelo juiz". (MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 167).

[542] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 89.

[543] "Em geral, para que os negócios processuais produzam efeitos, a homologação ou o deferimento pelo magistrado não são necessários. Uma vez celebrados, produzem efeitos imediatos". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 61).

[544] Negócio jurídico processual unilateral (Cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil** (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), v. 05, 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 335.)

[545] Victor Vasconcelos Miranda entende que os negócios jurídicos processuais: "não estão imunes ao controle jurisdicional. Os espectros de abrangência bem como a disposição procedimental relacionadas aos negócios jurídicos processuais se submetem ao crivo do judiciário no controle de validade e mesmo de eficácia". (MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.112, n.423, p. 424-320, jan./jun. 2016, p. 307).

[546] "A exigência de homologação não subtrai da desistência da ação sua natureza negocial. Trata-se apenas de uma condição legal para a produção de efeitos. O negócio já existe com a manifestação da vontade e, se já apresentada a contestação, com a concordância do réu; apenas seus efeitos só se produzem com a homologação. Não se deve confundir o plano da existência com o da eficácia. A lei pode ser mais rigorosa na disciplina do negócio jurídico, ou submetê-lo a controle, ou exigir determinada condição. Isso não afasta a natureza negocial da manifestação da vontade de desistir da ação. A parte pode escolher a categoria jurídica, o que já é suficiente para que se tenha aí um negócio jurídico". (CUNHA, Leonardo Carneiro.

Antonio do Passo Cabral entende que as convenções processuais se caracterizem justamente em serem aptas a surtir efeitos sem a necessidade de homologação judicial, reconhecendo, no entanto, que elas "vez ou outra, terão sua eficácia condicionada, seja quando a lei excepcionalmente previr a homologação como *conditio juris* (...), seja quando as próprias partes submeterem suas convenções a condições"[548].

Assim, é importante assinalar que o magistrado não analisará a conveniência da pactuação[549], restringindo-se ao plano da validade, o qual, contudo, compreende limitações derivadas dos três planos a regularem o instituto – legislação civil, processual e constitucional. Ao magistrado competirá realizar o controle de validade da pactuação e, inexistindo máculas, "deverá aplicar as regras convencionadas imediatamente, sem a necessidade de um pronunciamento homologatório próprio, salvo disposição legal em contrário"[550].

Nesse viés, de se acentuar a existência de entendimento doutrinário[551] no sentido de que, uma vez que ao magistrado é atribuído o dever de realizar o controle da pactuação, certamente não pode ele compor o negócio jurídico, isto é, figurar como parte, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade, a qual, inclusive, consiste em uma garantia à isonomia do processo jurisdicional.

Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell aduz que a circunstância de efetuar o controle da pactuação:

Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 44).

[547] "(...) enquanto não homologada, podem ela e a concordância do réu ser revogadas unilateralmente, pois sua eficácia depende dessa homologação, não havendo qualquer situação jurídica definitivamente consolidada antes dela". (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 26.

[548] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 65).

[549] "(...) não é possível negar eficácia a um negócio processual, não sendo adequado o juiz dele discordar ou entender que não seria conveniente ou apropriado". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55). No mesmo sentido, confira-se: DIDIER JR., Fredie. Art. 200 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 319

[550] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das Convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 230.

[551] Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 223-224.

> (...) não faz do juiz um sujeito do negócio: dele não emana declaração de vontade constitutiva do negócio e, a rigor, nem é caso de o juiz "homologar" o ato das partes. Não há previsão legal para isso; o que é rigorosamente correto porque não há o quê homologar, mas simplesmente observar e efetivar[552].

Com efeito, concorda-se que "mesmo quando há discricionariedade, não significa que exista autonomia ou liberdade negocial"[553] para o magistrado. Contudo, quando a convenção processual interferir em poderes, deveres e faculdades do juiz, o negócio somente se perfectibilizará se esse, baseado em um juízo discricionário, concordar com a pactuação. Ainda assim, ele não será parte da convenção, pois não titulariza situações processuais em nome próprio, mas sim em nome do Estado. Assim, não pode dispor de situação alguma. A concordância do magistrado atuará no plano da eficácia somente, e não da existência ou validade da pactuação[554].

Tome-se como exemplo a possibilidade de saneamento consensual disciplinada pelo § 2º do artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015, o qual assim preceitua: "As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz".

Perceba-se que convenções versando acerca da delimitação das questões fáticas e jurídicas sobre as quais recairá a cognição judicial

---

[552] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 67.

[553] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 225.

[554] Cf.: DIDIER JR., Fredie. Art. 200 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 319. Em sentido contrário: "Não há nada, porém, que impeça que as partes celebrem um negócio processual atípico com o juiz. É possível, então, um negócio processual plurilateral, celebrado entre o autor, réu e juiz". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 54). Ainda: DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 294.

consiste em aspecto a impactar fortemente a atividade do magistrado, enquanto potencial óbice ao alcance do principal escopo da jurisdição: a tutela justa[555]. Consoante prega Michele Taruffo[556], estranha a ideia de que as partes disponham sobre o fato que foi alegado, "como se a verdade dos fatos se pudesse 'dispor', com um negócio assim eficaz a vincular o juiz a ter por verdadeiro aquele fato sem nem 'convencer-se da sua existência'".

Acerca do fator verdade, Daniel Mitidiero[557] delineia:

> A verdade deve ser compreendida a partir da ideia de correspondência, de modo que uma proposição é verdadeira se ela corresponde à realidade. Daí que a verdade é ao mesmo tempo objetiva – existe fora do sujeito que a investiga – e relativa – o conhecimento que dela se pode obter normalmente é fundado em um retrato aproximado da realidade. A decisão será tanto mais justa quanto maior for a abertura do processo para a busca da verdade.

Eros Roberto Grau[558], por sua vez, defende a inexistência de verdades absolutas, visto que os fatos são definidos de acordo com a pré-compreensão que o sujeito possua acerca deles, dentre outros fatores:

> Além de não descrevermos a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade, (2a) essa mesma realidade determina nosso pensamento, e (2b) ao descrevermos a realidade, essa descrição será determinada (i) pela nossa pré-compreensão dela (= da realidade) e (ii) pelo lugar que ocupamos ao descrever a realidade (=nosso lugar no mundo,

---

[555] "O acesso à decisão justa, por meio de um processo adequado, efetivo e tempestivo, constitui direito fundamental daqueles que postulam a prestação jurisdicional". (OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 428).

[556] TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 8, v. XIII, p. 634-657, jan/jun de 2014, Rio de Janeiro, p. 652. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928 acesso em 20/08/2016.

[557] MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014, p. 66.

[558] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 57.

> lugar desde o qual pensamos). Por isso, caberá aqui tudo o que mais adiante for dito sobre pré-compreensão. Podemos afirmar, assim, que também no que tange aos fatos não existe, no direito, o verdadeiro. Inútil buscarmos a verdade dos fatos.

Nada obstante o mencionado autor discordar da existência de uma verdade real a ser capturada pelo julgador, ele igualmente enfatiza que os fatos percebidos pelo intérprete autêntico[559] é que irão compor a norma: "Esses fatos, como são percebidos pelo intérprete, é que informarão/conformarão a produção/criação da norma"[560].

Logo, de se concluir que, independentemente da acepção de verdade que se tenha, a interferência convencional das partes no material fático entregue ao intérprete autêntico importa em grave repercussão, uma vez que será ele quem produzirá a norma e, por conseguinte, a norma de aplicação. Com efeito, o convencimento motivado não consiste apenas em um dever do magistrado, mas também em um poder[561] seu, na medida em que titulariza uma situação processual – em nome do Estado – em que pode promover atos em busca dele sem que às partes seja legítimo opor resistência – a exemplo da determinação de que se produza determinada prova de ofício, com o fito de esclarecer questão ainda obscura[562].

---

[559] Expressão cunhada por Hans Kelsen para designar o órgão estatal aplicador do direito. Para o autor, a interpretação autêntica seria criadora de normas individuais, enquanto a interpretação cognoscitiva seria a exercida pelos destinatários das normas – possibilidades interpretativas dentro da moldura kelseniana. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 392-395).

[560] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 57.

[561] "(....) a concepção de que o juiz, no processo civil, contenta-se com a verdade formal e no processo penal com a verdade real soa completamente ultrapassada. Também se revela absolutamente inaplicável, hoje, a máxima *iudex iudicare debet secundum allegaba et probata parium* (apesar de continuar ser comumente invocada em doutrina), haja vista que a lei impõe ao juiz o poder(-dever) de atuar de ofício na instrução probatória, não se cingindo apenas àqueles elementos trazidos pelas partes". (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**: atualizado de acordo com a nova Reforma Processual: Leis nº 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006, p. 239)

[562] "Os poderes instrutórios do juiz "escapam ao objeto lícito convencional das partes, por se tratarem de regra de ordem pública que impõe ao Estado-Juiz o dever--poder de procurar a verdade e de zelar por um processo justo. Tal hipótese, contudo, não se confunde com a possibilidade das partes convencionarem sobre os seus poderes e ônus em relação à prova, ou mesmo no que diz respeito ao procedimento para a produção probatória. Trata--se, na realidade, de poderes concorrentes (do juiz e das partes) que não se excluem necessariamente e que, por isso, podem sim ser fracionados ou tratados autonomamente". (MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual:**

Ademais, qualquer intenção de ocultação das ocorrências fáticas revela-se contrária ao modelo cooperativo de processo. Daniel Mitidiero[563] assinala que, do ponto de vista ético, o processo colaborativo se pauta pela busca: "tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva".

Por fim, o legislador empregou a partícula "se" previamente a "homologado", claramente designando a possibilidade de negativa por parte do juiz em emprestar eficácia à pactuação típica que se toma por exemplo[564].

Assim sendo, fica claro que a homologação judicial, quando expressamente requisitada pela lei, consiste em elemento dotador de eficácia do negócio jurídico. Contudo, mesmo nessas hipóteses, o juiz não integrará o negócio processual. Sua vontade não se funde às demais, tendo em vista que ele não expressa sua vontade individual, mas apenas analisa a viabilidade da convenção de acordo com os fins jurisdicionais[565].

Em que pese o juiz não se vincule à pactuação – na medida em que não manifesta sua vontade em aderir a ela –, ele está atrelado a ela por heterovinculação. Isto é, apesar de não participar dela, está vinculado a lhe emprestar efetividade em razão do ordenamento jurídico assim lhe prescreverer expressamente. O magistrado deve, portanto, conferir aplicabilidade às convenções processuais, recusando-lhes aplicação tão somente quando essas forem inválidas, realizando o controle de seu conteúdo.

Esse controle, contudo, é complexo, pois não se limita somente à observância aos requisitos de validade elencados na legislação híbrida

---

análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 151).

[563] MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.2, p. 83-97, jul./dez. 2015, p. 87-88.

[564] "Perceba-se, ainda, que o legislador utilizou a partícula "se" antes de "homologado", o que denota, claramente, a hipótese do juiz não homologar o saneamento consensual, que depende de emissão volitiva sua para que haja eventual vinculação ao seu espectro de atuação no processo, na medida em que será possível, pelo saneamento consensual, retirar do magistrado ou restringir a apreciação de elementos essenciais ao seu convencimento". (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.246, p. 219-238, ago./2015, p. 235).

[565] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 150.

entre direito processual e civil, mas também, e principalmente, aos ditames constitucionais a regerem o processo civil[566].

Consoante anotam Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[567]:

> (...) além de controlar de ofício a validade dos acordos processuais nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em caso de manifesta vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único), tem o juiz de controlar a validade dos acordos à luz do direito fundamental ao processo justo – do contrário, o processo estatal corre o risco de se converter em uma simples marionete de interesses quiçá inconfessáveis, transformando-se a Justiça Civil e a pretensão de justiça a ela inerente em um pálido teatro em cujo palco representa-se de tudo em detrimento de uma decisão justa fundada na verdade dos fatos.

Muitos deles, consoante se observará nos derradeiros capítulos, necessitarão de análise casuística do magistrado, calcado nas técnicas de razoabilidade e proporcionalidade, para confirmar a preservação da materialidade da garantia constitucional, de modo que o papel desempenhado pelos magistrados, em relação às convenções processuais, embora não delas participem, é fundamental à efetividade das mesmas.

---

[566] Marcos Youji Minami realiza interessante metáfora com a mitologia grega, equiparando o controle dos negócios processuais pelo magistrado ao desafio incumbido à Hercules em trazer o cão cérebro do mundo dos mortos para a terra: "'A última façanha de Hércules era conduzir o cão Cérebro, animal terrível de três cabeças, do mundo dos mortos para a terra. Hércules desceu ao Hades, acompanhado de Mercúrio e Minerva. Lá chegando, realizou um negócio com Plutão que o autorizou a levar Cérebro ao mundo superior, contando que conseguisse isso sem se valer de armas'. Um dos grandes desafios dos juízes no Código de Processo Civil de 2015 é compreender e saber conduzir a possibilidade de as partes disporem sobre o procedimento em si. Isso porque tradicionalmente, apenas excepcionalmente a autonomia das vontades interferia no procedimento. Negócios processuais típicos nãp são novidade no processo brasileiro. O exemplo disso é a possibilidade de eleição de foro. Mas o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novo paradigma ao processo, trazendo uma cláusula geral de negócio jurídico processual, conferindo grande liberdade aos litigantes no que diz respeito ao procedimento". (MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do juiz Hércules: desafios da magistratura brasileira no contexto da Lei 13.105/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.250, p. 437-460, dez./2015, p. 456).

[567] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. II. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 117.

No mesmo sentido, Nida Saleh Hatoum e Luiz Fernando Bellinetti acentuam que "caberá aos Tribunais impor limites à celebração dos negócios jurídicos processuais, tanto em razão do objeto quanto em razão do seu alcance"[568].

A confirmação empírica acerca da premissa presentemente firmada evidencia-se quando se observa que o inadimplemento da convenção pelas partes somente poderá ser sanado pela conduta do magistrado, consoante se verá no tópico seguinte.

2.4.1.1 Inadimplemento

À semelhança de qualquer outra convenção, a processual também pode ser inadimplida, isto é, uma das partes pode, nada obstante ter firmado o pacto consentindo com os efeitos por ele acordados, deixar de praticá-lo, ou, ainda, agir contrariamente a ele – *vinire contra factum proprium*.

José Carlos Barbosa Moreira assinala que:

> Controvertida é a viabilidade de ação destinada a obter a condenação da parte a cumprir a obrigação convencionada de praticar ato processual. A consequência normal do descumprimento – não raro muito insatisfatório do ponto de vista prático – é o dever de ressarcir o dano causado à parte contrária[569].

Paula Costa e Silva[570], a seu turno, assevera que a própria exegese legal indica a solução para os casos de inadimplemento, na medida em que determina ao julgador que deverá recusar aplicação às convenções somente nos casos especificados no parágrafo único do artigo 190, sugerindo que: "nas demais hipóteses, deverá o juiz declarar inadmissível o acto praticado se este fosse titulado pela situação jurídica a que a parte renunciou".

---

[568] HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.260, p. 49-71, out./2016, p. 60.

[569] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 89.

[570] SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 299.

Exemplificando: caso por meio de negócio processual tenham as partes abdicado de determinado recurso, inadmissível será esse na eventualidade de alguma delas inadimplir com sua palavra e interpor mencionado recurso.

Assim, dependerá essencialmente da atividade do magistrado o reconhecimento do inadimplemento de convenção processual. Por outro lado, em razão da referida matéria não ser de ordem pública, não cabe ao magistrado conhecer a convenção – ou o descumprimento dessa – de ofício, mas somente quando provocado por algum dos pactuantes.

Nesse aspecto, inclusive, de se pontuar que as partes não poderão negocialmente pretender alterar as matérias que o magistrado pode conhecer oficiosamente[571]. A impossibilidade de as partes acordarem acerca do reconhecimento oficioso de inadimplemento concernente a negócio jurídico processual advém da natureza própria das questões de ordem pública, cuja definição não pode ser redimensionada ao bel-prazer das partes[572]-[573]. Acerca da temática, assim formulou enunciado o Fórum Permanente dos Processualistas Civis[574]: "O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento"[575].

---

[571] Cf.: TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 91-109, abr./2016, p. 107.

[572] Em sentido contrário entende: DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 302.

[573] De se referenciar, no entanto, entendimento contrário adotado por José Carlos Barbosa Moreira: "O juiz conhece *ex officio* da convenção, desde que constante dos autos, independentemente da arguição da parte interessada em fazê-la valer, exceto quando a lei subordine o conhecimento à alegação, conforme se dá no que respeita ao compromisso". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 90).

[574] Enunciado n. 252 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis.

[575] Leonardo Carneiro da Cunha, por sua vez, entende que se o descumprimento se referir a negócio procedimental, deverá o juiz agir de ofício: "Se ele trata de procedimento, o juiz deve examinar, de ofício, a inadimplência negocial. É que, como condutor do procedimento, o juiz deve controlar o cumprimento das regras que o preveem. Se a regra é negocial, o juiz deve analisar, de ofício, sua observância, a fim de dar a sequência adequada aos atos processuais". Diferente a compreensão do autor, no entanto, se o negócio versar acerca de situações jurídicas: "Caso, porém, o negócio processual trate de situações jurídicas processuais, a parte prejudicada deve alegar e solicitar ao juiz as providências necessárias e suficientes ao seu cumprimento. Não é possível ao juiz conhecer de ofício o descumprimento de um negócio processual que verse sobre situações processuais". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 62).

Na Alemanha, há posições doutrinárias preconizando que a parte que não cumprir com sua palavra possa ser sancionada a indenizar os danos causados, ou, ainda, forçada a se comportar conforme o prometido. O entendimento predominante, no entanto, é o que aproxima a conduta do pactuante inadimplente ao cometimento de ato eivado por má-fé processual[576].

No Brasil, apenas a prática jurisdicional poderá vir a responder como as questões atinentes ao inadimplemento virão a ser resolvidas, tendo em vista que os magistrados participarão da produção da norma na medida em que a aplicarão.

Nada obstante, o entendimento doutrinário consagra a possibilidade de "execução da prestação devida ou a implementação da situação jurídica pactuada"[577]. Em outras palavras, a parte prejudicada pelo inadimplemento do litigante adverso poderia requerer a execução da pactuação nos próprios autos, sem necessitar de procedimento executório autônomo. Nas palavras de Diogo Assumpção Rezende Almeida, a parte lesada requer ao juiz "que exija da parte contrária o respeito ao pactuado ou simplesmente ponha em prática a nova sistemática processual firmada na convenção"[578].

Em decorrência da natureza mista do instituto presentemente analisado, não se pode deixar de considerar as exceções ao inadimplemento dele, consistindo uma delas na superveniente alteração das circunstâncias em que fora firmada a convenção (*rebus sic standibus*). A teoria da imprevisão aplicar-se-á aos negócios processuais, bem como a exceção do contrato não cumprido, sempre que observado o preenchimento dos seus requisitos.

---

[576] "A very restrictive position is that procedural contracts have no effects whatsover on the proceedings, the only sanction of a breach being damages. According to other authors, if a party had promised to make a certain procedural declaration, this declaration is deemed made even if the party did not act accordingly, and if a party had promised not to make a certain declaration or to exercise a certain right, a declaration or behavior made in contradiction to this promise is invalid. The prevailing opinion does not go so far, but comes to similar results by allowing the other party to invoque that her oponente is acting in bad faith (exceptio dolis processualis)". (KERN, Cristoph A. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 185-186).

[577] DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 302.

[578] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. Tese de doutorado. UERJ. Orientador Prof. Dr. Leonardo Greco. Rio de Janeiro, 2014, p. 179.

Mas e quando o inadimplemento se der por parte do juiz? Isto é, for ele o sujeito processual a não cumprir com o seu papel de observar a convenção, emprestando efetividade à mesma. A resposta à mencionada questão será analisada no tópico abaixo.

2.4.1.2 Descumprimento pelo juiz

Por fim, necessário indagar qual seria o remédio processual para as situações deflagradas quando o magistrado se negar a efetivar a convenção processual apresentada pelas partes, desconsiderando-a.

Flávio Luiz Yarshell assinala que, em casos como os tais, a impugnação das partes "poderá vir sob a forma de recurso ou de eventual ação de impugnação autônoma, dada a (infeliz) opção do Código de tornar taxativas as hipóteses de agravo de instrumento"[579].

Leonardo Carneio da Cunha e Fredie Didier Jr., a seu turno, possuem entendimento segundo o qual, em que pese o rol de hipóteses de cabimento para a interposição do agravo de instrumento previsto no artigo 1.015 seja taxativo, comportaria interpretação extensiva no que tangencia ao seu inciso III – decisão que rejeita convenção de arbitragem.

Sustentam os autores: "A interpretação extensiva permite que, na mesma hipótese (decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem), encaixe-se a decisão que recusa eficácia ou não homologa negócio processual"[580].

Outrossim, caso não se entenda pela viabilidade da interpretação extensiva sugerida pelos autores, decisão que venha a desconsiderar a eficácia de negócios processuais ficará sujeita à impetração de mandado de segurança, pois consistirá em ato judicial irrecorrível. Nesse aspecto, de se pontuar que o *mandamus* possui maior elasticidade de prazo – 120 (cento e vinte) dias.

---

[579] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 67.

[580] "Convenção de arbitragem é um negócio processual. A decisão que a rejeita é decisão que nega eficácia à negócio processual. A eleição de foro também é um negócio processual. Como vimos, a decisão que nega eficácia a uma cláusula de eleição de foro é impugnável por agravo de instrumento, em razão da interpretação extensiva. Pode-se ampliar essa interpretação a todas as decisões que negam eficácia e ou não homologam negócio jurídico processual – seriam, também por extensão, agraváveis". (CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.242, p. 273-282, abr./2015, p. 281).

Entretanto, independentemente do caminho que doutrina e jusrisprudência venham a consagrar, fato é que decisões que desconsiderem negócios processuais terão de ser imediatamente impugnáveis, sob pena de se sacrificar o instituto, bem como o autorregramento das partes, o qual decorre não apenas da lei, mas da própria Constituição.

Por outro lado, de se observar que as impugnações ao descumprimento do instituto por magistrados serão sempre endereçadas a outros magistrados, de modo que o destino do instituto estará inexoravelmente atrelado à construção jurisprudencial que se faça em torno dele. Tal circunstância, no entanto, não é particular dos negócios processuais, mas sim característica a todos os institutos processuais. Ademais, de se considerar que a interpretação cogniscitiva não abre espaço para que a interpretação decisional possa extinguir ou esvaziar a redação do artigo 190 do Código de Processo Civil, sob pena de atuar *contra legem*.

Por fim, necessário ter em mente que o magistrado possui o dever jurídico de cumprir o negócio processual, dado que o ordenamento jurídico lhe imputa essa atribuição. Ele deve controlar a validade da convenção, emprestando-lhe efetividade sempre que essa for válida. Não se trata, portanto, de uma conduta a ser praticada de acordo com sua conveniência, mas sim de um dever jurídico. Nesse aspecto, cumpre definir dever jurídico enquanto um imperativo do interesse alheio, cujo descumprimento gera uma sanção. O seu descumprimento, ilícito que é, necessita de coerção a desencorajar-lhe. Consoante leciona Hans Kelsen[581]:

> Só existe o dever jurídico de uma determinada conduta – seja no direito privado, penal, público ou internacional – na medida em que no ordenamento jurídico (compreendido como ordenamento coercitivo) esteja previsto, para o contrário daquela conduta (a qual por isso e somente por isso aparece como em conformidade com o dever jurídico) o ato coercitivo específico.

Nesse viés, o ordenamento jurídico processual prevê a responsabilização civil do magistrado quando esse se recusa, omite, ou retarda, "sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a

[581] KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 50-51.

requerimento da parte", nos termos preconizados pelo inciso II do artigo 143 do Código de Processo Civil de 2015[582]-[583].

Para além da responsabilização civil, pode o magistrado vir a ser submetido à responsabilização administrativa por deixar de determinar providências para que os atos processuais se realizem, nos termos do inciso III do art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional[584]. Compreende-se, portanto, que a dicção legislativa de "atos processuais" refere-se à categoria atos processuais *lato sensu*, de modo a contemplar os negócios processuais.

Assim sendo, resta caracterizado que o dever jurídico do magistrado em aplicar a convenção possui mecanismos sancionatórios aptos a resposabilizá-lo pelo eventual descumprimento de seu dever em plurais e independentes esferas.

Nada obstante a existência dos mencionados meios impugnativos e coercitivos, uma vez que as convenções processuais apresentam insofismáveis vantagens para a efetividade e para a celeridade da jurisdição, acredita-se que essa terá total interesse em lhe observar e lhe fomentar, por meio da intervenção de seus agentes estatais.

Encerrados os delineamentos necessários à compreensão do instituto negócio processual, inciar-se-á, no capítulo seguinte, a investigação acerca de quais seriam os limites impostos pelo ordenamento jurídico que, uma vez ultrapassados, gerariam a consequência da invalidade aos negócios processuais.

---

[582] Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.
Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

[583] No mesmo sentido: inc. II do art. 49 da Lei Complementar n. 35 de 1979.

[584] Inciso III do art. 35 da Lei Complementar n. 35 de 1979: São deveres do magistrado: III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

3 LIMITES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando uma sociedade cresce e se diversifica, progressos passam a flertar perigosamente com retrocessos, na medida em que a profusão de ideias novas necessita de liberdade para se desenvolver e revelar seus frutos, sem que se possa prever, de antemão, se esses serão positivos ou negativos. Ricardo Luis Lorenzetti descreve com precisão esse momento social ao dizer:

> Presenciamos a uma sociedade em período de experimentação, e quando se atravessa uma fase destas, deve-se ter liberdade e não regulação. No plano jurídico, contudo, assistimos a um momento de transição, no qual, se bem alguns avanços sejam permitidos, ao mesmo tempo algumas fronteiras estão sendo assinaladas[585].

Consoante já delineado nos capítulos antecedentes, o autorregramento da vontade atua como uma força propulsora do progresso. Mas o progresso necessita de direção, sob pena de a longo prazo descaracterizar-se como tal[586]. Nesse aspecto é que Ricardo Luis Lorenzetti afirma que: "os limites atuam como um modo de pôr em câmera lenta o progresso, em áreas onde as inseguranças são muitas, e os riscos, grandes"[587].

Por outro lado, necessário ter em mente que a imposição de limites extremos, restringindo o autorregramento da vontade a ponto de inutilizar em absoluto o manejo dos negócios jurídicos processuais, descaracterizaria por completo o instituto, pois eliminaria o espaço para que as partes negociassem seus interesses de modo vinculativo.

---

[585] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 118.

[586] "Ocorrida a decadência das cosmovisões que esposavam uma concepção progressista da história, o que nos facultou crer em alguma direção, já não temos certezas. Como consequência disso, tampouco temos critérios para julgar se um avanço existe realmente, ou se, a médio prazo, constitui um retrocesso. Não há critérios valorativos, nem éticos, nem jurídicos, suficientemente claros, para distinguir aquilo que é admissível do que constitui uma desonra à rede axiológica". (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 118).

[587] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 118.

Ademais, referida prática importa em afronta direta a direitos fundamentais: "Constitucionalmente, não se pode afastar a autonomia privada do ordenamento jurídico brasileiro, nem limitá-la a extremos, sob pena de se estar a infringir os ditames constitucionais"[588].

O mesmo também se aplica ao direito processual, o qual, nada obstante constitua ramo público da ciência jurídica, também é permeado pela liberdade[589]**.** Com efeito, a negociação processual consiste em uma ferramenta que visa a garantir a efetividade de direitos fundamentais a partir do exercício de direitos fundamentais, contudo, se não devidamente manuseada, pode vir a ferir direitos fundamentais, de modo que imperioso se torna o delineamento de seus limites.

Nesse aspecto, elementar ter em mente que a efetividade, em que pese altamente desejável para o sistema, não poder ser demasiado valorada em detrimento de outros objetivos sociais igualmente eleitos pelo ordenamento enquanto escopos da Jurisdição[590].Um deles a despontar enquanto imprescindível ao desenvolvimento de uma atividade jurisdicional equânime é a isonomia, visto que a ausência dela: "conduz ao aviltamento dos débeis. A existência de fronteiras difusas, de uma desregulação generalizada, permite o desenvolvimento livre das forças, e, com isso, a concentração de grandes grupos"[591].

Insofismável reconhecer, nesse aspecto, a lição histórica a derruir a premissa da igualdade formal entre contratantes, dado que a concepção de igualdade em seu viés formal leva a assimetrias sistêmicas, as quais, por sua vez, conduzem ao esmagamento dos mais fracos pelos mais fortes.

O ambiente processual exige que direitos prevaleçam sobre interesses, sob pena de se observar o avanço do mercado sobre a lei – e da força sobre a razão –, contratualizando o processo em atendimento

---

[588] COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: Vontade das partes. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233.

[589] "O Direito Processual Civil, embora ramo do Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por essa dimensão da liberdade. O princípio da liberdade também atua no processo, produzindo um subprincípio: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo". (DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 20).

[590] Cf.: DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 167.

[591] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 119.

aos interesses da ideologia neoliberal[592]. Nesse aspecto, a hodierna êfase valorativa que se insere no ordenamento jurídico demonstra, sintomaticamente, a necessidade de imposição de linhas limítrofes à livre e desregulamentada disposição de interesses. Veja-se que a igualdade perseguida é jurídica, na medida em que o ordenamento jurídico a apreendeu. Antes de ser jurídica, contudo, é um valor inegavelmente moral, que a correlaciona com Justiça.

Igual fenômeno se observa com outros princípios, a exemplo da dignidade da pessoa humana, a qual é compreendida como "dobradiça que liga o conteúdo universalista igualitário da moral ao direito positivo"[593].

Na concepção de Ronald Dworkin[594], as proposições do direito se identificam e envolvem inexoravelmente um juízo moral, na perspectiva de uma teoria interpretativa e construtivista do fenômeno jurídico, segundo a qual uma proposição de direito é válida se decorre de um conjunto de princípios que melhor se ajustam ao direito estabelecido e justificam moralmente aquela decisão. A principal manifestação dessa (re)moralização jurídica, portanto, reside nos princípios, fundamentos últimos do Direito, os quais podem criar limites ou constrangimentos morais sobre o conteúdo das preposições jurídicas.

As regras são válidas de acordo com a sua fonte – heteronomia estatal –, mas os princípios, por sua vez, são validados por seu conteúdo. Ronald Dworkin conceitua princípios como "proposições que descrevem direitos"[595], vinculando-os a um ideal de justiça e equidade sobretudo relacionado à moralidade[596].

Assim, os princípios efetivamente atuam na função delimitadora, na medida em que tutelam os valores mais caros à sociedade, aqueles

---

[592] Tradução livre de: "Rimane il fatto che il ritorno al privato propagandato dai neoliberisti, e dai processualisti che ne convidono – più o meno consapevolmente – le teorie, ha una chiara implicazione ideologica nel momento in cui sostiene la prevalenza degli interessi sui diritti, del compromesso sulla giustizia, del mercato sulla legge e – in sostanza – della forza sulla ragione". (TARUFFO, Michele. Idelologie e teorie dela giustizia civile. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.1, p. 293-304, jan./jun. 2015, p. 300).

[593] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23.

[594] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 15.

[595] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141.

[596] "Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade". (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.)

que são essenciais para o salutar desenvolvimento e convívio humano. Acerca do delineamento de linhas fronteiriças ao alcance da heteronomia estatal e do autorregramento da vontade, Ronald Dworkin[597] já defendia:

> [...] todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniqüidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime.

Nesse vértice, imperioso assinalar que a função primordial da Constituição consiste em impor limites ao poder do soberano, cujo exercício desatrelado a essas contenções é sempre nocivo. Do mesmo modo, Ricardo Luis Lorenzetti afirma que a justiça constitucional é considerada um limite ao poder político[598].

A história ensina que o poder costuma se revelar por meio da opinião majoritária, em detrimento das minorias, que acabam por ser desconsideradas e violentadas pela primeira. Em contrapartida, os direitos fundamentais têm suas origens justamente na divergência de um consenso precedente[599].

Historicamente, através de um processo dialético, é perceptível que o reconhecimento dos direitos individuais advém justamente das atrocidades cometidas em virtude da concentração exacerbada e desregulada de poder. Isto é, em um segundo momento, após a constatação das consequências deletérias que esse poder descomedido causou, estabelecem-se parâmetros para a sua atuação e se reconhecem direitos aos subordinados a esse poder, visando a impedir que eventos semelhantes se repitam.

Com efeito, os problemas enfrentados pelo mundo em razão das "concepções metafísicas com suas sequelas de fanatismos e guerras, provocaram a necessidade de delinear uma série de direitos fundamentais do indivíduo, com independência em relação aquelas"[600].

---

[597] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.
[598] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 127.
[599]PECES-BARBA, Gregorio *apud* LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 122.
[600] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 123.

Ronald Dworkin define os direitos fundamentais enquanto direitos contra o Estado, isto é, oponíveis ao Estado, oponíveis à maioria. São, naturalmente, direitos contramajoritários[601]. Os direitos fundamentais são anteriores à própria existência do Estado de Direito e antidemocráticos, no sentido de que se distinguem da vontade do legislador, podendo ser opostos até mesmo contra ele. "Daí segue que não necessitam de seu reconhecimento por parte de uma lei do Congresso Nacional, porque não podem depender justamente da vontade da maioria à qual questionam"[602].

Ricardo Luis Lorenzetti explica que:

> Quando nos referimos à liberdade como direito fundamental, o fazemos em um sentido pré-estatal. Por isso, os direitos fundamentais são antidemocráticos, já que são exceções à regra da maioria. Não podem ser anulados pelo voto democrático de uma legislatura, posto que são supralegais[603].

Nesse cenário é que os direitos fundamentais são afirmados enquanto um piso mínimo inderrogável a fornecer sustentação a todo o ordenamento jurídico, compreendendo, dentre suas funções, a de constituir fronteiras "além das quais se torna ilegítima a atuação jurídica"[604], impondo limites não apenas às esferas legislativa e judicial, mas também à negocial.

O fenômeno das limitações valorativas de índole constitucional, no entanto, não se apresenta como exclusivo do direito material, visto que incide insofismavelmente no direito processual civil, que passou a se balizar na teoria dos direitos fundamentais. Assim como os direitos materiais, "As garantias processuais que conformam um Direito Processual Constitucional têm também caráter fundamental e atendem à possibilidade de realização efetiva dos direitos"[605].

---

[601] Cf.: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 230-276.
[602] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 284.
[603] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 122.
[604] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 281.
[605] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 288.

Com efeito, observa-se a existência de um núcleo de direitos processuais imprescindíveis ao alcance de uma tutela jurisdicional justa, os quais serão devidamente investigados enquanto limites à atuação do negócio jurídico processual.

No entanto, no âmbito dos direitos fundamentais processuais observa-se um caráter publicista deveras mais acentuado em comparação com os demais ramos da ciência jurídica, de modo a se criar um aparente antagonismo a práticas negociais nesse âmbito.

Ricardo Luis Lorenzetti assinala o movimento inverso a se observar nas demais searas jurídicas, em razão, justamente, de o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais se centrar no indivíduo:

> Tanto a teoria política como a jurídica, relativas aos direitos fundamentais, se baseia no individualismo. Há um repúdio expresso a uma teoria fundada em objetivos, como o interesse geral ou deveres, como obedecer à vontade de Deus.
> (...) É quase natural que, desta visão, baseada no indivíduo, resulte uma retração do Direito Público, cujas tarefas se empobrecem, e uma expansão do Direito Privado, que redimensiona seu papel na sociedade democrática [606].

Com efeito, o dogma da soberania do interesse público apenas se justifica se esse interesse público coincidir, em alguma medida, com os interesses dos indivíduos que o sustentam, e vice-versa. A noção de interdependência entre os dois é essencial ao equilíbrio mantenedor do Estado Democrático de Direito:

> O emprego sem medidas da heteronomia estatal padece do ranço autoritário que no país tem sustentado o dogma da soberania do interesse público. Na esteira do pensamento de Jürgen Habermas, contudo, é possível concluir que a discussão sobre a preponderância do interesse público sobre o interesse privado, ou vice-versa, desconsidera um importante detalhe, que é a

[606] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 123.

> interdependência entre essas duas esferas para sustentação do Estado Democrático de Direito[607].

Nas palavras do próprio Jürgen Habermas:

> O direito legitima-se dessa maneira como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada. (...) A autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis. Quando é esse o caminho traçado, então uma das ideias só pode ser validada à custa da outra[608].

No âmbito do processo, esse equilíbrio entre público e privado se efetiva por meio da adoção de um modelo cooperativo[609], a mesclar características dos modelos inquisitivo e adversarial[610]-[611].

---

[607] Cf.: DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 163.

[608] HABERMAS, Jürgen *apud* DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 163.

[609] Um dos precurssores do modelo cooperativo de processo é Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem: "Ora, a ideia 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 trabqalho entre o órgão judicial e as partes. (...) Não se trata, bem entendido, de propriamente restabelecer o ordo isonômico medieval, mas de inserir o processo na época pós-moderna, de modo a se legitimar plenamente o exercício da Jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e de seus representantes". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.27, jan. 2003, p. 22-51, p. 26-27).

[610] Prepoderantemente aplicados, respectivamente, nos países integrantes do *Civil law* e da *Common law*.

[611] Daniel Mitidiero distingue os modelos inquisitorial e adversarial dos modelos assimétrico e simétrico em razão de as duas primeiras categorias levarem em conta somente aspectos jurídicos, enquanto as duas últimas consideram, além das características jurídicas, "pressupostos culturais – sociais, lógicos e éticos". Tais modelos são, portanto, somente

Mirjan R. Damaska[612] distingue uma histórica dicotomia entre funções jurisdicionais básicas: o Estado social que gerencia a vida do cidadão e direciona a sociedade tomando em consideração o *policy making* (sistema inquisitorial) e o Estado "*laissez-faire*" individualista, que intui uma lógica de autocontrole social e autodefinição individual (sistema acusatório).

A essência da função jurisdicional no modelo inquisitorial é a realização da justiça social[613], uma vez admitida a premissa de que o Estado é responsável pela organização da sociedade e, por consectário, pela efetivação dos direitos e pela distribuição da justiça, assumindo, assim, seu caráter intervencionista, por meio de dirigismo protagonizado por programas e por políticas sociais. Leonardo Carneiro da Cunha leciona que:

> Embora as codificações sejam fruto das ideias liberais, a legislação processual, em vários países, passou a receber a influência de Franz Klein e do código austríaco de processo civil, em cujas regras predominava a prevalência do interesse público, o publicismo do processo, os poderes instrutórios do juiz, a busca da verdade e a promoção da efetiva igualdade das partes no processo [614].

De outro vértice, no modelo adversarial[615] o Estado se preocupa

---

parcialmente coincidentes. Cf.: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53.

[612] DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**: a comparative approach to the legal process. Yale University Press, 1991, p. 3-10.

[613] Por outro lado, a ideologia publicística pela qual o processo é um instrumento pelo qual o Estado coloca à disposição dos cidadãos a tutela dos seus direitos, e portanto, deve ser eficiente, implica limites à autonomia das partes , e, ao seu inverso, atribuir poderes e deveres ao juiz para governar o processo de modo a assegurar uma justiça rápida e efetiva. Tradução livre de: "Al contrario, l'a ideologia pubblicistica per cui il processo è uno strumento che lo stato mette a disposizione dei cittadini per la tutela dei loro diritti, e che quindi deve essere efficiente, implica che si pongano limiti all'autonomia delle parti, e si attribuisca invece al giudice il potere-dovere di governare il processo in modo tale da assicurare una giustizia rapida ed effettiva". (TARUFFO, Michele. Idelologie e teorie dela giustizia civile. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.1, p. 293-304, jan./jun. 2015, p. 300-301).

[614] CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 36.

[615] Segundo esse ponto de vista, o processo civil é um fenômeno essencialmente privado, e os valores dominantes são a autonomia e a liberdade privadas dos que são parte no processo. Tradução livre de: "secondo questa concezione, il processo civile è un fenomeno essenzialmente privato, e i valori dominanti sono l'autonomia e la libertà dei privati che sono

unicamente em manter o equilíbrio social, de modo que a administração da justiça se resume à resolução dos conflitos a ela trazidos.

Assim, denota-se da análise de Mirjan R. Damaska que a distinção entre os sistemas de justiça e a sua inerente acepção de jurisdição está vinculada ao modelo de Estado adotado e ao poder que esse exerce sobre a sociedade. Logo, no sistema inquisitorial, a jurisdição está voltada para implementação de políticas públicas, ao passo que, no adversarial, está voltada para a resolução de conflitos.

Todavia, consoante a lógica de Mirjan R. Damaska, as famílias do Poder Judiciário são abertas e não excludentes entre si, importando na possibilidade de coexistência de características de cada espécie num único modelo jurídico[616]. Tal lógica faz-se presente no Poder Judiciário brasileiro, dado que esse é, simultaneamente, garantidor do equilíbrio social (função reativa) e devoto à eficácia das políticas públicas estatais (função ativista)[617].

Uma vez admitido esse caráter misto da função jurisdicional brasileira, percebe-se que ela apenas poderá prosperar e surtir os duplos efeitos almejados – justiça e pacificação social – se precedida por uma conduta eminentemente colaborativa[618], a qual determina um terceiro modelo de processo, o processo cooperativo[619].

---

parti nel processo". (TARUFFO, Michele. Idelologie e teorie dela giustizia civile. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.1, p. 293-304, jan./jun. 2015, p. 294-295).

[616] "Nenhum país adota um sistema processual integralmente orientado pelo publicismo ou pelo privatismo, já afirmava Proto Pisani. A história dos sistemas processuais revela uma preponderância na direção de cada um daqueles modelos, mas não a adoção com pureza e originalidade". (MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 50).

[617] "O nosso modelo processual possui características tanto do modelo adversarial ou isonômico, como inquisitorial ou assimétrico. Por exemplo, o processo só pode ser instaurado por iniciativa da parte (art. 2º do CPC/1973 e art. 2º do NCPC). Todavia, há no processo de assimetria ou inquisitividade, em que o juiz pode agir de ofício, como, por exemplo, o artigo 290, § 3º, do NCPC, o qual preconiza que o juiz poderá corrigir o valor da causa de ofício (sem correspondente no CPC de 1973)". (FERNANDES, Jorge Luiz Reis. A cooperação no processo civil e a redação final do artigo 6° do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.111, n.421, p. 115-128, jan./jun. 2015, p. 117).

[618] "Há, ainda, a ideia de um modelo cooperativo de processo que, em verdade, funciona como um modelo intermediário entre o modelo social ou publicista e o modelo garantista" (CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 46).

[619] "A cooperação no processo civil visa à busca de uma sociedade mais justa, livre e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana, e o contraditório é de suma importância para a efetivação desse modelo, pois é necessário o diálogo intenso entre as partes e o órgão jurisdicional. (...) Historicamente, o modelo de processo cooperativo ou colaborativo surgiu no

Tal modelo é caracterizado pela dupla atuação do juiz: paritária durante o trâmite processual – devendo o magistrado atentar aos deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio –; e assimétrica quando da decisão, momento em que o magistrado se desloca para ocupar posição de superioridade frente às partes. As posições jurídicas ocupadas por essas, igualmente, sofrem redefinição, na medida em que passam a participar com maior ênfase do processo, em reforço ao contraditório – compreendido enquanto poder de influenciar o magistrado na sua tomada de decisão –, bem como dos deveres de boa-fé subjetiva e objetiva[620].

Antônio do Passo Cabral preconiza, nesse sentido, que: "Em qualquer processo há uma simbiose entre o público e o privado, que devem conviver equilibradamente. No processo cooperativo, supera-se a dicotomia publicismo-privatismo"[621].

Juliana Pondé Fonseca[622] pondera que, no modelo cooperativo, partes e juiz devem cooperar para a melhor e mais eficiente condução dos procedimentos, segundo um padrão mais complexo de comportamento.

Daniel Mitidiero[623] aponta que o Código de Processo Civil de 2015 adotou a colaboração em duas dimensões: enquanto modelo processual civil e enquanto princípio[624].

> A colaboração é um modelo que visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do

---

Direito austríaco, porém se desenvolveu no Direito alemão". (FERNANDES, Jorge Luiz Reis. A cooperação no processo civil e a redação final do artigo 6° do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.111, n.421, p. 115-128, jan./jun. 2015, p. 119 e 127).

[620] Daniel Mitidiero assinala que a "dupla posição do juiz – paritária no diálogo, assimétrica na decisão – e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao modelo de processo civil coopertativo, manifestando-se ao longo de todo o procedimento comum". (Cf.: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98-99).

[621] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 301-302.

[622] FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 6.

[623] MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.2, p. 83-97, jul./dez. 2015, p. 85 e 90.

[624] Fredie Didier Jr. também acentua o caráter principiológico da cooperação, enfatizando que conduta em descompasso com tal importa em cometimento de um ilícito. O autor ainda referencia que a eficácia normativa do mencionado princípio prescinde de regras jurídicas expressas. Cf.: DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de Direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 198, São Paulo, 2011, p. 6.

> processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (prozessualen Zusammenarbeitet). (...) A colaboração no processo é um princípio jurídico. Ela impõe um estado de coisas que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em servir de elemento para organização de um processo justo idôneo a alcançar uma decisão justa (art. 6º, CPC).

O mencionado autor enfatiza que o modelo colaborativo substitui os modelos isonômico e assimétrico, alcançando um meio termo entre eles, porquanto a relação do juiz para com as partes não é integralmente paritária ou hierárquica. A condução do processo é compartilhada entre magistrado e partes, mas o ato decisório desloca o primeiro para posição de superioridade frente aos demais[625].

Tal cooperação deverá se operar, primordialmente, entre as partes e o juízo[626], bem como o contrário[627], e é nessa ótica que o objeto do presente estudo volta a ser considerado, porquanto, no cenário da jurisdição colaborativa, juiz e partes não estão medindo forças, mas

---

[625] MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53-65.

[626] Há descompasso na doutrina acerca da extensão dos deveres de cooperação, ou não, às partes entre si. Compreendendo que se trata apenas de dever entre o juiz e as partes: MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 55-68, abr. 2011, p. 62; FERNANDES, Jorge Luiz Reis. A cooperação no processo civil e a redação final do artigo 6° do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.111, n.421, p. 115-128, jan./jun. 2015, p. 127; STRECK, Lenio Luiz. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? **Revista de Processo**, v. 194, São Paulo: 2011, p. 4. Compreendendo como dever a ser observado também entre as partes: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215. De se destacar que Dierle Nunes trabalha com a ideia de processo comparticipativo, o qual , em que pese também preconize a ideia de processo enquanto comunidade de trabalho, distingue-se do processo cooperativo na medida em que esse prevê 4 deveres cooperativos – esclarecimento, auxílio, diálogo e prevenção –, aquele prevê apenas o dever de consulta.

[627] "A colaboração e a participação das partes não se configuram apenas como direitos ou faculdades, mas também como ônus[18] e deveres. Em outras palavras, às partes confere-se oportunidade de participar da formação da decisão do juiz, suportando as consequências desfavoráveis do próprio comportamento inerte e negligente. O juiz não pode ser obrigado a inserir na fundamentação de sua decisão considerações, informações ou detalhes que não foram apresentados pelas partes". CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio contraditório e a cooperação no processo, 05.06.2013, Disponível em http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/ .Acesso em 18.12.2016.

buscando solver o litígio instaurado por meio do modo mais adequado a satisfazer os escopos do processo[628].

Nesse contexto despontam os negócios jurídicos processuais, os quais expressam um autorregramento da vontade concorde com a heteronomia estatal, razão pela qual transcendem o interesse privado, pois detém o condão de afetar toda a coletividade[629].

A este respeito Loïc Cadiet assinala que a conformação do procedimento à vontade das partes por meio do negócio processual consiste na "mais completa expressão da concepção cooperativa de processo"[630].

Com efeito, o processo cooperativo é requisito indispensável para a atuação dos negócios processuais, bem como estes consistem em expressão do exercício daquele, na medida em que a cooperação se relaciona indissociavelmente com a valorização da participação e do envolvimento das partes no processo[631].

Ademais, o instituto em comento é corolário da efetividade da tutela jurisdicional[632], um dos principais escopos da Jurisdição. Assim, evidencia-se que o autorregramento da vontade não é incompatível com o publicismo processual, mas sim o seu contrário: "a autonomia das partes em conformar as formalidades do processo se insere nos escopos da jurisdição e apresenta vantagens visíveis ao acesso à justiça e à tutela dos direitos"[633].

---

[628] "A colaboração implica revisão das fronteiras concernentes à responsabilidade das partes e do juiz no processo. Em outras palavras: a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada". (MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.2, p. 83-97, jul./dez. 2015, p. 91).

[629] Cf.: DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 150.

[630] CADIET, Loïc. In: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 12.

[631] "A consagração do princípio da cooperação (art. 6º) relaciona-se com o fenômeno da valorização da autonomia da vontade no processo". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 51).

[632] "Desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à ideia do processo justo, tal como regulado pela Constituição". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63).

[633] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 217.

Diversos autores de plurais nacionalidades[634] encaram as convenções processuais como uma forma de privatização das funções públicas relativas à jurisdição, à semelhança do que ocorre com a arbitragem, utilizando-se, contudo, do aparto estatal.

> Contratos de procedimento são usualmente vistos como uma forma de ordenação privada. Como tal, podemos esperar que a prática de promover o auto-governo encoraje inovação e assegure eficiência. Acreditamos, entretanto, que os efeitos públicos do contrato de procedimento também devem ser diretamente considerados [635].

Necessário ter em mente, contudo, que o reconhecimento do autoregramento das partes para gerenciarem e conduzirem a marcha processual não importa na adoção de uma postura neoprivatista[636], visto que a autonomia das partes não é absoluta nem mesmo no âmbito privado, que o dirá na seara processual, isto é, ramo de direito público.

Como bem salientam Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves: "Os negócios processuais têm limites. O processo civil é instituto do direito público e dispões de contornos e garantias de ordem constitucional que não podem ser objeto de transação das partes"[637].

O inverso, contudo, também se verifica. Muito embora o autorregramento da vontade consista em um poder que necessita de limitações sob pena de sofrer deturpação valorativa, é através da livre

---

[634] Os autores americanos Kevin E. Davis e Helen Hershkoff sustentam essa posição. Cf.: DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 133.

[635] Tradução livre de "Contract procedure is often seen as a formo f private ordering. As such, we might expect the practice to promote self-governance, encourage innovation, and secure efficiency. We believe, however, that the public effects of contract procedure also must be directly considered". (DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 134).

[636] "(...) não se defende aqui o retorno dos ideais liberais, mas sim o equilíbrio entre público e privado no processo, a fim de que a jurisdição seja capaz de assegurar a concretização de escopos idealizados pelas partes e daqueles relacionadas a interesses públicos. Esse equilíbrio é resultado da ideologia de Estado observada no Estado Democrático de Direito. Vem de fora para dentro do processo". (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. Tese de doutorado. UERJ. Orientador Prof. Dr. Leonardo Greco. Rio de Janeiro, 2014, p. 147).

[637] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 242.

contratação que se impõem limites ao poder político central. É o que defende Ricardo Luis Lorenzetti ao preconizar: "A multiplicidade de contratações autonomamente consideradas são, de certo modo, exercícios de liberdade e limites ao poder central. É um operar difuso, descentralizado da atividade econômica"[638].

Prossegue o mencionado autor: "Trata-se, então, de algo que, em outros tempos, seria impensável: controlar o Estado controlador, limitando seus poderes discricionários"[639]. O sistema de retroalimentação instalado entre o público e o privado importa no atingimento de um tênue equilíbrio, na medida em que as convenções processuais limitam o poder do Estado – através do exercício do autorregramento da vontade – e, concomitantemente, são limitadas por esse – através do exercício da heteronomia democraticamente autorizada.

Com efeito: "Daí surge um paradoxo: o que deve ser limitado e quem está autorizado a pôr limites. Isso importa em sério obstáculo à recepção de direitos fundamentais dos indivíduos em textos legais"[640]. Dentro da temática dos negócios processuais, a persecução de quais seriam esses limites revela-se casuística, na medida em que não exsurge um único critério como equacionador da celeuma. Nada obstante, nos tópicos que se seguem será analisada a possibilidade negocial a partir de diversos critérios, com o fito de tentar esclarecer alguns parâmetros seguros, bem como descartar algumas construções que não se sustentam.

Por derradeiro, imperioso assinalar que o presente estudo não possui a pretensão de examinar a viabilidade de absolutamente todas as infindáveis possibilidades convencionais. Firmar tal objetivo importaria em cair exatamente na mesma falácia a justificar a criação do instituto, qual seja: a de que o legislador seria dotado da herculiana capacidade de antever todos os comportamentos humanos possíveis e, em se tratando de processo civil, todos os procedimentos pormenorizados e adaptados às vicissitudes de direitos material.

3.2 LIMITES OBJETIVOS ESTRUTURAIS AO NEGÓCIO PROCESSUAL: CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

[638] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 129.
[639] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 130.
[640] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 131.

A conclusão a que se chega no tópico antecedente permite afirmar a irrefutável existência de limites ao autorregramento da vontade. E diferentemente não haveria de ser, visto que, se essa possui definições limítrofes em todos os demais ramos do direito, não haveria porque seu poder irradiar absoluto na ciência processual civil[641], mormente quando observado o formalismo característico dessa, o qual se dá com vistas a garantir a segurança jurídica dos jurisdicionados[642].

Com efeito, em que pese o convite legal para que as partes participem da definição dos termos procedimentais em busca da tutela de direitos que pertencem a elas próprias, e não ao Estado, seja elogiável e digno de entusiasmo, justamente por representar uma abertura de oxigenação do sistema processual necessita de controle rigoroso, sob pena de ensejar o desvirtuamento da ferramenta e atuar como mecanismo de burla aos fins buscados pela Jurisdição.

Ademais, uma vez assentada a natureza jurídica mista do negócio jurídico processual, necessário acentuar que esses contornos divergindo a matéria negociável daquela que macularia a pactuação de invalidade, recebe delineamentos tanto da seara civil quanto da esfera processual – além, é claro, da constitucional.

Leonardo Greco[643] define a limitação entre os poderes do juiz e a autonomia das partes[644] como estando diretamente vinculadas a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

---

[641] DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 22.

[642] "Esta ideia de previsibilidade, que está por trás do valor segurança, que, de um modo e de outro, e em todas as quadras históricas, será sempre "cobrado" do direito que, portanto, correlatamente, corresponde a uma de suas funções". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2ª edição reformulada e atualizada da obra controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 60).

[643] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 10.

[644] A autonomia aqui referenciada não condiz a uma "vontade subjetiva, soberana, numa exacerbação individualista, mas com o consenso legitimado pela ordem normativa". (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52).

Julio Guilherme Müller contribui assinalando que o modelo constitucional de processo funciona como "filtro e limitação para a autonomia privada das partes em matéria processual, e como referência para a ordenação, interpretação e aplicação dos negócios processuais atípicos"[645].

Feitas essas digressões, passar-se-á análise de possíveis critérios a revelarem a potencialidade negocial do objeto no plano estrutural, isto é, metalimites a edificarem o ordenamento jurídico com fulcro na Constituição Federal de 1988 e, em um segundo momento, no plano infraconstitucional.

3.2.1 Limites Constitucionais ao Negócio Processual

Os primeiros dos limites ao negócio processual a serem delineados consistem naqueles de índole puramente constitucional, isto é, aqueles que decorrem diretamente da Constituição Federal de 1988, conformando todo o sistema jurídico enquanto matizes fundamentais, de observância inescapável.

O exame se pautará, essencialmente, sob a ótica dos direitos fundamentais e dos direitos fundamentais processuais, perpassando por conceitos comumente a eles relacionados, tais quais indisponibilidade, ordem pública e normas cogentes.

3.2.1.1 Direitos fundamentais e disponibilidade do direito

Os direitos fundamentais são tradicionalmente[646] considerados indisponíveis[647] pela doutrina[648] e jurisprudência[649]. Isso porque:

---

[645] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 122.

[646] Há, contudo, entendimento em contrário. Robson Renault Godinho acentua que: "nem todo direito fundamental é indisponível, mas a indisponibilidade relaciona-se com os direitos fundamentais". (GODINHO, Robson Renault. A Autonomia das Partes no Projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. **Novas Tendências de Processo Civil**: Estudos sobre o projeto do Novo CPC. Vol.3, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 584).

[647] A Constituição se refere aos interesses indisponíveis quando disciplina a legitimidade processual do Ministério Público (art. 127). O Código Civil, por sua vez, referencia que os direitos da personalidade são indisponíveis, ressalvando a limitação voluntária quando essa for expressamente autorizada por lei (art. 11).

[648] "Na pesquisa doutrinária, foi possível entrever um sentido prevalente para o termo 'indisponível', que significaria aquilo que não é passível de abdicação, nas mais diversas formas jurídicas que 'abdicar' pode assumir. Entretanto, não se pode comprovar o emprego

> Os direitos fundamentais são a forma contemporânea da doutrina dos Direitos Naturais; constituem um objetivo ideal do ordenamento, que vai sendo atingido, progressivamente, até a positivação, nela introduzindo critérios do dever ser[650].

Tal natureza de direitos se caracteriza, assim, pela busca incessante em conservar uma esfera mínima de proteção ao indivíduo, tendendo, inclusive, a serem contramajoritários, porquanto essa proteção se destina justamente contra a vontade das maiorias e do Estado. Nesse viés é que Ricardo Luis Lorenzetti preconiza:

> O caráter universal também se relaciona com a ideia de que estes direitos são anteriores ao Estado. Os direitos humanos e os qualificados como fundamentais são vitórias que o indivíduo e grupos têm contra o Estado. Deste modo, os direitos fundamentais não poderiam ser derrogados por uma assembleia legislativa, com base no princípio da maioria; a maioria não representa as minorias; o consenso não se baseia na maioria, sim no razoável[651].

---

unívoco da palavra, principalmente quando qualificadora do termo 'direito', pois às vezes refere-se ao bem tutelado pelo direito, noutras, à relação jurídica subjacente e noutras, ainda, a uma entidade altamente abstrata e abrangente cognominada 'direito'. Em repetidas ocasiões a 'indisponibilidade' é referida na literatura jurídica como uma característica intrínseca ao conceito de direito fundamental". (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.51, p. 141-174, jan./mar. 2014, p. 158).

649 "(...) os julgados demonstram que a consideração de um direito como indisponível é casuística, seja porque a legislação assim determina em circunstâncias específicas, seja porque os Tribunais assim decidem diante do caso concreto". (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.51, p. 141-174, jan./mar. 2014, p. 159).

650 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 144.

651 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 151.

Hodiernamente, contudo, deve-se ter em mente que os agentes econômicos de soberbo porte podem ser "mais implacáveis que o próprio Estado na violação dos direitos fundamentais"[652].

Assim, no intuito de conferir maior proteção aos indivíduos na conservação de suas garantias individuais, passou a doutrina e a jurisprudência a preconizar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, compreendida enquanto a eficácia que esses surtem diretamente nas relações privadas entre os indivíduos[653]. Nesse campo de atuação é que surge sua interface com os negócios jurídicos processuais, na medida em que esses podem ser entabulados entre particulares, nada obstante não se exclua a viabilidade do instituto também para representantes da Fazenda Pública e do Ministério Público.

Se, por um lado, é imprenscindível que o ordenamento jurídico tutele os direitos fundamentais, emprestando-lhes, inclusive, eficácia direta, por outro, é igualmente irrefutável que a "atuação corretiva operada pelos direitos fundamentais deve ser aplicada com parcimônia, de modo a não tolher o exercício legítimo e constitucional do autorregramento da vontade"[654].

Além do autorregramento da vontade, a efetividade da tutela jurisdicional consiste, igualmente, em um direito fundamental imperativo, o qual é privilegiado com a utilização dos acordos procedimentais. Loïc Cadiet[655] assinala, nesse aspecto, que a qualidade de uma decisão depende de sua execução concreta, de sua efetividade. Um direito que não é passível de execução e que não se adequa à realidade é simplesmente inútil.

Conclui-se, portanto, que o instituto não é avesso à tutela de direitos fundamentais, mas sim seu fomentador. Nesse viés, de se

---

[652] DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e o direito privado: A busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 117.

[653] "A concepção adotada, no sentido de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, significa, em termos gerais, que, em princípio, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não restando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal". (SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUMER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 132).

[654] DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 146.

[655] CADIET, Loïc. La qualité de la norme juridictionnelle. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 181, mar. 2010, p. 148-149.

pontuar que o disciplinamento legal do instituto andou bem, na medida em que, por meio do emprego de conceitos abertos tais quais "inserções abusivas" e "manifesta situação de vulnerabilidade"[656], criou mecanismos a permitir o controle da validade da pactuação pelo magistrado. Com efeito:

> A atuação corretiva dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares apresenta-se, pois, em estreita sintonia com o disposto no art. 190, parágrafo único, do CPC/2015, principalmente quando se leva em conta as diretrizes tutelares positivadas neste dispositivo a respeito do controle de convenções abusivas e da preocupação com as partes em manifesta situação de vulnerabilidade[657].

Da redação empregada ao artigo 190, exsurge um enquadramento aos negócios jurídicos processuais que se sobrepõe à seara dos litígios envolvendo direitos meramente patrimoniais, até mesmo porque, caso fosse essa a intenção do legislador, ele teria disciplinado a matéria nos mesmos termos em que o fez com a arbitragem. Contudo, em que pese a precisão terminológica adotada, pende dúvida acerca de uma vasta zona cinzenta situada entre os direitos que claramente admitem autocomposição, e aqueles que são em absoluto irrenunciáveis.

A preocupação concernente à existência de limites aos pactos de procedimento é comum a países de tradição jurídica diversa, como apontam Kevin E. Davis e Helen Hershkoff:

> Apesar de contrato de procedimento, na teoria, gerar flexibilização, suficiência e prover opções, esses acordos não são sempre mutualmente benéficos para as partes e em alguns casos inapropriadamente extinguem direitos constitucionais e legais[658].

---

[656] "A ideia de vulnerabilidade deve girar em torno da concretização dos direitos fundamentais, pois esse é o problema de base". (DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 146).

[657] DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 146.

[658] Tradução livre de "Although contract procedure in theory affords flexibility, generate sefficiency, and provides choice, ex ante agreements are not always mutually beneficial to the parties and in some cases inappropriately extinguish constitutional and statutory rights".

Nesse vértice, impera distinguir conceitos como o de disposição, violação e restrição de direitos fundamentais. Acerca da disponibilidade de direitos dessa natureza, Letícia de Campos Velho Martel[659] entende que:

> (...) dispor de um direito fundamental é enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer sejam particulares, permitindo-lhes agir de forma que não deveriam, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento.

O conceito da autora bem se amolda ao presente estudo, na medida em que se está a analisar somente as convenções processuais bilaterais, de modo que as disposições serão sempre de ordem intersubjetiva[660]. A mencionada autora compreende que a disponibilidade possui, necessariamente, interface intersubjetiva, isto é: a disponibilidade estaria vinculada em dispor ao outro – particular ou Estado – de situação protetiva titularizada. Em outras palavras, o indivíduo que destruísse direito fundamental a si imputado pelo ordenamento jurídico – sem qualquer interferência de terceiro –, não estaria praticando ato de disposição[661].

A disposição difere da restrição a direito fundamental porque essa última é imposta pelo Estado, enquanto a primeira se dá voluntariamente

---

(DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 137).

[659] MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.51, p. 141-174, jan./mar. 2014, p. 162.

[660] Pedro Augustin Adamy, por sua vez, conceitua: "(...) a renúncia a direito fundamental é a situação definida em lei, em que o titular do direito fundamental expressamente, renuncia a determinads posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direto ou indireto, pessoal ou coletivo". (ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia à Direito Fundamental**, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 58).

[661] "Situações de dano a si que não são intersubjetivas estão fora do conceito de disposição. Se uma pessoa comete suicídio, sozinha e sem qualquer auxílio ou instigação por terceiro, não dispõe de posições subjetivas do direito fundamental à vida, porquanto não desobriga qualquer pessoa (nem o Estado) mediante seu consentimento, apenas destrói o bem jurídico protegido". (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.51, p. 141-174, jan./mar. 2014, p. 172).

pelo indivíduo. Difere, igualmente, da violação a direito fundamental, pois essa deriva de um ilícito cometido por particular que invada, sem o consentimento do indivíduo, sua esfera protetiva relacionada a direito fundamental[662].

Por fim, resta ainda distinguir a renúncia ao direito e o mero não exercício desse. Com efeito, as liberdades albergam o direito-antítese, isto é: a liberdade de culto implica, necessariamente, a liberdade de não cultuar, sem que essa conduta importe em renúncia ao direito fundamental. Pedro Augustin Adamy assinala que a renúncia ao direito, em si, fere a sua fundamentalidade, enquanto a renúncia ao seu exercício é facilmente revogável, vindo seus efeitos a atingirem "menos severamente as posições jurídicas e as potencialidades garantidas pelo direito fundamental"[663-664].

Efetuadas essas distinções terminológicas, cumpre averiguar se negócios processuais que impliquem a disposição de direitos fundamentais são viáveis.

Nobre parcela da doutrina[665] discorda acerca da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais e a ela faz críticas. Robson Renault Godinho, acerca da temática, pondera que:

> Renuncia-se cotidianamente a direitos fundamentais por questões religiosas, culturais, médicas, trabalhistas, contratuais, de lazer, de prazer e de foro íntimo e invariavelmente essas limitações afetam direitos comumente apontados como indisponíveis, logo, irrenunciáveis. Entretanto, admitem-se limitações se não forem permanentes, gerais, observarem graus de intensidade e de finalidade do direito. Mesmo se

---

[662] Cf.: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.51, p. 141-174, jan./mar. 2014, p. 170.

[663] O autor ilustra: "(...) nas previsões do estado de emergência e do estado de sítio há apenas a privação do exercício das faculdades e garantias conferidas pelo direito fundamental em confronto com as previsões da perda de direitos fundamentais, demonstrando que essa distinção consta, indutivamente, das disposições constitucionais". (ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia à Direito Fundamental**, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 56-57).

[664] "(...) os direitos fundamentais não apenas como titularidade subjetiva, mas antes como princípios estruturantes e conformadores de toda a Constituição". (MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**, 6ª ed., Berlin, Dunker & Humblot, 1995, p. 220).

[665] CAVALCANTI, José Paulo. **Da Renúncia no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 62 disponível em http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:1958;000018550 acesso em 22/12/2016.

> se realizar a distinção entre renúncia ao direito e renúncia ao exercício de direito – o que não é feito pelo artigo 11 do Código Civil, por exemplo, mas está, por exemplo no artigo 1707, que, a rigor, estabelece que o não exercício não implica renúncia –, persistiremos em um terreno artificial, em que conceitos são manipulados para justificar a quebra de uma estrutura que se deseja inquebrantável[666].

Com efeito, são cogitáveis situações em que a disposição do direito fundamental possa acarretar vantagens ao seu titular, a exemplo do indivíduo que se submete a cirurgia (dispõe de sua posição subjetiva de direito à integridade física ambicionando obter melhor condição de saúde ou, ainda, forma física).

Tal possibilidade, no entanto, resta condicionada à inexistência de correspondência do direito fundamental subjetivo com um direito fundamental objetivo. Para além da proteção conferida aos direitos fundamentais em seu caráter subjetivo, de se assinalar que esses operam, também, no plano objetivo. Isso porque os direitos fundamentais possuem uma dimensão a extrapolar a subjetiva individual[667]. Existe interesse público na preservação dos direitos fundamentais, na medida em que o seu desrespeito afeta a estrutura das bases sob as quais se fundamenta o Estado Constitucional[668].

---

[666] GODINHO, Robson Renault. A Autonomia das Partes no Projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. **Novas Tendências de Processo Civil**: Estudos sobre o projeto do Novo CPC. Vol.3, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 582.

[667] "Um direito fundamental em sua inteireza, "como um todo", comporta duas dimensões, a subjetiva e a objetiva. (...) A dimensão objetiva traduz uma 'mais valia', traz em si elementos que ultrapassam os efeitos da subjetiva. É um arcabouço de mecanismos, instituições, procedimentos, organizações e sistemas destinados a garantir e a efetivar os direitos fundamentais, de forma direta ou indireta". (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.51, p. 141-174, jan./mar. 2014, p. 161).

[668] Acerca da temática, assim já julgou o Supremo Tribunal Federal: "Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero 'pela utilidade universal da comunidade'". (STF, RE 248869, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 12-03-2004).

Acerca da temática, José Joaquim Gomes Canotilho[669] acentua: "Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária".

Reveste-se o direito de conotação objetiva, portanto, quando ele for significativo para o ideal de sociedade que se pretende firmar. Robson Renault Godinho[670] arremata: "A dimensão objetiva do conteúdo essencial de um direito fundamental ultrapassa a esfera subjetiva de um titular, implica não restringi-lo a ponto de afetar seu significado para a sociedade ou parcela dela".

Assim sendo, apenas quando o direito fundamental subjetivo não possua correspondência com acepção objetiva do mesmo direito, é que seria viável sua disponibilização. Pedro Augustin Adamy[671] enfatiza que:

> a disponibilidade de um direito fundamental se refere somente às situações em que o direito tem esse caráter personalíssimo, que não afeta terceiros e que não possua uma dimensão de proteção estatal ou que tenham como fundamento a proteção de um valor constitucionalmente relevante para todos os atingidos pela garantia ao bem jurídico.

Contudo, em que pese a disponibilidade de direito fundamental personalíssimo possa representar uma vantagem em algumas situações isoladas, como a exemplificada, acredita-se que na imensa maioria das vezes traria prejuízos, mormente sob o prisma do direito processual[672]. A depender da situação e dos termos "a disposição pode redundar em graves desvantagens fáticas e ônus jurídicos para quem a realiza", de modo que "a qualidade do consentimento, sua interpretação, e as

---

[669] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1240.

[670] GODINHO, Robson Renault. A Autonomia das Partes no Projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. **Novas Tendências de Processo Civil**: Estudos sobre o projeto do Novo CPC. Vol.3, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 567.

[671] ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia à Direito Fundamental**, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 83.

[672] "Dessa forma, resta claro que a renúncia nunca poderá interferir naquilo que é intrínseco ao indivíduo, naquelas matérias que se referem diretamente ao desenvolvimento de sua personalidade, naquilo que se relaciona com a sua realização pessoal". (ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia à Direito Fundamental**, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 53).

situações nas quais pode ser admitido como condição suficiente para a disposição são relevantíssimas". Letícia de Campos Velho Martel[673] alerta que:

> Do contrário, abre-se uma poderosa senda, pela qual poderão passar incólumes as explorações de circunstâncias adversas – como o estresse, baixas condições econômicas, sociais ou educacionais – ou sérias violações e o menosprezo dos direitos fundamentais, pois que travestidas de disposição.

Loïc Cadiet[674] efetua uma distinção entre convenções que se refiram a situações jurídicas das partes e convenções destinadas a alterar o procedimento, aduzindo que não haveria de se cogitar da indisponibilidade do plano material somente no segundo caso, sendo necessário o controle no primeiro.

Esse controle, por sua vez, deverá ser exercido pelo magistrado diante do caso concreto. Marco Paulo Denucci di Spritio assevera, nesse contexto:

> Pelo ângulo da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o controle de conteúdo do negócio jurídico processual é no sentido de impedir que qualquer espécie de contrato seja empregado para violar direitos fundamentais. Assim, o magistrado deverá fiscalizar negócios jurídicos processuais que violem, por exemplo, a concretização direta ou indireta do direito fundamental à saúde ou do direito fundamental à moradia[675].

Julio Guilherme Müller,[676] por sua vez, ressalta que a autonomia também possui o *status* de direito fundamental, de modo que, quando

---

[673] MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.51, p. 141-174, jan./mar. 2014, p. 169.

[674] Cf.: CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 98.

[675] Cf.: DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 164.

[676] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de

instaurado um conflito entre ela e outro direito fundamental, o equacionamento desse se daria com suporte na utilização das técnicas da razoabilidade e proporcionalidade.

Com efeito, sempre que o controle de conteúdo envolver direitos fundamentais, a análise de sua validade se dará casuisticamente, ocasião em que o magistrado deverá questionar se aquele direito fundamental comporta acepção objetiva. Positiva a resposta, deverá recusar-lhe aplicabilidade. Já em o sendo negativa, deverá realizar um juízo de razoabilidade entre o direito fundamental que se pretende flexibilizar frente ao direito fundamental de autorregramento da vontade, dessa equação vindo a resultar a viabilidade, ou não, do negócio realizado.

Em resumo, tem-se que a prática dos negócios jurídicos processuais não pode, em absoluto, comprometer valores fundamentais de acepção objetiva ou, ainda que meramente subjetiva, de modo desproporcional.

De outra sorte, negócios processuais podem ser realizados indiscriminadamente em litígios que envolvam direitos fundamentais, para os fomentar. Isso porque "a disposição de um poder processual não resulta automaticamente a disposição da situação jurídica substancial posta em litígio"[677]. Em outras palavras, a discussão de um direito indisponível com a utilização de recursos viabilizados pelo negócio jurídico processual não importa em comprometimento do direito fundamental sobre o qual se litiga.

Imperiosa a realização da distinção, portanto, entre o comprometimento de direitos fundamentais e a mera presença deles no pano de fundo sobre o qual recai o litígio. Isto é, o fato de a demanda versar acerca de direitos indisponíveis, por si só, não representa óbice à prática negocial processual, até mesmo porque ela tem o condão de facilitar a proteção dos direitos fundamentais, e não a intenção de prejudicá-los.

Norteados por essas premissas, os integrantes do Fórum Permanente dos Processualistas Civis aprovaram o enunciado n. 135, com o seguinte teor: "a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 129.

[677] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais.** Tese de Doutorado. UFBA. Orientador: Prof. Dr. Didier Jr. Salvador: 2011, p. 145. No mesmo sentido é o enunciado n. 135 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: "A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

Nesse viés, Leonardo Greco[678] ressalva que a indisponibilidade do direito material não implica vedação à prática de atos de disposição, "tanto no sentido de atos prejudiciais quanto de atos decisórios, mas apenas que não podem praticar os que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos"[679].

Exsurge, portanto, que indisponibilidade do direito material não consiste em critério a definir a viabilidade, ou não, dos negócios jurídicos processuais[680]. Assim como a disponibilidade sobre o direito não implica necessariamente disponibilidade processual para pactuar qualquer negócio jurídico processual, a sua indisponibilidade também não veda, por si só, todo e qualquer negócio jurídico processual[681]. Por exemplo, ainda que o direito seja disponível, a supressão de contraditório revelar-se-ia como um negócio processual inválido, em que pese a natureza do direito material.

Assim, resta assente que, independentemente da disponibilidade do direito material em que se funda a ação, não se poderá dispor de garantias processuais inerentes ao alcance de uma tutela jurisdicional dita justa, a qual, inclusive, acredita-se seja um dos mais eficientes meios de impedir violações ou restrições a direitos fundamentais materiais, na medida em que possibilita ao pretenso violado defender-se dela. Esses aspectos, contudo, serão melhor delineados nos tópicos abaixo.

3.2.1.2 Garantias Processuais

---

[678] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 11.

[679] Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero também admitem a independência entre a disposição sobre procedimento da disponibilidade, ou não, dos direitos materiais. (Cf.: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, vol. 1, 2015, p. 526).

[680] No ordenamento germânico a questão se delineia nos mesmos termos: "Procedural contracts can be concluded regardless of the nature of the rights in dispute. In particular, it is not necessary that the parties are allowed to freely dispose of the right. This is so because procedural contracts only govern the procedural situation. However, in cases in wich the parties are not allowed to dispose of their rights, a procedural contract wich is clearly detrimental to one party may be invalid if this is so severe to be considered contra bonos mores". (KERN, Cristoph A. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 188).

[681] Em contra-exemplo, se a ação versar sobre alimentos – direito indisponível –, e as partes convencionarem estipulação de prazo maior ao legal – em elasticidade que não venha a comprometer a celeridade da demanda –, não se vislumbra prejuízo algum a comprometer o direito material indisponível e, por consectário, macular a avença.

A Constituição consagra alguns direitos processuais elegendo-os à categoria de garantias processuais[682], cuja relação com os limites do negócio processual será examinada na sequência.

A existência das mencionadas garantias se justifica na busca em assegurar uma tutela jurisdicional, se não efetivamente, ao menos potencialmente justa. Isto é, pinçam-se os instrumentos que, reunidos e bem administrados, sejam eficientes para atingir um processo jurisdicional dotado das qualidades consideradas essenciais ao alcance da tutela justa[683].

Em se tratando de direitos fundamentais processuais, isto é, as chamadas garantias processuais conformadoras do modelo constitucional de processo, imperioso destacar que todas elas possuem acepção objetiva, de modo a existir interesse público constante na sua preservação. Com efeito, "não está à disposição das partes a definição daqueles parâmetros mínimos constitucionalmente previstos sobre a forma de exercício do poder jurisdicional"[684].

Antonio do Passo Cabral[685] também reconhece a existência de um núcleo essencial de direitos processuais intangíveis:

> (...) nos acordos processuais, também se deve buscar a preservação de um núcleo elementar de garantias. Assim como a simples invocação de direitos fundamentais processuais não pode reduzir a autonomia privada a nada – porque a liberdade também é um direito constitucional – de outro lado o procedimento convencional deve respeitar a ideia de garantias mínimas do devido processo.

Nada obstante o reconhecimento desse núcleo duro e insuprimível – seja via negócio processual, seja através da aplicação de institutos diversos –, necessário distinguir o viés formal do viés material das garantias processuais. Veja-se: as garantias, mesmo as processuais,

---

[682] Para José Afonso da Silva: "Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais". (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 432).

[683] Conceito que será melhor trabalhado no tópico 3.2.1.2.3.

[684] OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 432.

[685] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 336.

possuem um aspecto formal (desenhado procedimentalmente visando a protegê-las), e um aspecto material (consistente no valor protegido).

Assim, por exemplo, a concessão de prazo para que a parte adversa possa se manifestar acerca das alegações ou documentos colacionados pelo outro litigante é garantia ao contraditório em seu aspecto formal, enquanto a necessidade de essa parte ser ouvida e poder influenciar no resultado do processo é garantia ao contraditório material. Logo, ao se convencionar a restrição do prazo de resposta não se está suprimindo o contraditório, tampouco o flexibilizando. O direito material a participar e influenciar a lide instaurada permanece preservado, apenas com delineamentos diversos, os quais necessitam se adequar ao valor protegido.

Exsurge, portanto, que a flexibilização da forma não implica, necessariamente, a mitigação da materialidade da garantia, sendo que a primeira é amplamente passível de negociação processual, uma vez que não repercuta em violação à segunda.

Reduzir mencionado prazo para 5 dias difere violentamente de reduzi-lo para 2 horas[686]. Na primeira hipótese resta clara a preservação do contraditório, na segunda, evidencia-se a inviabilidade no seu cumprimento. Consoante adverte Antonio do Passo Cabral[687]: "É portanto, a intensidade com que os direitos fundamentais perdem efetividade que pode levar à invalidade ou inadmissibilidade de uma convenção processual".

No mesmo sentido, Julio Guilherme Müller[688] preconiza que, na seara dos direitos fundamentais processuais a integrarem o modelo constitucional, "a autonomia privada pode encontrar algum espaço sem desfigurar a extensão da ordem jurídica pública".

O que se buscará analisar enquanto critério apto a distinguir o passível de disposição do impassível de disposição, portanto, será a

---

[686] "Por força da cláusula geral de negociação processual (CPC, art. 190), as partes podem convencionar a redução de prazos, ainda que sejam peremptórios. Não há nada que impeça a estipulação de prazo convencional para a prática de atos sujeitos a prazos preclusivos ou peremptórios". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 222. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 148).

[687] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 337.

[688] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 74.

materialidade da garantia, a sua aptidão em preservar um processo justo e o direito material sob o qual se funda o litígio.

Necessário, no entanto, definir o que seria esse processo justo. Daniel Mitidiero conceitua-o salientando a inescapável observância a algumas garantias processuais[689]:

> No plano da justa estruturação do processo, ganham relevo os direitos fundamentais processuais que compõem o direito ao processo justo. Em especial, a observância do direito de ação, de defesa, do direito ao contraditório, do direito à prova e do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Julio Guilherme Müller[690], a seu turno, conceitua o processo justo como:

> (...) a confirmação no plano processual do dever de respeito ao conteúdo mínimo das garantias do acesso à justiça, do contraditório efetivo, da igualdade processual, da independência e imparcialidade do magistrado, da fundamentação das decisões proferidas e da duração razoável do processo[691].

---

[689] MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014, p. 66.

[690] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 86.

[691] De se anotar, ainda, as concepções de: a) Diogo Assumpção Rezende de Almeida: "No Estado democrático de direito, no qual se objetiva assegurar aos litigantes direitos e garantias fundamentais no processo, esses interesses públicos preservados encontram-se na lei constitucional. A meu ver, são os seguintes: (i) a igualdade e a capacidade das partes; (ii) o contraditório e a ampla defesa; (iii) o devido processo legal; (iv) o princípio do juiz natural, a independência e a imparcialidade do julgador; (v) a fundamentação das decisões judiciais; (vii) a busca da verdade; (viii) a celeridade; (ix) a coisa julgada material". (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. Tese de doutorado. UERJ. Orientador Prof. Dr. Leonardo Greco. Rio de Janeiro, 2014, p. 143); b) Paulo Mendes de Oliveira: "(...) é possível afirmar que compõem o núcleo mínimo do processo civil no Estado Constitucional, dentre outros, os direitos fundamentais à segurança jurídica, ao acesso à justiça mediante tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, à isonomia, ao contraditório, à ampla defesa, à motivação das decisões judiciais e à publicidade dos atos e termos processuais". (OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 431); c) Leonardo Greco:

Antonio do Passo Cabral[692], por sua vez, argumenta que mesmo as garantias processuais comportariam flexibilização em alguma medida. Acredita-se, no entanto, que "flexibilização da garantia" não seria o termo adequado a descrever o fenômeno, na medida em que materialmente a garantia não pode ser flexibilizada, mas tão somente a sua forma. Explica-se: se o negócio processual implicar em fragilização da materialidade da garantia processual preconizada pela Constituição – ou seja, do valor por ela protegido –, estará, indubitavelmente, violando o processo justo.

Um processo no qual a ampla defesa seja mitigada dificilmente resultará em uma decisão final de mérito que alcançará a Justiça, e é essa potencialidade de consentir com uma tutela injusta que coloca em risco o atual sistema de Justiça. Em outras palavras, não se pode conceber que o próprio sistema admita a dispensabilidade da Justiça da decisão, e isso se dá em virtude do interesse público existente na manutenção desse valor. A tutela justa é, em termos de direitos fundamentais, um direito de nítida acepção objetiva, de modo que as partes não podem dispensar a justiça da tutela jurisdicional em seu caso concreto, em razão da representividade que essa circunstância possui perante os comportamentos que se pretende estimular na sociedade.

Por outro lado, a mera alteração do veículo a transportar uma garantia processual, por si só, não compromete a sua presença a legitimar a justiça da tutela. Assim sendo, a exclusão integral da disposição de meios probatórios a serem exercidos pelas partes,

---

"Entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, apontei então: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, eqüitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação. A esses acrescento agora a celeridade do processo, pois a litigiosidade é uma situação de crise na eficácia dos direitos dos cidadãos que o juiz tem o dever de remediar com a maior rapidez possível (CPC, art. 125), especialmente após a introdução do novo inciso LXXVIII do artigo 5° da Constituição pela Emenda Constitucional n° 45/2004. Acrescentaria também a garantia de uma cognição adequada pelo juiz, pois, esse é um dos objetivos essenciais de toda a atividade processual". (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 11).

[692] Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 172.

certamente, importaria em violação à ampla defesa. Já a restrição de uma única modalidade probatória, a seu turno, não possui o condão de gerar cerceamento de defesa, na medida em que, se as partes assim pactuaram, é justamente porque acreditam que os meios probatórios que remanesceram exercitáveis são os aptos a realizar a ampla defesa; enquanto os descartados, por sua vez, inúteis ao fim probatório.

Diante dessas considerações, os critérios eleitos pelo presente estudo para aferir a viabilidade, ou não, de convenções que interfiram em garantias processuais residem em: a) preservar um processo justo; e b) preservar o direito material sob o qual se pauta a lide – de modo a proporcionar efetividade ao litígio[693].

Com efeito, a efetividade integra o conceito de tutela justa, na medida em que inútil uma tutela que não seja apta a garantir o resultado final do processo. De nada adianta a existência do processo se esse, em razão de uma severa restrição probatória, por exemplo, não fornece insumos suficientes para que as partes possam comprovar suas alegações e, assim, esclarecer ao juiz o que se processou no mundo dos fatos. Igualmente, serventia alguma terá o processo se o direito material cuja tutela se busca for comprometido em razão de um comportamento ostentado pelas partes.

Conclui-se diante dessas elucubrações, que, sempre que a convenção influenciar o direito material, a ponto de implicar a manifesta renúncia ao direito material sob o qual se funda a lide, estar-se-á diante de um sólido limite a não ser ultrapassado, até mesmo porque a aceitação de cenário diverso converteria os valores entre meio e fim, contradizendo um instituto que obstina justamente facilitar o alcance do fim pretendido, e não se tornar um fim em si próprio. Veja-se: o processo existe para solucionar crises de direito material, de modo que se as articulações do instrumento puderem comprometer o direito material objeto dele, deverão ser essas articulações refutadas inválidas.

No que diz respeito ao processo justo[694], dúvida maior do que a especificação de quais seriam as garantias suficientes a confirmá-lo, reside em tentar determinar através de qual instrumento se dará a verificação da preservação da materialidade da garantia.

---

[693] Além da já examinada legitimidade negocial, isto é, ser o negociante titular da situação jurídica que pretende comprometer por meio da convenção processual.

[694] "O 'justo processo' constitui, ainda segundo a doutrina italiana, verdadeira síntese relacional, na linha da harmonização e equilíbrio de todo o conteúdo principiológico do processo presente na Constituição". (ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. **Revista de processo**, São Paulo: RT, a. 36, n. 193, mar. 2011, p. 170).

Novamente incumbirá ao magistrado, nesse momento, negar validade a convenções processuais que violem direitos indisponíveis processuais, realizando, para isso, um juízo baseado no postulado de razoabilidade para cada caso concreto[695]. O controle dessa aferição, por sua vez, se dá por meio do dever constitucional de fundamentação, cuja observância, consoante se verá mais a frente, também é insuprimível.

Nesse vértice, importante pontuar que, dentro desse exame casuístico de razoabilidade a ser efetuado pelo magistrado, acredita-se que, em existindo persistente dúvida ou fundado receio quanto às consequências que a convenção possa acarretar ao direito fundamental adverso, não deve ele decidir, necessariamente, em favor da liberdade, como defende respeitada doutrina[696].

Em casos como os tais, o ônus argumentativo em demonstrar a prevalência da convenção sobre o direito que se pretende mitigar será das partes, visto que são elas quem pretendem romper a inércia procedimental para adulterá-la com novos contornos. Com isto se quer dizer que, em tudo o mais permanecendo igual, o processo seria conduzido pelo modelo tradicional, o qual estabelece formas que visam a proteger a materialidade valorativa das garantias processuais.

Assim sendo, caso o rompimento com esse padrão gere dúvida no magistrado quando esse estiver realizando o controle de validade a si imputado pela intelecção do parágrafo único do art. 190, incumbe às partes demonstrar a ele que o rompimento com a forma que reveste a garantia não implica obstaculização da garantia em si.

Não se desincumbindo elas do mencionado ônus, deve-se prestigiar "o modelo constitucional de processo em detrimento da liberdade e da autonomia privada das partes"[697]. Julio Guilherme Müller[698] preconiza:

---

[695] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 131-132.

[696] Peter Schlosser, o qual influenciou Antonio do Passo Cabral. Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 253-254.

[697] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 133.

[698] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 133.

> A razão determinante para tal postura está na premissa de que o processo é instrumento de poder do Estado que, na dúvida, deve prestá-lo segundo o modelo constitucional de processo. Discordamos, portanto, do entendimento segundo o qual na dúvida deve prevalecer a liberdade (*in dubio pro libertate*). Na dúvida, prevalece a melhor interpretação conforme à Constituição.

É bem verdade que a liberdade e o autorregramento da vontade também possuem fundamento constitucional, integrando, por consectário, o modelo constitucional de processo.

Nada obstante, quando evidenciado um conflito entre alguma das típicas garantias processuais formadoras da tutela justa (contraditório, igualdade, ampla defesa etc) e a manifestação volitiva das partes, acredita-se que o magistrado, diante do caso concreto, deverá realizar um exame de ponderação entre os valores colidentes.

Consoante preconiza Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[699]:

> (...) a interpretação deve ser conforme à Constituição, encarada esta de forma global, com ponderação de valores entre os direitos fundamentais adequados e o bem protegido pela lei restritiva (...) Outro aspecto a ser sublinhado, com repercussão imediata na vida das pessoas, é a determinação dos direitos fundamentais e dos princípios que colidam entre si no caso em julgamento, da ponderação dos valores e da determinação do que deva prevalecer para justiça do caso, consoante o chamado princípio da proporcionalidade, regra hoje inafastável de hermenêutica.

Assim sendo, em cada caso concreto deverá o magistrado realizar sua análise pautado no postulado de proporcionalidade, verificando em que medida o negócio processual poderia vir a vulnerabilizar alguma das garantias processuais formadoras do processo justo e, caso verifique que

---

[699] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**, p. 07. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 10.10.2016.

a materialidade da garantia resta comprometida em virtude do negócio, deverá afastá-lo em razão de sua inconstitucionalidade.

Exsurgindo do exame dúvida acerca da fragilização, ou não, que o negócio poderia implicar ao processo justo, acredita-se que esse último deve ser prestigiado em detrimento daquele; isto é, manter-se o desenho processual tradicional, em zelo ao principal escopo da jurisdição.

Antes de adentrar no exame pormenorizado das garantias envolvidas no núcleo mínimo a ser preservado incólume dos negócios processuais, necessário esclarecer alguns conceitos a circunscreverem a temática.

3.2.1.2.1 Lei imperativa, normas cogentes e matéria de ordem pública processual

O inciso VI do artigo 166 do Código Civil preceitua a nulidade do negócio jurídico quando esse "tiver por objetivo fraudar lei imperativa". O inciso VII, na mesma linha, versa acerca de hipóteses em que a lei taxativamente reconhecer o ato como nulo ou proibir a sua prática, sem, contudo, cominar-lhe sanção. Por fim, os artigos 2.035 do Código Civil e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro condicionam a validade dos negócios jurídicos ao respeito à ordem pública.

Parcela da doutrina acredita que as ditas normas "imperativas" correspondem às normas cogentes, isto é, aquelas cuja observância é inescapável[700]. Cumpre aqui distinguir as normas processuais entre cogentes e dispositivas, vindo a se admitir a convencionalização processual largamente no âmbito destas últimas e restritivamente no âmbito daquelas primeiras[701].

---

[700] "Nos contratos procedimentais, o juiz tem o dever de zelar pelo equilíbrio das partes (art. 139, I, do NCPC), tem de impor limites à autonomia delas. O espaço deixado para a vontade das partes deve ser interior às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como o espaço em branco cercado pelas regras que o limitam. Assim, por exemplo, não podem as partes pactuarem a alteração das regras de competência absoluta, diferentemente da competência relativa (competência territorial e em razão do valor)". (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 242).

[701] Igualmente se processa na Alemanha, onde a liberdade de contratar não se aplica aos princípios fundamentais de direito processual civil, restando atrelada somente às regras dispositivas. (Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 10).

Com efeito, consoante Pedro Henrique Pedrosa Nogueira[702] alerta, "o autoregramento da vontade, na sua relação com as normas processuais cogentes, encontrará limites significativamente maiores do que no espaço que lhe é deixado no âmbito do direito privado".

José Carlos Barbosa Moreira[703], ao examinar os limites atribuíveis aos negócios processuais, concorda na imposição do referido limite, mas exalta a dificuldade em precisa-lo:

> O mais difundido desses critérios é o que se baseia na distinção entre normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas. Admitir-se-ia no âmbito destas e repelir-se-ia no daquelas a liberdade de convenção entre as partes. Não é certo, porém, que esse caminho leve à solução satisfatória em qualquer hipótese, antes de mais nada pela dificuldade que às vezes se encontra em traçar linha divisória nítida entre as duas espécies de normas.

A dificuldade surge ao se tentar desmitificar esse conceito em um parâmetro de identificação objetivo para essas normas.

A correspondência entre normas cogentes e devido processo legal[704] não se demonstra válida, visto que alguns institutos de direito processual, em que pese disciplinados de modo cogente, não integram necessariamente os ditames formadores do conceito de devido processo legal[705], compreendido enquanto processo justo.

O estabelecimento de sinomínia entre os termos "norma cogente" e a dita "matéria de ordem pública[706]" parece indicar um caminho, em que pese não se repute que o campo de significação das mencionadas locuções seja rigorosamente o mesmo. Como coloca Flávio Luiz

---

[702] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A Cláusula Geral de Acordo de Procedimento no Projeto do Novo CPC (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. **Novas Tendências de Processo Civil**: Estudos sobre o projeto do Novo CPC. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 21)

[703] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 85.

[704] Em que pese o devido processo legal também consista em um dos limites à livre pactuação processual, o qual será abordado adiante.

[705] Cf.: YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 71. O autor exemplifica apontando o caso dos pressupostos processuais, os quais são cogentes, mas não formam o devido processo legal.

[706] Cognoscíveis – oficiosamente, inclusive – a qualquer tempo e grau de jurisdição, escapando ao alcance da preclusão.

Yarshell: "Embora não se reconheça indefectível correspondência entre os conceitos de norma de ordem pública, de um lado, e norma cogente, de outro, a indicação legal não deixa de ser um parâmetro objetivo"[707].

Tem-se, portanto, que a autonomia das partes encontra mais severos limites no âmbito processual, onde vigem inúmeras normas de caráter cogente. Todavia, esse cenário não derrui, por completo, a possibilidade de convenções processuais acerca de matérias reguladas por normas ditas cogentes, se essas não veicularem um valor definido como garantia processual.

Já a ordem pública, por sua vez, se identifica com esses valores constitutivos da dita tutela justa, ou seja, representa os direitos fundamentais processuais em sua acepção objetiva, a qual é impassível de disposição pelas partes.

Em razão da fundamentalidade inerente a esses direitos, a ordem pública é caracterizada como uma matéria não sujeita à preclusão, podendo o juiz as rever de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de provocação das partes[708].

Assim sendo, restam delineados os diferentes contornos entre os conceitos de normas cogentes e normas de ordem pública. Consoante alerta Antonio do Passo Cabral[709]: "nem toda ofensa a normas cogentes representa uma ofensa à ordem pública, porque esta corresponde a um universo menor do que o conjunto das regras imperativas".

Löic Cadiet acentua a ordem pública processual como rígido limite aos acordos processuais relativos ao desenrolar de instância, lecionando que: "Em ausência de uma disposição contrária, nada impede um acordo entre as partes para decidir as regras do procedimento em tudo aquilo autorizado pela ordem pública processual"[710].

---

[707] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 71.

[708] Cf.: SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**: atualizado de acordo com a nova Reforma Processual: Leis nº 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006, p. 228.

[709] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 309.

[710] Tradução livre de: "En ausencia de una disposición contraria, nada impide un acuerdo entre las partes para decidir las reglas del procedimiento en todo aquello autorizado por el orden público procesal". (CADIET, Löic. Los acuerdos em derecho francés: situación actual de la contrctualización del processo y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3: 3-35, aug.-dec. 2012, p. 25v disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true acesso em: 15/10/2016).

Mesmo na arbitragem, em que as partes podem livremente escolher o ordenamento jurídico que pretendem aplicar na resolução da lide, ou se sequer querem aplicar o direito – julgando a causa por equidade –, o art. 2º, § 1º da Lei nº 9.307/96[711] estabelece enquanto parâmetro limitador a ordem pública.

Nada obstante a busca em conferir objetividade ao termo, persiste incômoda margem de subjetividade, porquanto inexiste dispositivo, construção doutrinária ou jurisprudencial a elencar taxativamente quais seriam essas matérias de ordem pública, cuja obrigatoriedade escaparia ao âmbito do autorregramento da vontade.

Comumente são apontadas enquanto matéria de ordem pública as preliminares arguíveis em contestação (elencadas nos incisos do artigo 337 do CPC/2015), contudo, nem todas as hipóteses ali constantes efetivamente consistem em questões observáveis oficiosamente – a exemplo da convenção de arbitragem, a qual necessariamente deve ser suscitada pelas partes –, bem como, em contraponto, nem todas as reconhecidas matérias de ordem pública se encontram ali referenciadas – a exemplo dos consectários legais, ônus sucumbenciais e tantas outras.

Tem-se, em verdade, que as mencionadas matérias de ordem pública se encontram espalhadas pela legislação processual, exsurgindo ainda, muitas vezes, de construções jurisprudenciais, de modo a fadigar qualquer tentativa de seu mapeamento exaustivo.

Nada obstante, o sistema vem convivendo harmonicamente com essa aparente indeterminação, observada a alta frequência com que essas matérias são suscitadas e debatidas no quotidiano forense de modo a fazer acreditar que a ausência de um rol taxativo as contemplando não obstacularizará o manejo dos negócios processuais.

Em verdade, acredita-se, inclusive, que tal ausência é providencial, na medida em que a positivação de determinadas matérias pinçadas enquanto de ordem pública, em detrimento de outras, engessaria a evolução do direito. É imperioso ter em mente que esse se trata de um conceito linguístico propositalmente aberto, na medida em que se transmuda acompanhando os valores a dominar cada sociedade e, por consectário, seu ordenamento jurídico.

---

[711] Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.
§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Nesse viés, Giuseppe Chiovenda[712] já assinalava que uma mesma regra processual pode possuir o status de inderrogável em nome da ordem pública em um sistema jurídico e não o ser em ordenamento distinto[713].

A vagueza e a indeterminação do conceito funcionam como válvulas de oxigenação ao ordenamento, permitindo-lhe evoluir – ou até mesmo involuir –, sem necessidade de recorrer a rupturas.

Em que pese possível, a adoção desses valores intenciona justamente impedir que involuções se processem. Em se tratando de um estado democrático constitucional, como é o caso pátrio, esses valores escolhidos pela ordem pública processual tendem, por óbvio, a coincidir com os democráticos e constitucionais, reverenciando o processo justo, o contraditório e a ampla defesa, entre outros, enquanto mecanismos a coibirem um sistema jurisdicional autoritário.

Assim, as normas que buscam assegurar a regularidade do processo são reputadas como cogentes; não, necessariamente, como ordem pública. Ordem pública somente serão se envolverem a acepção material de alguma das garantias processuais. Flávio Luiz Yarshell aponta:

> Isso evidentemente não quer dizer que os fins justificam os meios, porque o processo é garantia das partes na perspectiva de que é instrumento de exercício de poder. Ainda assim é preciso considerar que o meio não pode se sobrepor aos escopos a que serve. Ademais, aquilo que tradicionalmente se entendia como eventual irregularidade processual pode, eventualmente, ser superado por convenção das partes[714].

Logo, diante da admissão de que, mesmo as reputadas normas cogentes comportam negociação, quando sua mitigação não atinge os

---

[712] CHIOVENDA, Giuseppe *apud* CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 311.

[713] "A indeterminação e generalidade da expressão ordem pública, e sua função no sistema como cláusula geral, não recomenda que aqui se procure demonstrar todas as posições jurídicas que a integram nos mais diversos campos do direito". (MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 139).

[714] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 71.

escopos processuais, dessume-se que seriam esses, então, aqueles que integrariam a composição da norma sob análise. Isto é, quando o artigo 166, inciso VI do Código Civil menciona a nulidade de negócios realizados com o objetivo de fraudar lei imperativa, está, dentro da seara dos negócios jurídicos processuais, se referindo através do termo "lei imperativa" a todo o conjunto de normas que visa a assegurar o atingimento dos escopos da jurisdição, os quais se identificam com um núcleo irredutível de garantias processuais.

Nesse viés, Leonardo Greco[715] referencia enquanto normas de ordem pública aquelas que visam a "preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo". Explica-as o autor como sendo:

> o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes.

A definição de ordem pública processual circunda, portanto, um "núcleo duro de princípios e garantias"[716] a funcionar como um mínimo existencial para a possibilitação de uma tutela justa. Coincide com um núcleo mínimo indicado enquanto fomentador de um processo justo[717].

---

[715] Esmiuçando a questão, o autor referencia: "Entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, apontei então: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, eqüitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação. A esses acrescento agora a celeridade do processo, pois a litigiosidade é uma situação de crise na eficácia dos direitos dos cidadãos que o juiz tem o dever de remediar com a maior rapidez possível (CPC, art. 125), especialmente após a introdução do novo inciso LXXVIII do artigo 5° da Constituição pela Emenda Constitucional n° 45/2004. Acrescentaria também a garantia de uma cognição adequada pelo juiz, pois, esse é um dos objetivos essenciais de toda a atividade processual". (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 11-12).

[716] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 25.

[717] Item 3.2.1.3.2.

Dessume-se, portanto, a existência de um conjunto maior de normas ditas cogentes, ditando rigores formais por vezes flexíveis, e um conjunto menor, denominado ordem pública, ditando rigores processuais de caráter material absolutamente inflexíveis, os quais se identificam com os limites estruturais supramencionados.

3.2.1.2.1.1 Bons Costumes

De se mencionar, ainda, que o Código Civil se remete à figura dos bons costumes, em alguns momentos, para fazer menção à limite intransponível à contratualização. Reza o artigo 122 do mencionado diploma que são ilícitas as condições do negócio contrárias aos bons costumes. Na mesma linha, o artigo 187 restringe o exercício de um direito quando esse exceder manifestamente os limites impostos pelos bons costumes.

Nada obstante a disciplina legal, imperioso reconhecer a insuficiência do critério "bons costumes" a delimitar a atividade negocial processual. A uma, por não se tratar de uma definição jurídica, mas moral, a qual pouca penetração possui no direito processual, ambiente acentuadamente técnico no qual somente valores constitucionais imperam. A duas, pela vagueza conceitual do termo, o qual, paradoxalmente é carregado de valores – e preconceitos.

Consoante leciona Antonio do Passo Cabral[718]:

> Trata-se de cláusula vaga que remete a padrões de moralidade que dificilmente têm guarida no quadro constitucional das sociedades plurais e contemporâneas, nas quais se agasalham as diferenças, com respeito e tolerância, inclusive nos costumes da vida privada.

Com efeito, diante da hodierna realidade, inaceitável a imposição de padrões comportamentais a serem reputados como adequados em razão de fatores culturais de cunho moral. O contrário é que deve se verificar, isto é, o estímulo à aceitação da diversidade, em suas mais variadas manifestações culturais.

Assim sendo, rejeitado resta o conceito para fins de aferição da validade de negócios jurídicos processuais.

---

[718] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 302.

3.2.1.2.2 Processo justo (devido processo legal)

Inegável que o devido processo legal[719] consista em um robusto limite à livre pactuação processual[720], decorrendo diretamente de imperativo constitucional positivado nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Carta Magna.

A mencionada garantia possui suas origens atreladas a necessidade de impor limites ao poder absoluto dos governantes, momento histórico esse no qual os indivíduos clamavam por maior proteção em face ao Estado[721]. Por essa razão, inclusive, devem ser pontuadas algumas críticas[722] à adoção do termo pelo pergaminho

---

[719] Ticiano Alves e Silva pontua a importância da mencionada garantia, acentuando que "todos os demais direitos fundamentais processuais estão incluídos ou derivam do devido processo legal". (SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set./2016, p. 56).

[720] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70.

[721] "O Estado, quando atua, ainda mais quando atua com a possibilidade de restringir direitos, deve fazê-lo por intermédio de um processo. Este processo não pode ser qualquer processo. A estrutura deste processo é desenhada prévia e minimamente pela Constituição Federal, a fim de garantir controle a participação (influência) na produção dos atos de poder. (...) Contemporaneamente, em razão do desequilíbrio das posições de poder encontráveis entre particulares, entende-se que o devido processo também deve ser obedecido na produção de alguns atos de direito privado, como, por exemplo, na multa cominada em razão de comportamento antissocial do condômino e na exclusão do sócio de um clube, ou seja, atos especialmente sancionatórios. A incorporação legislativa desse procedimento revela a importância da questão. Com efeito, a Lei 11.127/2005 alterou o art. 57 do CC, para dispor que 'a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto". (SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set./2016, p. 57-58).

[722] Cumpre registrar algumas críticas à utilização do termo "devido processo legal", o qual deriva de literal tradução de "*due process of law*", visto que a mencionada garantia se direciona, em verdade, a um devido processo constitucional (Cf.: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 100-101), ou, ainda, a um devido processo de direito (Cf.: REDONDO, Bruno Garcia. Devido Processo "legal" e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 130, p. 09-16, jan. 2014). Daniel Mitidiero, por sua vez, delineia suas críticas ao uso do termo em duas frentes: "Em primeiro lugar, porque remete ao contexto cultural do Estado de Direito (*Rechtsstaat, État Légal*), em que o processo era concebido unicamente como um anteparo ao arbítrio estatal, ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat, État de Droit*) tem por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo. Em segundo lugar, porque dá azo a que se procure, por conta da tradição estadunidense em que colhida, uma dimensão substancial à previsão (*substantive due processo f law*), quando inexiste necessidade de pensa-lo para além de sua dimensão processual no direito brasileiro". (MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista**

constitucional, adotando-se, para o presente estudo, a acepção de "processo justo"[723]-[724].

Nada obstante, fundamental ter em mente que a conceituação do do processo justo oscila conforme o momento histórico, devendo se buscar o conteúdo da garantia de acordo com o contexto em que inserida[725]. Em outras palavras, para além da possibilidade de alteração em seu conteúdo – congregando, por exemplo, novas garantias –, importante analisar a historicidade referente à fixação conceitual no tempo e no espaço, importando em redefinições de garantias já albergadas[726].

Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.8, n.45, p. 22-34, nov./dez. 2011, p. 23). Ticiano Alves e Silva, a seu turno, acrescenta a ideia de devido processo convencional, referindo-se às convenções internacionais a adentrarem no ordenamento jurídico pátrio com status constitucional ou supralegal: "(...) além do devido processo legal ou constitucional, tem-se também o devido processo convencional e que, embora exista uma zona de intersecção entre seus âmbitos de proteção, há também âmbitos de proteção autônoma, que não decorrem necessariamente da textualidade de suas previsões. (...) ao conformar o processo no plano infraconstitucional, o legislador deve considerar não somente os direitos fundamentais processuais previstos na CF como também os direitos humanos processuais estabelecidos nas convenções internacionais, que, se garantirem maior proteção, devem ter seus sentidos incorporados à noção de devido processo existente, como camadas de proteção que se sobrepõem a fim de assegurar maior tutela da dignidade humana processual". (SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set./2016, p. 56 e 68).

[723] Adota-se a conceituação de Daniel Mitidiero para o princípio do processo justo: "O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional. É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas". (MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.8, n.45, p. 22-34, nov./dez. 2011, p. 23). Ressalva-se, contudo, que em muitos momentos haverá menção ao termo "devido processo legal", visto que comumente é utilizado por diversos autores.

[724] Referindo-se ao inciso LIV do art. 5º da CRFB, preconiza Paulo Mendes de Oliveira: "Disciplinou o Constituinte o mais importante direito fundamental processual, de conteúdo conglobante dos demais direitos fundamentais, traçando clara diretriz à atuação do Estado no exercício da jurisdição, no sentido de que não se admite no ordenamento jurídico brasileiro qualquer provação da esfera jurídica das pessoas sem ser garantido o direito a um processo justo". (OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 431).

[725] "(...) o devido processo de ontem não necessariamente o é hoje, mostrando-se imperiosa a interpretação de tal garantia em conjunto com o sistema – não apenas jurídico – que integra. É, pois, uma garantia em permanente construção"CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 223.

[726] "Por exemplo, o direito ao contraditório, hoje, possui um âmbito de proteção normativa maior do que há 50 (cinquenta) anos. Fala-se contemporânemante em direito de influência e não surpresa, impensável quando o que se tinha era apenas o direito de ciência obrigatória dos

Realizadas essas considerações, de se analisar a interface desse conjunto de garantias com os negócios jurídicos processuais, emergindo dúvida se esses poderiam, de algum modo, macular o devido processo legal compreendido enquanto processo justo[727]. Absolutamente. Determinadas pactuações[728] podem vir a afetá-lo gravemente, devendo essas ser afastadas em razão de sua flagrante inconstitucionalidade. Contudo, em que pese a constatação de nocividade de algumas variações do instrumento, imperioso reconhecer que o instituto, em si, é fomentador do processo justo, na medida em que potencializa a prestação jurisdicional efetiva.

Inicialmente, essencial desmitificar que o conceito do processo justo não se identifica com o de processo rigidamente modelado pela lei – em sua forma –, mas sim com o de processo valorativamente conformado com as garantias constitucionais[729].

O devido processo é o processo devido, isto é, aquele que, adequado às peculiaridades e vicissitudes da causa e dos causadores, consegue propiciar melhor tutela ao direito material pretensamente ofendido, alcançando, assim, a justiça almejada. Consoante ensina José Carlos Barbosa Moreira: "será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material"[730].

Tem-se, portanto, que o devido processo legal atua dualmente em relação aos negócios processuais, visto que, ao mesmo tempo em que os limita, utiliza-se dele para sua própria consecução. Em outras palavras: atinge-se ao processo justo através da ferramenta de negociação processual, pois apenas através da flexibilização do procedimento rigidamente previsto em lei é que se alcança o processo adequado ao

---

atos do processo e de possibilidade de manifestação (formal)". (Cf.: SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set./2016, p. 70).

[727] "O argumento de que a flexibilização procedimental violaria o devido processo legal ampara-se na insistência em mantê-lo vinculado ao seu aspecto formal. Dessa forma, nega-se a sua dimensão substancial que impõe o reconhecimento de que o processo devido às partes é o processo justo". (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 223).

[728] As quais virão a ser exploradas nos tópicos sequentes.

[729] "(...) o devido processo legal, como informa a mais moderna doutrina italiana, não significa processo rigidamente modelado pela lei, mas sim o delineamento legal do processo, que pode ser montado sobre cláusulas gerais , abertas e flexíveis, que pemitem maior mobilidade judicial para adequação procedimental ao caso concreto". (ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. **Revista de processo**, São Paulo: RT, a. 36, n. 193, mar. 2011, p. 193).

[730] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, Renovar, v.20, maio 2001, p. 47-57, p. 47.

equacionamento de plurais relações jurídicas controvertidas, isto é, adaptado às vicissitudes do direito material sobre o qual se litiga.

Consoante salienta Fernando da Fonseca Gajardoni, a adequação do procedimento rigidamente e abstratamente previsto em lei às peculiaridades do direito material discutido em Juízo: "acaba por favorecer o princípio do devido processo legal ao invés de esmorecê-lo"[731].

Enfatizando que a adaptabilidade da forma em favorecimento do conteúdo material privilegia o processo justo, leciona Daniel Mitidiero[732]:

> Dada a interdependência entre direito e processo, o direito material projeta a sua especialidade sobre o processo, imprimindo-lhe feições a ele aderentes. Isso quer dizer que o conteúdo mínimo de direitos fundamentais processuais que confluem para organização de um processo justo não implica finalidade comum a todo e qualquer processo, nem tampouco obriga à idêntica e invariável estruturação técnica. Pelo contrário: o direito ao processo justo requer para sua concretização efetiva adequação do processo ao direito material – adequação da tutela jurisdicional à tutela do direito. É preciso ter presente que compõe o direito ao processo justo o direito à tutela jurisdicional adequada dos direitos.

Mas o que definiria um processo como justo? Encontrar um critério único e atemporal a determinar a justiça, ou não, do processo, consiste em tarefa fadada ao insucesso, observada a permanente construção em que se encontra envolvido o conceito. Acerca da indeterminação do termo e da dificuldade em precisa-lo, aponta Daniel Mitidiero[733]:

> Não é possível definir em abstrato a cabal conformação do direito ao processo justo. Trata-se de termo indeterminado. O direito ao processo

[731] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 100.
[732] MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.8, n.45, p. 22-34, nov./dez. 2011, p. 28.
[733] MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.8, n.45, p. 22-34, nov./dez. 2011, p. 26.

> justo constitui cláusula geral – a norma prevê um termo indeterminado no seu suporte fático e não comina consequências jurídicas à sua violação. No entanto, é possível identificar um 'núcleo forte ineliminável', um 'conteúdo mínimo essencial' sem o qual seguramente não se está diante de um processo justo.

Inserida no Estado Constitucional, a interpretação do conteúdo do processo justo fatalmente se dará sob as lentes da Constituição, a qual estabelece, ela própria, parâmetros para o alcance de um processo justo.

Ademais, nada obstante a abstração e generalidade do termo – caracterizado enquanto uma cláusula geral –, de se destacar sua presença quase uniforme nos mais variados ordenamentos jurídicos ocidentais. As origens da previsão do termo devido processo legal remontam à Carta inglesa de 1.215. Alguns países aderem ao instituto através de denominação diversa – como a Itália, que utiliza a locução "giusto processo", adotada por esse estudo. Por fim, há ainda países a não mencionar a referida garantia em suas Constituições – a exemplo da Alemanha –, reconhecendo, no entanto, a imprescindibilidade de um "modelo processual de atuação estatal, que deve ser observado para que, ao final, a decisão seja considerada legítima"[734]. Ticiano Alves e Silva explica que: "Nestes casos, a análise de seu conteúdo normativo ocorre mediante o estudo dos direitos processuais humanos ou direitos fundamentais específicos"[735].

Buscando identificar nortes a auxiliar a tarefa de conferir alguma objetividade ao processo justo, Daniel Mitidiero elenca enquanto parâmetros para o seu alcance: a) o processo pautado pela colaboração, isto é, assimétrico e paritário; e b) o processo apto a emprestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva, o fazendo por meio da observância da igualdade (paridade de armas), contraditório, ampla defesa, direito à prova, perante juiz natural, com previsibilidade de pronunciamentos confiáveis e motivados, "em procedimento público, com duração razoável e, em sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada"[736]-[737].

---

[734] SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set./2016, p. 61.
[735] SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set./2016, p. 61.
[736] MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.8, n.45, p. 22-34, nov./dez. 2011, p. 27.

Eduardo Cambi e Aline Regina Neves arrematam, sintetizando que: "O que se garante às partes é um processo com desenho constitucional, em que deve ser observado a igualdade substancial, a ampla defesa, o contraditório e a duração razoável do processo"[738].

Todos esses desdobramentos do processo justo, em sua interface com os negócios jurídicos processuais, serão examinados nos tópicos seguintes.

3.2.1.2.3 Igualdade Material

Não é à toa que um dos mais emblemáticos símbolos a representar o Direito consista em uma balança sustentada por Têmis vendada. Por meio dessa imagem resta ilustrado não apenas o fim buscado pela intervenção jurisdicional – dar a cada um o que lhe é de direito –, mas também o meio necessário para que a prestação jurisdicional atinja seu escopo – equilíbrio.

Com efeito, se a relação jurisdicional for desequilibrada, os resultados dela tendem a ser falaciosos e a justiça da decisão, por sua vez, questionável. É bem verdade que "justiça" se trata de um termo polissêmico e até mesmo subjetivo. Nada obstante, o ordenamento prescreve uma receita normativa que visa a assegurar uma máxima probabilidade de "justiça" da decisão, impondo garantias de observância compulsória tais quais a imparcialidade do juiz e todas as ramificações do devido processo legal constitucional.

Assim, uma vez constatado que o equilíbrio da relação processual consiste em *conditio sine qua non* para o desenvolvimento da atividade jurisdicional e para o alcance de seu objetivo, imperioso reconhecer a vedação de negociações o envolvendo.

Nada obstante, importante salientar que os negócios processuais não são inimigos da igualdade material. Veja-se: o principal escopo da jurisdição, consoante se sabe, consiste em restabelecer a paz social, o fazendo através da aplicação do direito objetivo – quando não for

---

[737] No mesmo sentido, Ticiano Alves e Silva preconiza que o processo é devido quando observados: "o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF), a igualdade entre as partes (art. 5º, I, CF), o juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF), a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), a publicidade (art. 5º, LX, CF), a fundamentação das decisões (art. 93, IX, CF), proíbem-se as provas ilícitas (art. LVI, CF) etc". (SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set./2016, p. 59).

[738] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 224.

possível a solução consensual. Contudo observe-se, nesse vértice, que toda vez em que se obtém um negócio processual, há a presença de consenso entre as partes, em outros termos: pacificação acerca de um delineamento da demanda.

Nesse esteio, de se destacar que, se as partes possuem a liberdade de autocompor uma solução ao seu litígio como um todo, resolvendo o mérito do conflito de direito material que as envolve, porque não poderiam o menos, isto é, ao invés de desenhar a solução jurídica para o equacionamento da lide, desenhar o procedimento através do qual esse se dará?[739]

Logo, os limites preservados são aqueles que notoriamente buscam assegurar que o processo – e aqui, independentemente das peculiaridades da questão de direito material controvertida –, atinja os escopos jurisdicionais, os quais não se esgotam apenas na pacificação social, compreendendo também os adjetivos de que essa pacificação deve ser dotada.

Os mais conhecidos deles consistem na segurança jurídica e na isonomia[740] – da qual decorrem contraditório, imparcialidade do juiz, paridade de armas etc.

Denota-se, portanto, que a manutenção da igualdade real resta enquanto um dos limites inultrapassáveis ao negócio processual. Contudo, preciso ter em mente que essa somente é considerada ferida quando afetado o exercício de alguma outra garantia cara ao ordenamento.

De se pontuar, nesse aspecto, que os conceitos de igualdade e de efetividade se encontram correlacionados com a acepção social de processo de José Carlos Barbosa Moreira, para quem: "merecerá a denominação de efetivo, do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os

---

[739] Nas palavras de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira: "Se a solução do litígio é benéfica à própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir aos litigantes, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinarem a forma do exercício das suas faculdades processuais, ou até mesmo delas dispor". (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral de acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). *In:* FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). **Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodiwm, 2014, p. 17).

[740] Nesse sentido, Rafael Sirangelo de Abreu defende que: "a igualdade pode servir como parâmetro de limitação e controle da viabilidade de certos negócios processuais, mediante contraditório prévio e decisão fundamentada". (ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 205).

dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais"[741].

Ingo Wolfgang Sarlet, no mesmo sentido, preconiza:

> (...) o maior ou menor desequilíbrio objetivamente aferível nas relações entre particulares serve em geral como critério justificador da maior ou menor necessidade de efetivar os deveres de proteção do Estado, viabilizando eventual restrição (sempre proporcional!) da autonomia privada do ator social 'poderoso' em benefício da parte mais frágil da relação, com o escopo de assegurar a manutenção (não meramente formal) do equilíbrio entre as partes, quando efetivamente rompido ou ameaçado[742].

Trata-se, portanto, de um óbice reflexo, na medida em que o que se protege não é "a igualdade pela igualdade"[743], mas sim as repercussões que seu desequilíbrio implicaria nos ditames do processo justo[744].

Leonardo Greco[745] assevera, a este respeito, que "O equilíbrio contratual e a paridade de armas também limitam a liberdade de

---

[741] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, Renovar, v.20, maio 2001, p. 47-57, p. 48.

[742] SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUMER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 134-135.

[743] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. Tese de doutorado. UERJ. Orientador Prof. Dr. Leonardo Greco. Rio de Janeiro, 2014, p. 162.

[744] Em contrapartida, Rafael Sirangelo de Abreu compreende que: "O tão só fato de que tenha resultado em desequilíbrio entre dois sujeitos processuais em termos de desempenho futuro de suas posições processuais não significa que a manifestação de vontade seja inválida. Se as partes podem, por meio de omissões, não desempenhar certas posições processuais durante o processo, igualmente podem abdicar dessas posições por meio de negócios processuais. Omissões conscientes não devem ser tuteladas pelo judiciário apenas porque significaram más escolhas estratégicas". (ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 210-211).

[745] O autor exemplifica que "Exemplo recente nesse sentido encontra-se na Lei 11.280/2006, que facultou ao juiz reconhecer de ofício a nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, dando nova redação ao parágrafo único do art. 112 e ao art. 114 do Código de Processo Civil. Como já acentuei em outro estudo, a igualdade das partes deve ser concreta, e não apenas formal, o que exige um juiz vigilante para suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas do mais fraco em relação ao mais forte. A posição de dependência de uma parte em relação à outra, a inferioridade econômica em decorrência da pobreza ou da

disposição das partes". Luiz Flávio Yarshell[746], no mesmo sentido, preconiza que a desigualdade é inerente aos seres humanos, não sendo essa a responsável por causar a invalidade da pactuação. O problema surge quando essa desigualdade se infiltra nas regras processuais, em razão da preponderância econômica, técnica ou jurídica de um dos sujeitos em detrimento do outro, resultando em regras favoráveis ao primeiro e desfavoráveis ao segundo. Em síntese: "pode haver negócio processual válido entre pessoas desiguais, desde que o processo assegure a igualdade real".

Contudo, a detecção do desequilíbrio depende do efetivo prejuízo, até mesmo porque, consoante se sabe, dentro do processo inexiste nulidade sem prejuízo.

Ademais, o prejuízo isolado não basta se houver sido garantida a igualdade entre os litigantes. Em outras palavras, a higidez da convenção processual estaria vinculada ao equilíbrio entre as partes, para que nenhuma delas: "em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa"[747].

No que concerne a esses, se dedicará maior atenção nos próximos itens.

3.2.1.2.4 Contraditório

O contraditório consiste na garantia que assegura, não apenas o poder de participação da parte no processo, mas também o poder de influência desta na formação do convencimento do magistrado.

Mencionada garantia integra o próprio conceito de processo[748], de modo a redundar a sua absoluta indispensabilidade à órbita processual. Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga[749], nesse sentido, enfatizam:

---

proeminência do Estado, são circunstâncias que criam uma desigualdade concreta a exigir permanente intervenção equalizadora do juiz e a limitar o seu poder de disposição". (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 11).

[746] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 69.

[747] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 10.

[748] Elio Fazzalari conceitua o processo como "procedimento em contraditório, pois antes de qualquer medida, providência ou remédio, sempre se localizará o procedimento". (FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di Diritto Processuale**. 7 ed. Padova: CEDAM, 1996, p.7).

> Revela-se como direito fundamental à participação das partes no processo de produção e cumprimento da decisão judicial, como a mais clara manifestação da democracia no exercício do poder jurisdicional. É tão intimamente relacionado ao exercício do poder que, para alguns, pode ser considerado inerente à própria noção de processo.

Com efeito, adere-se à concepção de Elio Fazzalari, uma vez que não se acredita que um procedimento encadeado subtraído de contraditório possa ser qualificado como processo. Neste aspecto, assinala Eduardo de Avelar Lamy[750]:

> No direito processual, os cientistas tendem a concordar, hoje, com a necessidade de identificar-se uma teoria do processo adequada aos ditames constitucionais, e, portanto, pensada a partir destes e não apenas oriunda dos institutos clássicos da relação jurídica processual, ação, jurisdição e defesa.

Assim sendo, desponta o contraditório enquanto um pressuposto necessário à instalação do processo, o qual pode ser visualizado sob dois prismas: o contraditório formal e o contraditório substancial.

O primeiro deles intenciona resguardar o direito de participação no procedimento através da devida informação acerca dos atos e correspondentes oportunidades de manifestação acerca deles.

O contraditório substancial ou material, por sua vez, visa a garantir o poder de influenciar o convencimento do magistrado, exigindo para tal que seja oportunizado às partes se manifestar em tempo hábil, bem como ter seus argumentos rebatidos por decisão fundamentada.

O contraditório substancial e efetivo, insofismavelmente, figura como um limite intransponível à figura do negócio processual[751]. Em

---

[749] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.234, p. 33-61, ago./2014, p. 48.

[750] LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais sobre a teoria processual. **Sequência**, vol. 38, n. 69, dez 2014, p. 3. Disponível em https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301/28393 acesso em 15/09/2016.

[751] "Apenas se relativiza a exigência do contraditório quando as modificações procedimentais forem benéficas a ambas as partes, de forma que a notificação das partes sobre a alteração do

que pese a indispensabilidade da presença do contraditório, são possíveis mitigações recíprocas à sua forma. Flávio Luiz Yarshell preconiza, nesse aspecto:

> Limitações bilaterais e isonômicas ao contraditório não devem necessariamente ser vistas como inconstitucionais. Para ilustrar, há décadas se admitia em doutrina que as partes dispensassem a intervenção de assistentes técnicos, fiando-se de antemão e exclusivamente no laudo do perito oficial [752].

Com efeito, o contraditório relaciona-se intimamente com a isonomia[753], "por traduzir-se na prerrogativa de os litigantes serem ouvidos paritariamente no processo, em igualdade de condições, deduzindo pretensões e defesas, bem como produzindo provas"[754].

Assim, evidencia-se que mitigações formais recíprocas do princípio, tais quais convencionar que nenhuma das partes indicará assistente técnico à perícia ou manifestar-se-á sobre o laudo, afiguram-se plenamente possíveis. Elas não atingem a materialidade da garantia em si, na medida em que ambas as partes continuarão a influenciar a formação da convicção do magistrado em igual proporção.

Já convenção obstaculizando o direito de apresentar contestação, a seu turno, extrapola explicitamente os limites do negociável, visto que inviabiliza a defesa do réu, sem que exista contraprestação recíproca, uma vez que sua correspondente é a exordial.

Conclui-se, portanto, que a importância do contraditório é essencial para a obtenção de um processo reputado justo, estando o mencionado princípio na base do diálogo judicial e, por consectário, da cooperação[755].

Intimamente relacionada ao contraditório encontra-se, também, a ampla defesa, a qual será examinada no tópico sequencial.

---

procedimento importaria dispêndio desnecessário". (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 227).

[752] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70.

[753] Limite previamente investigado.

[754] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.234, p. 33-61, ago./2014, p. 48.

[755] Cf.: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.27, jan. 2003, p. 22-51, p. 26.

3.2.1.2.5 Ampla Defesa

A ampla defesa, assim como o contraditório, encontra-se insculpida no inciso LV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil[756], constituindo um núcleo mínimo indispensável ao alcance de uma tutela justa.

Contudo, assim como o contraditório, pode-se pensar em pequenas concessões formais ao exercício do direito da ampla defesa, sem que isso represente abdicação da materialidade da garantia em si. Em verdade, os mesmos exemplos que ilustraram as mitigações ao contraditório servem à ampla defesa, uma vez que um inexoravelmente serve ao outro, assim como a ausência de um, implica a ausência do outro.

Outrossim, restrições à ampla defesa podem se confundir, ainda com restrições a outros direitos, envolvendo até mesmo o direito de ação. Pense-se no exemplo de um negócio que inadmita a apresentação de reconvenção enquanto resposta do réu – capítulo de contestação, na exegese do novo Código de Processo Civil. A inadmissão convencionada da reconvenção importa não apenas em mitigação ao direito de defesa, mas ao próprio direito de ação, na medida em que a reconvenção consiste em demanda do réu ajuizada contra o autor.

Com efeito, ao versar acerca do direito de ação previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, José Afonso da Silva[757] preceitua: "Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação".

É bem verdade que pactos de *non petendum*[758] são possíveis, contudo, ao inviabilizar a discussão de uma ação que possua enquanto base a mesma relação jurídica da já proposta, divergindo apenas em relação aos pedidos e eventualmente acrescentando alguns fatos, estar-se-ia inviabilizando a propositura daquela ação em momento posterior, dado que aquela situação fática eventualmente viria a ser coberta pelo manto da coisa julgada. Nesse aspecto é que fica nítida a violação à materialidade da ampla defesa, porquanto o réu nunca mais iria poder

---

[756] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[757] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 431.

[758] Virão a ser examinados em tópico próprio.

vir a se defender da demanda contra si instaurada, alegando fatos novos ou realizando pedidos atinentes ao deslinde da questão.

Ademais, ainda que se estipulasse na convenção eventual flexibilização da coisa julgada[759] ou do lapso prescricional[760] daquele direito, a atividade das partes, nesse caso, influenciaria em esforços de recursos humanos e financeiros do Juízo, tornando contraproducente o exame de causas conexas em momentos apartados, e trazendo maior complexidade ao exame dos litígios.

Triplamente cerceada, portanto, convenção intencionando suprimir a possibilidade de reconvenção. Primeiramente, por extrapolar a órbita dos poderes, deveres, faculdades e ônus das partes. Segundamente, por atribuir maior complexidade ao procedimento do que esse teria em sua tramitação normal, sendo que, consoante já exposto alhures, os negócios processuais apenas justificam sua existência quando funcionam como ferramentas redutoras de complexidade e propulsoras de efetividade. Terceiramente, por importar em violação à materialidade da ampla defesa.

A ampla defesa é intimamente correlacionada à atividade probatória, pois é através dessa que aquela se perfaz. Assim sendo, analisar-se-á em seguida a viabilidade de restrições probatórias negociadas.

3.2.1.2.6 Estipulações probatórias

Na Alemanha, convenções pactuando restrições probatórias entre as partes são perfeitamente possíveis, conquanto o juiz mantenha reservado o seu direito de determinar a produção da prova se julgá-la necessária ao deslinde do feito – uma vez que ela se refira aos fatos pleiteados pelas partes –, ainda que elas a tenham excluído por acordo[761].

No ordenamento processual pátrio, a questão deve se equacionar nos mesmos moldes, visto que o artigo 370 do Código de Processo Civil[762] é categórico em afirmar que ao juiz cabe determinar, de ofício

[759] Cuja inviabilidade será examinada mais adiante.
[760] Cuja viabilidade não será examinada por se tratar de instituto de direito material, e não processual.
[761] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 11.
[762] Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

ou a requerimento das partes, a produção das provas necessárias ao julgamento do mérito.

Com efeito, consoante alerta Julio Guilherme Müller[763], a permissão legal para a discricionariedade das partes recai, em princípio, somente sobre as situações que envolvam condutas delas próprias, ou seja, podem elas acordar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres que digam respeito a si, e não a outros sujeitos processuais, tais quais os magistrados.

Podem elas, portanto, concordar em não produzir determinada modalidade de prova por não a considerarem conveniente ao deslinde do feito[764], mas não podem interferir na convicção do juiz quanto à prescindibilidade, ou não, da mencionada prova[765].

Leonardo Greco[766], por sua vez, admite somente as convenções distributivas de ônus probatório (típicas), negando a possibilidade de acordos de restrição probatória:

> Inócuas, por outro lado, e até mesmo nulas, seriam outras espécies de convenções probatórias, como, por exemplo, a designação de comum acordo do perito único ou a limitação da investigação probatória à produção apenas de provas orais. No sistema brasileiro, não podem as partes limitar os poderes do juiz na investigação da verdade. Ainda que deva exercê-los normalmente em caráter subsidiário, não pode deles abrir mão.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

[763] MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo Processual e Gestão Compartilhada de Procedimento. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. **Novas Tendências de Processo Civil**: Estudos sobre o projeto do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, vol.3, 2014, p.150.

[764] "Melhor que as partes, que têm conhecimento do fato, possam indicar os meios de prová-lo". (SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 401).

[765] "(...) seja qual for o modelo de verdade adotado, é plenamente possível a existência de negócio jurídico apto a dispor sobre prova, desde que não haja vedação na ordem jurídica positiva". (SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 391).

[766] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 24.

Contudo, imperioso diferenciar a disposição do direito probatório das partes, da disposição das faculdades inerentes aos poderes instrutórios dos magistrados. Ao se sustentar que os litigantes possuem ingerência para livremente pactuarem que apenas realizarão prova oral, ou pericial, ou documental, o enfoque da disposição é o direito probatório das partes, derivado da ampla defesa – situação titularizada pelas partes, e não pelo Estado-juiz –, sem, em absoluto, pretender interferir nos poderes instrutórios do juiz, os quais contemplam a possibilidade de produção oficiosa de prova[767]-[768].

O fundamento a embasar a disposição legal que reserva ao magistrado o poder de produzir provas[769], por sua vez, reside na persecução da tutela justa. Consoante acentua Michele Taruffo[770]:

> Por outro lado, deve-se evitar cair no círculo vicioso consistente em considerar *a priori* como justa qualquer decisão que derive de um processo

[767] No ordenamento germânico, igualmente: "Even if one admits that the party who promised not to use certain means of proof is bound to is promise, it is no doubt that insofar as the court is allowed to take evidence ex officio – i.e., within the boundaries of the facts pleaded by the parties –, the contract does not hinder the court to use the means of proof the parties have excluded". (KERN, Cristoph A. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 184).

[768] Marcelo Barbi Gonçalves, ao discorrer acerca do negócio típico pelo qual as partes elegem perito, assevera: "É bem de ver que, em relação às partes, o negócio probatório é plenamente eficaz, ao passo que, quanto ao magistrado, a ineficácia se manifestará apenas na medida em que lhe suprima um poder processual". (GONÇALVES, Marcelo Barbi. Negócio jurídico processual pericial e laissez-faire probatório no novo Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.13, n.73, p. 104-124, jul./ago. 2016, p. 121).

[769] "Trabalhando ainda com a influência religiosa na construção do Direito Processual Civil, assevera MAX WEBER que a acentuação daquilo que hoje conhecemos como princípio inquisitório (como algo contraposto ao princípio dispositivo ou princípio dispositivo em sentido formal e, no fundo, destinado a equacionar o problema da divisão de trabalho entre os sujeitos processuais) em determinados assuntos de Direito Processual (notadamente no que concerne à possibilidade de instrução probatória de ofício, consagrada em generosa escala no art. 130 do nosso Código de Processo Civil) não fora mais do que a contribuição da justiça teocrática à justiça profana, uma vez que àquela interessa com aguda intensidade a 'averiguação ótima dos fatos verdadeiros', o que de modo nenhum poderia ficar, dessarte, 'À mercê do arbítrio das partes. Essa constatação, de resto, talvez explique a boa aceitação, entre nós, da iniciativa probatória oficial, tendo em conta nosso indefectível legado católico-lusitano". (MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil Curitiba**, GENESIS v.33, jul. 2004, p. 484-510, p. 485).

[770] TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 8, v. XIII, p. 634-657, jan/jun de 2014, Rio de Janeiro, p. 640. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928 acesso em 20/08/2016.

> que se considere "procedimentalmente justo" (no sentido da justiça procedimental) somente porque a este se aplicam as garantias processuais das partes. Na realidade, um processo "garantístico", em que, a saber, as partes tenham podido desenvolver adequadamente todas as suas defesas, pode bem produzir decisões substancialmente injustas, como a experiência mostra quotidianamente, porque o juiz erra ao interpretar ou aplicar a lei ou porque se verificam erros na averiguação dos fatos, ou por uma variedade de razões.

Com efeito, não se pode olvidar que o fim precípuo da jurisdição não se esgota em fornecer uma tutela efetiva, mas, também, uma tutela justa, para o alcance da qual se há de reconhecer a existência de uma verdade real[771], empiricamente verificável através dos mecanismos probatórios. O autor condiciona a justiça da decisão ao preenchimento de 3 (três) condições, separadamente necessárias e conjuntamente suficientes: "a correção do procedimento, a justa interpretação e aplicação da lei substancial; a veracidade da verificação dos fatos"[772]-[773].

[771] Acerca do conceito de verdade, Michele Taruffo desconstrói o dogma de verdade formal a duelar com a verdade absoluta, preconizando: "No contexto do processo isso implica que se admita a possibilidade de conseguir uma verificação verdadeira dos fatos relevantes pela decisão, através do emprego de adequados instrumentos probatórios. Em particular isso comporta que se refute a também difundida opinião para a qual no processo se descobriria somente uma verdade "formal" (ou uma mera "fixação formal" dos fatos), e de reconhecer ao invés que – caso se dispusesse de um sistema probatório eficiente – se poderia verificar a verdade real ("histórica", "empírica", "material") dos fatos que estão na base da controvérsia. Naturalmente não se fala aqui de Verdade Absoluta, dado que as verdades com as iniciais maiúsculas permaneceram patrimônio quase exclusivo de alguns metafísicos e de vários religiosos fundamentalistas, mas simplesmente da verdade que pode ser descoberta no mundo incerto e frágil das coisas humanas". (TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 8, v. XIII, p. 634-657, jan/jun de 2014, Rio de Janeiro, p. 640. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928 acesso em 20/08/2016).

[772] O autor, portanto, nega a possibilidade de negócios processuais sobre provas. (TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 8, v. XIII, p. 634-657, jan/jun de 2014, Rio de Janeiro, p. 641. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928 acesso em 20/08/2016).

[773] Em crítica a Michele Taruffo, Beclaute Oliveira Silva assevera: "Quanto à impossibilidade de negócio jurídico processual sobre a prova, sua tese não encontra respaldo em suas premissas. Se a descoberta da verdade independe da verificação, segundo a premissa 2, é possível negociar as provas, seus meios ou a distribuição do respectivo ônus, desde que se declare a verdade preestabelecida. Seguindo assim a premissa mais radical de Michele Taruffo, a verdade como correspondência, totalmente ontologista, é plenamente possível negócio

Na mesma esteira, Daniel Mitidiero[774] articula que, no âmbito concernente à "adequada verificação das alegações de fato, ganha importância a colocação da verdade como objetivo da prova. Trata-se de pressuposto ético inafastável da conformação do direito ao processo justo".

Diante dessa circunstância, as partes não ficam restritas em seu direito de convencionar acerca de restrições probatórias – e até mesmo fatos controvertidos, observado o resultado da equação representada pela propositura da inicial acrescida da impugnação específica veiculada na contestação –, mas, por outro lado, não podem interferir na prerrogativa do magistrado[775] de produzir prova oficiosamente[776] ou, ainda, de não aplicar os efeitos da revelia. Até mesmo porque, em determinadas situações concretas, as partes não possuem interesse em desvendar como os fatos se processaram, intencionando, em verdade, ocultar determinadas informações sobre as quais recai o interesse público[777]. Contudo, "os contratos ou acordos probatórios não servem para entorpecer a ação do julgador, nem para premiar a chicana e mentira processual"[778].

---

processual sobre a prova, pois o que importa é a verdade, que independe da prova. Se a prova existe e demonstra a verdade, não há nenhum problema de ela ser objeto de negócio jurídico, desde que cumpra seu papel, descobrir a verdade. No caso, o papel da prova seria satisfazer os descrentes da verdade preexistente". (SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 391).

[774] MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014, p. 65-66.

[775] "Todavia independem da matéria discutida no processo o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e a disponibilidade da prova. Entre nós, o impulso processual constitui dever do órgão judicial, em face da natureza pública do processo, seja qual for o seu objeto, uma vez instaurado a requerimento da parte. O mesmo pode ser dito acerca dos poderes do juiz e da disponibilidade das provas, pois o órgão judicial desde muito deixou de ser simples espectador da disputa travada entre as partes, devendo determinar até de ofício as provas julgadas necessárias à formação da sua própria convicção. Note-se bem: formar a própria convicção. Este é o ponto: não se trata de o juiz servir como advogado da parte – atitude incompatível com a imprescindível imparcialidade da função judicial –, mas de obter elementos de fato que façam luz sobre as alegações formuladas pelas partes e lhe permitam julgar com justiça". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 118-119).

[776] A presente pesquisa não adentrará na discussão acerca da possível ofensa à imparcialidade que a produção probatória de ofício poderia representar, mas ressalva-se a existência de entendimento nesse sentido.

[777] Cf.: TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 8, v. XIII, p. 634-657, jan/jun de 2014, Rio de Janeiro, p. 643. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928 acesso em 20/08/2016.

[778] GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 411.

Leonardo Greco[779] defende que "poderão as partes dispor a respeito da revelação de fatos jurígenos, unilateralmente, através de convenções ou até mesmo da omissão na sua alegação tempestiva", uma vez que respeitados limites impostos pela ordem pública e pela indisponibilidade do direito.

Dentre esses limites, estariam os poderes probatórios do próprio juiz, visto que a cláusula atípica a referendar o negócio probatório expressamente delineia que as convenções das partes devem se limitar aos seus poderes, ônus, faculdades e deveres processuais, não podendo interferir nas do magistrado[780].

É bem verdade que muitas das convenções processuais interferem, em alguma medida, em situações titularizadas pelo Estado-juiz. A inversão do ônus da prova, por exemplo, influenciará no ato decisório, assim como a existência de cláusula de eleição de foro excluirá a possibilidade de julgamento em foro que, em condições normais, poderia processar a causa. Mas essas interferências se dão em razão do exercício de negócios envolvendo situações jurídicas tuteladas pelas partes. São, portanto, consequência do poder de disposição das partes sobre situações suas; e não da tentativa de negociação de situações alheias.

Ademais, esses são efeitos de negócios processuais que não interferem no convencimento motivado do magistrado, o qual é requisito imprescindível ao alcance de uma tutela dita justa. Ao se tentar cercear o juiz de realizar determinada prova, que entenda fundamental ao equacionamento da lide, estar-se-ia caminhando em direção oposta a um dos principais escopos da jurisdição.

Consoante alerta Michele Taruffo, parece estranha a ideia de que as partes "disponham" sobre o fato que foi alegado, como se da verdade dos fatos se pudesse "dispor", com um negócio assim eficaz a vincular o

---

[779] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 22).

[780] Em sentido contrário: GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 412; SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 401; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2, 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 90-91.

juiz a ter por verdadeiro aquele fato sem nem "convencer-se da sua existência"[781].

Ao negociar acerca da matéria probatória, todavia, as partes não estarão dispondo acerca da verdade de um fato, mas tão somente dos meios aptos a alcançá-la. Em verdade, ao efetuar a delimitação do objeto controvertido, as partes afastam da cognição do magistrado questões ou supostos fatos outros que aqueles veiculados em inicial e contestação, de modo que, se podem o mais, podem, com certeza, o menos – disciplinar através de quais métodos providenciarão a prova desses fatos – sem, contudo, interferir nos meios probatórios inerentes ao magistrado.

Conforme preconiza Beclaute Oliveira Silva: "Não se está a dispor sobre a verdade, mas dos meios para estabelecer o fato, enquanto antecedente da norma de decisão."[782].

Por fim, de se mencionar que referida modalidade negocial não é apenas possível, como incentivável[783], na medida em que instrumentaliza o contraditório substancial, compreendido enquanto oportunidade de influenciar a decisão jurisdicional. Isso porque convencionamento nesse sentido: "fortalece a ideia de processo justo, pois é um dos modos de realizar o contraditório efetivo, porquanto confere, de forma legítima, mecanismos para que as partes possam interferir na solução do litígio"[784].

Com efeito, nenhuma outra conduta das partes tem maior impacto sobre a decisão jurisdicional do que a atividade probatória, de modo que a permissão a elas para propor seus delinemanetos importa em lhes conferir poder para gerenciar seu litígio de acordo com a especificidade do direito material debatido, em consonância, portanto, com o anseio de efetividade jurisdicional, na medida em que se eliminam provas meramente figurativas, compreendidas como aquelas através das quais a

---

[781] TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 8, v. XIII, p. 634-657, jan/jun de 2014, Rio de Janeiro, p. 652. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928 acesso em 20/08/2016.

[782] SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 402.

[783] "(...) a possibilidade de acordos probatórios é a concretização de um processo efetivamente participativo e democrático, em que são respeitadas a liberdade e a autonomia das partes". (GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 414).

[784] SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 403.

parte pretende somente embaraçar a análise do julgador, obstaculizando-lhe o exame.

Por fim, de se mencionar que majoritária doutrina concorda acerca da impossibilidade de se atribuir negocialmente o ônus da produção de uma prova impossível, isto é, diabólica[785].

Referida pactuação seria, em verdade, hipótese típica de convenção processual expressamente vedade pelo iniciso II do parágrafo terceiro do artigo 373 do Código de Processo Civil[786].

3.2.1.2.7 Competência, juiz natural e imparcialidade do magistrado

Em linhas gerais, a competência[787] – medida de jurisdição[788] – divide-se em relativas – as que se dão em razão do valor ou do território –, e absolutas – as que se dão em razão da matéria, da pessoa ou da função. O critério distintivo entre elas, em verdade, reside na prevalência do interesse público (competência absoluta), em oposição à prevalência do interesse privado (competência relativa).

A distribuição das competências é realizada por meio de normas constitucionais (federais[789] e estaduais), legais, regimentais e, por fim, negociais, essas últimas representadas pela figura típica das cláusulas de eleição de foro[790]-[791], através das quais as partes elegem perante qual

---

[785] CIANCI, Mirna; 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 Hesnrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 488; SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 402.

[786] § 3o A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

[787] "Trata-se, em última análise, de assegurar a imparcialidade do órgão julgador, impedindo-se a constituição de tribunais *ad hoc*, predeterminados a condenar ou absolver, pois a ideia de julgamento é incompatível com a de predeterminação de seu conteúdo". (TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 91).

[788] "A competência, assim, é a quantidade de jurisdição, de "poder jurisdicional", cujo exercício é atribuído a cada órgão. É, por isto mesmo, a concretização da jurisdição, como verdadeira repartição ideal dela, identificando qual órgão jurisdicional deve atuar perante qual situação e em qual território". (SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**: volume 1 - teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 268).

[789] Artigos 92, 109 e 125 da CRFB.

[790] "O acordo há de constar de negócio escrito, aludindo expressamente a determinado negócio jurídico (art. 63, §1º, CPC). Foro de eleição oral é, para o direito, ato jurídico inexistente. O foro contratual, como qualquer negócio processual, obriga herdeiros e sucessores (art, 63, § 2º,

foro preferem propor sua demanda, ainda que em contrariedade com o que seria preconizado pelas regras de competência relativa.

No que concerne às competências absolutas, inexiste discussão doutrinária quanto à imperiosa impossibilidade de convenção disciplinando a atribuição da competência distintamente dos termos preconizados na norma constitucional[792]. Tal inviabilidade se deve a plurais fatores, tais quais os princípios da tipicidade e da indisponibilidade[793] da competência, os quais, em verdade, repercutem diretamente no princípio do juiz natural[794]. Esse, em síntese, determina que "a autoridade judiciária que julgará um determinado caso deverá preexistir ao fato a ser julgado"[795], de modo a vedar a criação de tribunais de exceção. Daniel Mitidiero anota, acerca do mencionado princípio: "Não há dúvida que o direito ao juiz natural compõe o direito ao processo justo (art. 5º, LIV, CF/1988)"[796].

O Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com caso concreto em que analisou a compulsoriedade da observância da regra do juiz natural, definiu que essa "representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu"[797].

CPC)". (DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, 17ª ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 227).

[791] Ou, ainda, pela mera não alegação das partes de incompetência relativa (art. 65, *caput*, Código de Processo Civil de 2015.

[792] Também pela inadmissibilidade: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 112; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

[793] Acerca dos princípios da indisponibilidade e da tipicidade, José Joaquim Canotilho leciona: "Daí que: (1) de acordo com este último, as competências dos órgãos constitucionais sejam, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição; (2) de acordo com o primeiro, as competências constitucionalmente fixadas não possam ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribui". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2002, p. 542-543).

[794] Incisos XXXVIII e LIII do art. 5º da CRFB.

[795] SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol. 1.3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117. O autor prossegue enfatizando: "Tão importante o princípio, mormente quando analisado no seu contexto histórico de perseguições pretensamente legitimadas pelas demais garantias do processo, que há parcelas da doutrina que identificam o 'princípio do juiz natural' como o único 'pressuposto processual de existência do processo', isto é, o único requisito que deve necessariamente encontrar-se presente para que se possa conceber, juridicamente, a atuação do Estado-juiz".

[796] MITIDIERO, Daniel. Juiz natural e julgamento colegiado. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.200, p. 273-277, out./2008, p. 274.

[797] STF, HC 81.963-RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJU 28.10.2004.

Além de uma garantia dos jurisdicionados contra arbitrariedades do Estado-juiz, o mencionado princípio também possui o condão reflexo[798] de garantir a imparcialidade do magistrado, isto é, sua ausência de interesse direto no resultado da demanda que aprecia.

Qualquer tentativa de intervenção negociada das partes intencionando influenciar nos deveres e nas prerrogativas do magistrado já é, *per se*, inválida. Mormente o será, se tal se der com a pretensão de desvirtuar valores imprescindíveis para o devido processo legal[799], tais quais a competência ou a imparcialidade do juiz[800].

Nesse sentido, leciona Flávio Luiz Yarshell[801]:

> Naturalmente, seria inconcebível negócio que pretendesse interferir na imparcialidade do juiz; não apenas porque isso ofenderia o devido processo legal, mas porque extravasaria o âmbito negociável, que se limita a posições jurídicas das partes e não do juiz (exceto indiretamente).

Poder-se-ia argumentar que na arbitragem os litigantes podem escolher seu árbitro, se assim o quiserem. O mesmo, contudo, não se procede através de convenção processual realizada perante a jurisdição, visto que, ao se efetivar o litígio perante o órgão jurisdicional, os limites cuja observância é imperiosa aumentam drasticamente.

As partes somente podem se socorrer a arbitragem em causas que envolvam exclusivamente interesses patrimoniais disponíveis. O mesmo não se processa com os negócios jurídicos processuais, consoante analisado alhures. Assim sendo, flagrante se torna a necessidade de

---

[798] "O 'princípio da imparcialidade' não tem previsão expressa na Constituição Federal. A doutrina, contudo, não hesita em entedê-lo como decorrência do 'princípio do juiz natural' ou, mais corretamente, como fator que o complementa. O que há na Constituição Federal de mais próximo ao 'princípio da imparcialidade' são as prerrogativas que o art. 95 reconhece ao magistrado, forma garantística de viabilizar a ele o exercício pleno de suas funções processuais, ao lado das vedações arroladas no parágrafo único do dispositivo". (SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol. 1.3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120).

[799] Compreendido enquanto processo justo: "Todo e qualquer processo está sujeito ao controle de sua justiça processual como condição indispensável para sua legitimidade perante nossa ordem constitucional". (MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.8, n.45, p. 22-34, nov./dez. 2011, p. 25).

[800] Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 270.

[801] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70.

manter as regras que foram criadas com o condão, justamente, de garantir a imparcialidade e evitar favorecimentos ou toda espécie de fraudes.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que em causas de determinada natureza, um juiz que conhecesse ambas partes poderia julgar a demanda com maior propriedade. Por exemplo: um magistrado que fosse amigo íntimo da família, em que pese fosse suspeito[802] para atuar na causa de acordo com as regras dispostas no Código de Processo Civil, poderia decidir melhor questões afetas ao divórcio e eventual regime de guarda de menor envolvido no feito.

Contudo, todas as informações que esse magistrado detivesse em razão de ser amigo da família, poderiam ser trazidas ao conhecimento de magistrado indeterminado, que assumisse o caso por meio de dilação probatória. Ademais, os sentimentos que o juiz suspeito nutrisse pelos componentes da entidade familiar viriam, invariavelmente, a influenciar em seu ato decisório, disputando espaço com a racionalidade exigida para o ato.

Isso sem mencionar o fator menor, o qual não teria capacidade e discernimento desenvolvido para concordar, ou não, com mencionado negócio, podendo a vir a ter seus interesses prejudicados em razão do acordo[803].

Por fim, o magistrado não é parte do negócio e não pode dispor de sua competência, em razão do princípio supra referenciado, de modo a não pender dúvida quanto à inviabilidade de negócio envolvendo sua competência ou imparcialidade.

Arrematando a questão, Loïc Cadiet[804] assinala enfaticamente que: "As partes não podem escolher seu juiz, muito embora possam optar em questões como a data da audiência etc, influenciando na formação do processo".

---

[802] Art. 145. Há suspeição do juiz:
I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

[803] Compreende-se que convenções envolvendo incapazes apenas podem existir em seu benefício. Na stuação, contudo, a dicotomia entre prejuízo-benefício não é mensurável.

[804] Tradução livre de: "(...) les parties n'ont pas la possibilite de choisir leur juge, encore que ce constat gagnerait à être nuance s'agissant de juridictions comme le tribunal de commerce où, em choisissant leur date d'audience, les patries ont, en failt, la possibilite de choisir plus ou moins leur formation de jugement et que, à l'inverse, quando eles recourent à um arbitrage institutionnel, les parties ne sont pas toujors em mesure de choisir leurs arbitres". (CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procés**. Paris: Presses Universitaries de France, 2010, p. 529).

Essas questões, contudo, são próprias de negócios processuais típicos ou atos postulativos conjuntos, tais quais o calendário processual, o qual escapa ao recorte da presente pesquisa.

3.2.1.2.8 Direito de ação (pacto de non petendo)

Os pactos de *non petendo* são deveras antigos, remontando à Roma antiga[805]. Traduzem-se, essencialmente, como a renúncia ao exercício de ação referente a uma determinada titularização de direito material[806]. Diferem da remissão na medida em que seus efeitos não incidem sobre o direito de crédito em si, mas apenas sobre a exigibilidade judicial desse direito[807].

Paula Costa e Silva enfatiza que os efeitos do *pactum de non petendo* recaem sobre a exigibilidade de cumprimento da obrigação, não sobre a obrigação em si. Assim sendo, as cargas de eficácia que ficam negocialmente obstadas são as mandamentais e as executivas (dentro da classificação quinária de Pontes de Miranda[808]), não atingindo, portanto, as eficácias declaratória, constitutiva e até mesmo condenatória – na modalidade perdas e danos – que possam eventualmente vir a ser buscadas perante o Poder Judiciário:

> O *pactum de non petendo*, bem como outros contratos com efeitos análogos, incide sobre a pretensão jurídico-material ou, noutras palavras, sobre a possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação. Não se pretende, com isto dizer que é afectado o conteúdo do direito de crédito, mas tão

[805] Cf.: SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 302-303.

[806] De acordo com a teoria dualista da ação, a renúncia não seria da ação processual – direito a um provimento jurisdicional –, mas sim da ação material – situação de vantagem em virtude de direito material. Cf.: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4ª ed., tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 20. Acerca da teoria dualista da ação, confira-se: MITIDIERO, Daniel. Polêmica sobre a Teoria Daulista da Ação (Ação de Direito Material – "Ação" Processual): uma resposta a GUILHERME RIZZO AMARAL. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.34, dez. 2004, p. 690-695.

[807] Cf.: SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 305.

[808] Cf.: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado das ações**, t. I, Campinhas: Bookseller, 1998, p. 131-135.

> só a respectiva exigibilidade, a qual não deve, porém, considerar-se elemento necessário ao conceito de obrigação[809].

O objeto do *pactum de non petendo* é, antes da tutela jurisdicional do direito, a própria pretensão jurídico-material, de modo que não se estaria a abdicar do direito de ação, na medida em que essa, se proposta, não seria inadmissível, mas conhecida e julgada, em seu mérito, improcedente, com a procedência da exceção peremptória fundada no pacto de *non petendo*, "absolvendo o réu devedor em virtude de um direito de recusa da prestação fundado no Direito substantivo" [810].

É bem verdade que existe posicionamento defensivo a considerar que a pactuação privativa das partes estaria a interferir em um dever do Estado, porquanto ele é obrigado a garantir a coesão da ordem social em contraprestação à vedação da autotutela por si imposta.

Contudo, basta refletir que nenhum jurisdicionado está obrigado a ingressar com ação perante a Jurisdição, ainda que tenha seu direito material violado, para se tornar evidente que a mencionada crítica não procede. No mesmo sentido, referida compreensão conduziria, inevitavelmente, à conclusão da inadmissibilidade de convenções estipulando a arbitragem, na medida em que afastam a pretensão do Estado-Juiz.

Com efeito, em que pese não se negue ser garantido aos jurisdicionados uma tutela jurisdicional efetiva e justa, essa não deixa de obedecer ao princípio dispositivo, isto é, apenas se opera mediante a provocação do jurisdicionado, e tal se deve justamente ao respeito à autonomia da vontade desse[811].

Imperioso destacar, contudo, que a efetividade do direito material não restará fulminada pelo pacto, visto que ele não equivale à remissão, ou seja, à extinção da obrigação de direito material. Em outras palavras, por meio do pacto não restará inefetivo o direito material sob o qual

---

[809] SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 312.

[810] SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 314.

[811] "(...) a exclusão do direito de exigir o cumprimento é um exercício de autonomia privada, em que a subordinação do titular do direito às estipulações por si criadas representa uma afirmação da sua liberdade". (Cf.: SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 318).

recairia a tutela jurisdicional, na sua ausência. Tal assertiva pode ser comprovada em razão da manutenção de diversas prerrogativas referentes ao direito de crédito, tais quais: a) o credor preserva em sua esfera jurídica a possibilidade de exigir extrajudicialmente o cumprimento da obrigação; b) o credor pode proceder à compensação em relação à prestação a que tivesse se obrigado ao devedor; c) o credor pode apresentar em juízo pretensão diversa do cumprimento da obrigação, tal qual a declaração da existência da obrigação ou, ainda, pretensão de cunho indenizatório pelo seu não cumprimento; d) caso o credor venha a ser o acionado, pode ele apresentar a exceção do contrato não cumprido; e e) o credor é habilitado, ainda, a requerer a resolução do contrato, dado que a pactuação de inexigibilidade do cumprimento do mesmo não importa em obrigar o credor a manter o vínculo contratual se o devedor não proceder voluntariamente ao cumprimento da prestação a que estiver vinculado[812].

Assim como quando da desistência da ação já proposta, o pacto de *non petendo* não implica o perdão a crédito consubstanciado em relação de direito material. Paula Costa e Silva[813] tece suas críticas a entendimentos que insistam em coincidir a abdicação da exigibilidade jurisdicional com a abdicação do direito de crédito em si:

> O entendimento que consiste em ver a obrigação despida de exigibilidade pelo credor como um dever não jurídico não pode deixar de filiar-se numa vertente radical do positivismo jurídico, por supor que todas as normas de comportamento são acompanhadas de uma norma sancionatória que lhes garanta eficácia e, com isso, validade.

Em que pese inexista a pretensão de se aprofundar no estudo das teorias da ação, cumpre rememorar que o direito abstrato à ação é um direito autônomo de acesso ao Poder Judiciário, desvinculado da pretensão de direito material[814]. A disposição realizada por meio do

---

[812] Cf.: SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 312 e 319.

[813] SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 310.

[814] "Por isso mesmo, o direito, a pretensão e a açãoexistem a despeito da existência, ou não, dos remédios processuais. Quando deles lança mão alguém, crendo-se, ou não, com direito, não lhos nega o Estado. Se só os que têm pretensão tivessem direito ao uso dos remédios, haver-se-

pacto de *non petendo* não atinge o direito de acesso à tutela jurisdicional[815], mas tão somente à exigibilidade judicial do cumprimento da obrigação – demandas executivas e mandamentais, portanto.

Consoante delineia Paula Costa e Silva[816]:

> (...) o credor preserva a titularidade do seu direito, ficando apenas privado da faculdade de exigir judicialmente o respectivo cumprimento. A partir de uma perspectiva processual, uma acção de simples apreciação positiva da titularidade do direito será admissível, mas já não uma acção de condenação no respectivo cumprimento.

Com efeito, observa-se que a tutela jurisdicional a que a parte estaria abrindo mão consiste na execução forçada do cumprimento do inadimplido, restando ao seu dispor a possibilidade de demandas declaratórias, constitutivas e até mesmo condenatórias (indenizatórias) a se embasarem na obrigação de direito material.

Outrossim, como bem enfatiza a autora portuguesa, a nem toda titularização de direito material corresponde o poder de provocar a

---

ia de começar do fim para o princípio: quem tem razão (direito, pretensão) tem ação, quem tem ação tem remédio processual. Ora, só se sabe quem tem 'razão' depois que se instaurou o processo (remédio), que se verificou ser procedente a ação (isto é, existir), por se terem produzido as provas, e se pronunciou a sentença, contendo o direito objetivo. (...) A ação é determinada, concreta, atribuída a alguém ou a certa categoria; e não indeterminada, abstrata, universal. Universais, até certo ponto, indeterminados, abstratos, são os remédios processuais, para os quais, ainda assim, a lei determina pressupostos de legitimaçãoativa e passiva, que atenuem a possibilidade de serem usados por todos (universalidade), independentemente das ações que tenham (abstração) e do objeto (indeterminação)". (MIRANDA, Pontes de; BERMUDES, Sergio. **Comentários ao Código de Processo Civil**: tomo I. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 107-109).

[815] "A disposição realizada através de um *pactum de non petendo* não pode igualmente incidir sobre o direito de acesso à tutela jurisdicional. O direito de acesso aos tribunais consiste num direito fundamental, respeitante às relações de cidadania e invocável pelos particulares perante o Estado sempre que o recurso aos órgãos de administração da justiça se revele necessário para o exercício eficaz de um direito". (SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 311).

[816] SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 306.

satisfação, vindo o crédito, muitas vezes, a se resolver de modos paliativos, a exemplo da via indenizatória[817].

A obrigação de crédito permanecerá, contudo, sujeita às regras a disciplinar a transmissão das obrigações, seja por meio da cessão de crédito, assunção de dívida ou, ainda, sub-rogação. Igualmente, a inexigibilidade judicial do cumprimento da obrigação não dispensa o devedor de seus deveres, de modo a distinguir o *pacto de non petendo* de mera obrigação natural, a qual é caracterizada por sua inexigibilidade[818].

Leonardo Greco[819], ao discorrer acerca dos pactos de *non petendum*, exemplifica e tece suas críticas:

> Foi o que aconteceu com o acordo relativo aos expurgos das contas do FGTS, objeto da Lei Complementar n° 110/2001, em que o trabalhador, que aderiu ao acordo, além de concordar com os termos, percentuais e prazos ajustados com a Caixa Econômica Federal, assinou declaração — de que não está nem ingressará em juízo discutindo os complementos de atualização monetária expurgados. Verdadeira renúncia ao direito material e não apenas ao direito de ingressar em juízo, que não satisfaz aos requisitos acima, quais sejam, a livre e consciente pactuação, posto que induzida como meio de obter benefício imediato, além do desrespeito ao equilíbrio contratual e à paridade de armas, diante

[817] "Para além dos casos em que a execução específica não é possível, encontramos ainda várias situações em que apenas restam como disponíveis outros meios de tutela, como o surgimento de novas atribuições (como uma obrigação de indemnizar) ou a reflexos em atribuições associadas (como no sinalagma)". (SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 308).

[818] "(...) o significado do pacto de non petendo é incompatível com o de uma obrigação natural, independentemente da concepção de obrigação natural de que se parta. Desde logo, nos casos de mera exclusão do direito de exigir a obrigação, as partes mantêm a referência à idéia de juridicidade e, bem assim, a sua intenção de vinculação jurídica. Noutra perspectiva, o *pactum de non petendo* não constitui um *contrarius actus* das declarações das partes, portadoras de um significado jurídico. Este aspecto tem a maior relevância no contexto do recurso aos meios de autotutela ou dos chamados casos de "impossibilidade moral" do cumprimento". (SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 307-309).

[819] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 16-17.

> da evidência da manifesta posição de vantagem da Caixa Econômica Federal na celebração do acordo e em qualquer eventual disputa do direito material em juízo.

Com efeito, na situação por ele exposta, está evidenciada a invalidade da pactuação. Todavia, tal não se dá em decorrência da natureza do *pactum de non petendo*, em si, mas, sim, da violação à manutenção da igualdade material e da caracterização da cláusula como inserção abusiva.

Antonio do Passo Cabral[820], por sua vez, preconiza que os mencionados pactos "não podem ser ilimitados no tempo, sob pena de reduzirem a zero a garantia do acesso à justiça"[821]. A exigência da mencionada característica, com certeza, auxilia a melhor preservar a efetividade do direito material cuja exigibilidade de cumprimento judicial foi convencionalmente abdicada. Acredita-se que mencionado recorte temporal seja aconselhável, conquanto a efetividade do direito material possa ser preservada por outros meios.

Nesse vértice, cumpre salientar que o pacto de *non petendo* não equivale à renúncia da prescrição prevista no artigo 191 do Código Civil[822]. Contudo, se inexistir um prazo de vigência determinado para o pacto de *non petendo*, "há de se concluir que a situação de inexigibilidade se consolidou na ordem jurídica, podendo, neste ponto, falar-se de uma proximidade com o enquadramento processual da obrigação prescrita"[823].

Em verdade, recomendável que se convencione um prazo de vigência inferior ao lapso prescricional previsto pela legislação para a

---

[820] Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. 37º Encontro do Grupo Arruda Alvim de Debates sobre o Novo CPC, Disponível em: http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/37o-encontro-do-grupo-arruda-alvim-de-debates-sobre-o-novo-cpc/?utm_medium=email&utm_campaign=Debate&utm_source=newsletter&utm_content=link-transmissao; Acesso em: 30/11/2016; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 338.

[821] Paula Costa e Silva, por sua vez, admite a possibilidade tanto de pactos de *non petendo* temporários como definitivos. (Cf.: SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 328).

[822] Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

[823] SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 332.

fulminação da pretensão sobre o direito material, sob pena de o pacto de *non petendo* vir a configurar renúncia ao direito material em si.

Igualmente ambicionando salvaguardar o direito material, necessário pontuar que, caso venha a ser necessária a adoção de alguma tutela de urgência, poderão as partes recorrer ao Juízo, em que pese a existência do negócio[824].

Analisada a viabilidade do instituto, resta perquirir acerca de sua pertinência, isto é, por que razão as partes efetuariam um pacto de *non petendo*, levando em consideração a extrema valorização da confiança no cumprimento das promessas existente nas relações sociais e, principalmente, econômicas.

A impertinência da pactuação, por si só, não inviabiliza o instituto. Outrossim, para determinadas relações específicas, a subtração do elemento coercibilidade poderá ser motivacional e frutífera à profusão dos negócios.

Como alerta Paula Costa e Silva[825]:

> Na verdade, o credor pode mesmo confiar em que a exclusão do direito de exigir o cumprimento, e a consequente diminuição da intensidade da coercibilidade do dever de prestar, contribuirá para a criação de condições psicológicas (p. ex., motivacionais) concretamente facilitadoras da realização da prestação pelo devedor. Mais: pode incorporar este incremento do risco da sua posição, cuja satisfação dependerá largamente do impulso do devedor, no contrato, repercutindo-o no seu regime.

Com efeito, o menor grau de coercibilidade representado pela abdicação da faculdade de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, pode vir a ser recompensado pela aquisição de outra

---

[824] Leonardo Greco, referindo-se às obrigações de paz, pactuações próprias das relações trabalhistas em que as partes se comprometem em não ingressar em juízo sem antes submeter o litígio a um foro de negociação, expressa a ressalva de que: "Essa postergação deve ter um limite temporal razoável e não pode impedir o imediato ingresso em juízo sempre que qualquer das partes necessitar de alguma modalidade de tutela de urgência". (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 16).

[825] SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 311.

vantagem de origem negocial, de modo a justificar racionalmente a pactuação[826].

3.2.1.2.9 Provas obtidas por meios ilícitos

A Constituição veda, em seu artigo 5º, inciso LVI, a admissão de provas obtidas por meios ilícitos em processo jurisdicional. A regra possui nítido caráter garantista, preservando o devido processo legal constitucional e, por consectário, a segurança jurídica das relações.

Questiona-se, contudo, se em nenhuma hipótese o aspecto formal da garantia poderia ser flexibilizado via negócio jurídico processual. Pense-se, por exemplo, em gravações telefônicas ou presenciais não previamente consentidas pelo gravado, mas que venham aos autos mediante negócio jurídico processual – eventualmente, até, contrato processual, estabelecendo a prestação da escuta por contraprestação distinta, tal qual a não oitiva de uma testemunha arrolada[827].

Veja-se: a inadmissão de provas obtidas por meios ilícitos, tais quais a gravação telefônica ou presencial não autorizada previamente, pauta-se, justamente, no fato de o gravado não saber que o é, ou seja, que sua conversa está sendo gravada e que será usada contra si em um tribunal. Nada obstante, no momento em que as partes convencionam, em livre e autônoma manifestação de vontades, que serão aceitas gravações telefônicas ou presenciais enquanto material probatório, ambas estarão cientes de que toda a informação por si veiculada nas linhas telefônicas poderá ser objeto de apreciação jurisdicional. A materialidade da garantia resta, portanto, preservada.

Ademais, ainda que a pactuação seja *a posteriori*, isso é, contemplando gravações já realizadas, se as partes estão de acordo com a divulgação delas e acreditam no potencial que elas possuam em auxiliar o deslinde da demanda, não se vê razão a proibi-las. A justiça do processo remanesce intocada. Igualmente, o valor objetivo do direito à privacidade, já que o teor de mencionadas gravações apenas foi judicializável mediante consentimento do gravado.

Nesse aspecto, de se realizar analogia com o desenrolar da questão na seara do processo penal, onde a juntada ao processo de

---

[826] SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 327.

[827] Se o magistrado julgar necessária a oitiva de testemunha que foi preterida em razão do acordo, poderá ouvi-la através de seus poderes instrutórios, consoante se demonstrará em tópico estabelecido nos limites objetivos à pactuação processual.

gravações não autorizadas vem sendo permitida quando puder beneficiar à defesa do acusado, nada obstante não se trate de entendimento sedimentado[828].

Com efeito, também no processo civil, acredita-se que essa situação possa ser proveitosa àquele que foi gravado desconhecendo essa circunstância, nada obstante possa ser manejada mesmo quando não for favorável, bastando que ele concorde de livre e espontânea vontade com a divulgação do material gravado ocultamente.

De se destacar, ainda, que o mesmo não se processa com as interceptações telefônicas (grampos telefônicos). Não se acredita que as partes sejam aptas a negociar processualmente qualquer delineamento referente às interceptações telefônicas, em razão de essa medida depender de um ato autorizativo do juiz. Assim sendo, integra a sua esfera de poderes, razão pela qual as partes não podem pretender previamente estabelece-la enquanto uma possibilidade probatória, mormente quando considerado que o sigilo telefônico, enquanto derivação do direito constitucional à intimidade, possui uma acepção valorativa objetiva, isto é, sua violação afeta em alguma medida a significação de estruturação do Estado democrático.

De se pontuar, nesse aspecto, que o exemplo difere das gravações telefônicas ou presenciais na medida em que, uma vez autorizado o grampo telefônico, não é apenas o investigado que terá sua intimidade subtraída, mas todos aqueles com quem ele falar ao telefone; diferentemente do que se processa no segundo caso.

Assim sendo, resta assente que as partes podem realizar convenções processuais autorizando o uso de gravações não consentidas; mas não o podem fazer versando acerca de interceptações telefônicas.

De se refletir, ainda, sobre a viabilidade, ou não, de outras casuísticas probatórias. Outro exemplo controvertido a ser pensado consiste no das cartas psicografadas por médiuns, as quais, inclusive, já foram apreciadas pela jurisprudência brasileira no âmbito criminal, momento no qual foram compreendidas enquanto lícitas[829].

---

[828] Cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 129.

[829] JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. Carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do có-réu,

Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga[830], a seu turno, defendem a ilicitude da admissão de tais provas[831], tanto no processo civil quanto no penal, ao argumento de que:

> (...) sua ilicitude advém não só da inclinação religiosa que ela implica, como também do óbice que impõe ao contraditório prévio e posterior à prolação da decisão judicial, que não teria como ser racionalmente fundamentada e discutida, se assentada em elemento probatório desse viés.

Algumas observações devem ser tecidas a respeito da temática[832]. No que concerne à alegada violação ao contraditório, não se concorda. Isso porque, se são as próprias partes que estão sugerindo a admissão da prova – previamente ou preteritamente à existência do "documento escrito" –, logicamente inexistirá qualquer possibilidade de violação ao contraditório, visto que estão elas participando da dilação probatória e a admitindo justamente porque compartilham da mesma crença.

De se pontuar, nesse aspecto, que eventualmente uma prova dessa natureza poderia obter êxito muito maior em conformar as partes do que provas tradicionais, sendo que o convencimento das partes, consoante já mencionado alhures, é um dos mais cobiçados substratos a ser atingido através da negociação processual.

No que tangencia à alegada vinculação a que se estaria estabelecendo ao juiz, também não prospera o argumento. É bem verdade que o Brasil é um país laico, não devendo crenças religiosas imporem qualquer espécie de padrão no ambiente jurisdicional.

---

que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido. (TJRS, AC n. 70016184012, Rel Des. Manuel José Martinez Lucas, 1ª Câmara Criminal, j. em 11/11/2009). O Ministério Público interpôs Recurso Especial da mencionada decisão (REsp n. 1389293, rel. Min. Gilson Dipp), o qual, contudo resta pendente de julgamento.

[830] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.234, p. 33-61, ago./2014, p. 59.

[831] No mesmo sentido: GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 416.

[832] Por fim, de se destacar que Fredie Dider Jr. e Paula Sarno Braga admitem, no entanto, que as partes adotem convencionalmente a espécie probatória controvertida em ambiente jurisdicional privado (arbitragem), excluindo-a, contudo, do processo jurisdicional estatal. Questiona-se, aqui, o que justificaria essa distinção a impedir ou permitir a admissão da prova de acordo com o locus em que essa venha a ser processada. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.234, p. 33-61, ago./2014, p. 43).

Contudo, ao convencionarem acerca da admissão de uma carta psicografada em seu processo, as partes não estão, em absoluto, invadindo poderes e prerrogativas do magistrado. Veja-se: o juiz não está, de modo algum, vinculado por aquela prova, podendo valorá-la ou desvalorizá-la independentemente das crenças pessoais das partes ou até mesmo das suas. Ele não poderá se desvincular de seu dever de fundamentar a decisão, demonstrando seu convencimento motivado de modo racional.

É nesse ponto, no entanto, que a crítica se torna incontornável. Consoante se sabe, a fundamentação da decisão jurisdicional imprescinde de racionalidade[833]. Ela precisa se justificar fundamentando-se em bases racionais, isto é, cognoscíveis à razão, e não à superstição.

Nesse vértice de se destacar que o mero contato do juiz com a prova que venha a ser considerada ilícita, e consequentemente desentranhada dos autos, já o influencia, ainda que inconscientemente, de modo que a sua admissão, ou não, no processo resulta em uma construção artificial[834], inapta ao alcance ambicionado de desvinculação decisória.

Que o dirá se essa prova possuir cunho religioso e o magistrado detiver crenças pessoais coadunantes com essa prova. Prejudicada restará, insofismavelmente, a racionalidade da decisão, de modo a acreditar-se que documentos dessa natureza devam ser mantidos distantes do ambiente jurisdicional, ao menos no atual momento e estágio científico apresentado[835].

Em que pese as possibilidades sejam infinitas – assim como as que permeiam o instituto do negócio jurídico processual como um todo –, tomar-se-á para análise enquanto último exemplo a hipótese de confissão acerca de direito indisponível.

---

[833] Artigo 24 do Código de Ética da Magistratura Nacional: Art. 24. O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável.

[834] Ao discorrer acerca do realismo, Luis Roberto Warat explica: "(...) a lei outorgaria uma estrutura racional aos componentes irracionais que determinam a decisão do juiz. Levada às suas últimas consequências, esta postura afirma que uma dor qualquer, a opinião da sogra do juiz, sua situação social, o clima do tribunal, os meios de comunicação são, em muitas hipóteses, as causas reais dos processos de elaboração das decisões, normativamente disfarçadas". (WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 52).

[835] Não se descarta que o espiritismo venha a se consagrar cientificamente, tornando-se empiricamente verificável e, portanto, nesse eventual momento futuro, possa vir a integrar a racionalidade exigida para o ato decisional.

Consoante se sabe, o limite para a confissão[836] reside na disponibilidade do direito. Por outro lado, já restou assentada, no presente estudo, a possibilidade de as partes negociarem em causas que versem sobre direitos indisponíveis, não podendo fazê-lo, contudo, quando a indisponibilidade do direito for de ordem processual – núcleo mínimo de garantias.

A razão a fundamentar que os litigantes possam negociar em processo envolvendo direitos indisponíveis, por sua vez, reside no fato de que a negociação não necessariamente implicará em disposição do direito, ou prejuízo a ele.

Assim, tomando por premissa o mesmo raciocíneo, a confissão[837] apenas será apta se não implicar em disposição do direito fundamental indisponível sobre o qual verse o litígio. Poder-se-ia sustentar que essa disposição seria possível caso esse direito fundamental fosse personalíssimo, isto é, sem correspondente acepção objetiva. Contudo, interpretação nesse sentido importaria em entendimento *contra legem*, na medida em que o supramencionado artigo veda confissões relativas à fatos concernentes à direitos fundamentais. Outrossim, a confissão, antigamente tida como a rainha das provas, possui laços tênues com práticas repulsivas ao Estado Constitucional, como a tortura, de modo a enfatizar a acepção objetiva da temática, uma vez que resguarda um valor caro à sociedade.

Acerca de eventual revogação do pacto, essa deverá se processar até o momento do saneamento processual, visto que, posteriormente à produção, a prova passará a integrar aos autos, em decorrência do princípio da comunhão das provas. Em se tratando da confissão, sua revogação depende de ação autônoma, a demonstrar a existência de algum dos vícios da vontade a macularem o ato[838].

Não se pode negar, ainda, que certas provas serão flagrantemente ilícitas ainda que as partes intencionem inseri-las no bojo do processo, a exemplo de um documento fruto de falsidade ideológica a retirar-lhe a autenticidade. Em que pese dificilmente se imagine a hipótese de ambas as partes intencionarem a admissão de um documento falso, pouco importaria que elas o quisessem, na medida em que a autorização de

---

[836] Art. 392 do CPC/2015: "Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis".

[837] Necessário deixar bem claro, contudo, que a confissão não se confunde com a revelia ou com seus efeitos, dado que a confissão é ato comissivo, e não omissivo.

[838] Artigo 393 do CPC/2015: "A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação".

práticas dessa natureza esbarraria em limites rígidos como a boa-fé e a ordem pública[839].

O ponto nodal a se reconhecer aqui é que, a partir do momento em que as partes convencionam o reconhecimento daquela prova, ela deixará de ser ilícita se: a) for dotada de consentimento livre e espontâneo dos pactuantes; b) não afetar direito fundamental dotado de acepção objetiva; c) não invadir espaço de ingerência do juiz; d) não obstaculizar a racionalidade inerente à fundamentação das decisões, e; e) não contrariar o escopo jurisdicional do processo justo.

Feitas essas considerações, exsurge a conclusão de que o exame ao caso concreto irá nortear o exame pontual de cada negócio, na medida em que o contexto em que esse é proposto possa acarretar à mitigação de garantias processuais, cenários em que convenção alguma florescerá. Nada obstante, o contrário também é válido, isto é, não havendo o comprometimento desse núcleo indispensável e existindo vontade livre e desembaraçada das partes em permitir que um encarte probatório mais rico e denso seja apreciado pelo julgador, não há razão a justificar privá-las disso.

3.2.1.2.10 Matérias constitucionalmente reservadas à lei

Consoante já delineado quando tratado de convenções versando acerca de competências, a Constituição atribui a competência para normatizar determinadas matérias à lei – seja ela federal, estadual ou municipal.

Na busca por catalogar limites a incidência dos negócios processuais, Flávio Luiz Yarshell elenca os seguintes:

> Parece lícito identificar limites à convenção das partes em relação ao seguinte: a) excluir ou restringir a intervenção do Ministério Público, quando ditada pela Constituição ou pela lei; b) alterar regras cuja falta de observância leva à incompetência absoluta; c) dispor sobre organização judiciária; d) dispensar as partes (mesmo que de forma bilateral) dos deveres inerentes à litigância proba e leal; e) ampliar o rol das condutas caracterizadoras de litigância de má-fé; f) criar sanções processuais para repressão de

[839] Existe um notável interesse público em reprimir condutas fraudulentas ou que denotem ânimo trapaceiro, seja esse direcionado à outra parte ou ao Estado-juiz em si.

> litigância de má-fé ou de atos atentatórios à dignidade da Justiça; g) criar recursos não previstos em lei; h) criar hipóteses de ação rescisória ou de outras medidas tendentes a desconstituir a coisa julgada; i) dispensar o requisito do interesse processual[840].

Note-se que todas essas zonas não tangenciáveis pelo negócio processual se resumem à proibição constitucionalmente imposta de negócios versarem acerca de matérias reservadas[841] à lei em decorrência de seu eminente caráter público – *in casu*, direito processual.

Antonio do Passo Cabral[842] elege a reserva legal como o "primeiro limite à convencionalidade", asseverando que nesses espaços a vontade das partes não as autorizaria a criar norma[843].

Colocando em outras palavras, a norma fundamental segrega a lei das demais fontes de direito, outorgando somente a essa o poder de produzir normas que digam respeito a determinadas matérias reservadas em virtude dos valores intrínsecos a elas[844].

Acerca dessas matérias, portanto, proibida fica a negociação processual, em observância ao imperativo constitucional mencionado. As diversas modalidades a se encaixarem nessa regra serão analisadas pontualmente em tópicos específicos.

3.2.1.2.11 Convenção acerca de fundamentação

---

[840] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 72.

[841] O princípio da reserva legal é observado quando a norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal, subtraindo-a à disciplina de outras fontes, àquela subordinadas. (Cf.: CRISAFULLI, Vezio *apud* SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 422.)

[842] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 316.

[843] "Também quando a matéria for reservada à lei, não será possível o negócio processual". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 60). Ainda: "Sempre que a matéria for de reserva legal, a negociação processual em torno dela é ilícita". (DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 300).

[844] Art. 22, inciso I, CF.

No que concerne a convenções pretendendo dispensar ou vincular a fundamentação das decisões judiciais, flagrante a sua impossibilidade. Não apenas por estarem influenciando na atividade de ator processual não pactuante da convenção – o juiz –, mas, principalmente, porque, ainda que esse assim quisesse, não poderia dispor de tal dever a si imputado pela Constituição da República Federativa do Brasil[845].

A fundamentação das decisões judiciais consiste em um dever[846], visto que prevista na Constituição recebendo o status de garantia fundamental inerente ao Estado de Direito. Assim prescreve o inciso IX do art. 93:

> todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Coadunando-se a esse ditame constitucional, advém o artigo 489[847] do novel Código de Processo Civil, elencando nos incisos de seu

---

[845] Inciso IX do artigo 93.

[846] "O dever de motivação das decisões judiciais é inerente ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório das partes. Não por acaso a doutrina liga de forma muito especial contraditório, motivação e direito ao processo justo". (MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.37, n206, p. 61-78, abr./2012, p. 62).

[847] Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

primeiro parágrafo uma série de situações nas quais a sentença não será considerada fundamentada.

Corroborando a necessidade de uma fundamentação adequada a responder os anseios das partes, determina o inciso IV do § 3º do artigo 1.013[848] do CPC/2015 que a sentença será tida por nula quando lhe faltar fundamentação. Em verdade, não se pode dizer que a pena de nulidade imposta a sentenças não devidamente fundamentadas seja nova, pois a própria Constituição já a previa em sua redação original de 1988.

A fundamentação da motivação decisional também possui, por sua vez, seu próprio fundamento: vedar o cometimento de arbitrariedades. Quando o magistrado apenas decide, sem necessitar demonstrar empiricamente as premissas legais que o conduziram a obter seu resultado, bem como as razões pelas quais as teses apresentadas pelas partes foram descartadas, abre-se enorme margem para o cometimento de arbitrariedades. Ainda que não intencionalmente, com forte margem de probabilidade virá o togado a impregnar sua decisão de subjetivismos.

No mais, o enfrentamento das teses vem ao encontro da atividade de judicatura, e não em seu desfavor. Isso porque, é justamente a partir da execução desse exercício silogístico que o juiz formará sua convicção, e não antes dela.

Há, ainda, de se considerar que, ao desempenhar a atividade jurisdicional, está o magistrado representando uma função pública, derivada diretamente de um dos três poderes que compõem o Estado, de modo que, ao proferir sua decisão deve justificá-la, asseverando de maneira racional como chegou àquela conclusão, enquanto uma prestação de contas não apenas às partes que litigam, mas ao interesse público inerente à atividade que desenvolve.

Por fim, a fundamentação das decisões está inexoravelmente atrelada à concretização do contraditório substancial. As partes apenas têm assegurada a sua capacidade de influenciar a convicção do

---

§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

[848] Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

magistrado quando esse fundamenta a decisão, demonstrando os argumentos racionais que o conduziram a ela e rebatendo os argumentos deduzidos pelas partes.

Consoante assinala Daniel Mitidiero[849]:

> Tem-se sustentado, acertadamente, que o dever de fundamentação das decisões consiste na "última manifestação do contraditório", porquanto a motivação "garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas". Há, pois, um nexo inarredável entre direito à tutela efetiva, direito ao contraditório e dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, sem o qual não se pode reconhecer a existência de um processo justo.

Essa umbilical ligação com o contraditório vem a reforçar a vedação de convenções envolvendo a fundamentação, observado que, consoante já salientado, ele participa de um núcleo irredutível garantidor de um processo justo. Mais que isso, participa do próprio conceito de processo.

Em idêntica direção, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello sustentam: "Não se pode, é nossa convicção, dispor em negócio jurídico processual que uma decisão poderá não ser fundamentada"[850].

Nada obstante a limitação supraindicada, a impossibilidade de as partes convencionarem dispensando a fundamentação das decisões ou, ainda, pretendendo vinculá-la a quaisquer premissas, evidencia-se pelo simples fato de essa se tratar de atividade desenvolvida enquanto dever de sujeito processual que não participa da convenção e que não pode sequer dispor acerca da fundamentação decisional, na medida em que não titulariza a posição jurídica de modo pessoal, mas enquanto representante do Estado Constitucional de Direito, para o qual a fundamentação é pilar fundamental.

Por derradeiro, de se referenciar que, igualmente, não podem as partes pretender convencionar que a fundamentação não se pautará no ordenamento jurídico vigente.

---

[849] MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado - RPC**, São Paulo, v.1, n.2, p. 83-97, jul./dez. 2015, p. 95.

[850] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 356.

Leonardo Greco[851] compreende que, de uma leitura conjugada da lei de arbitragem (Lei nº 9.307/96) com a cláusula atípica de negociação prevista no Código de Processo Civil, estariam as partes aptas a convencionar que o juiz julgará por equidade. Sustenta o autor: "Se o juiz cumpre a sentença arbitral adotada em juízo de eqüidade, deve ter a possibilidade de receber das partes, ele próprio, a confiança para a formulação de juízos alheios a critérios de estrita legalidade"[852].

Acredita-se, no entanto, que a dispensa de observância do ordenamento jurídico vai de encontro ao objetivo de alcance de uma tutela justa, na medida em que favorece ao cometimento de arbitrariedades, uma vez que o juiz fica dispensado de demonstrar o amparo jurídico a embasar sua decisão. Igualmente, fomenta favorecimentos e imparcialidade, os quais são indispensáveis pilares do estado constitucional.

Nesse aspecto, posiciona-se Paulo Mendes de Oliveira[853]:

> (...) parece-nos claro que não se pode, à revelia das partes, dissuadir o Poder Judiciário da prolação de uma decisão justa, entendida esta como aquela que se baseia na maior aproximação possível da verdade e que aplica o direito objetivo, mediante consistente fundamentação.

Em que pese acredite-se que não apenas o direito objetivo deva ser prestigiado – havendo espaço para a aplicação de equidade em situações de lacuna jurídica e quando o ordenamento jurídico propositalmente se utiliza de cláusulas gerais e normas de textura aberta, bem como quando da interpretação autêntica do ordenamento –, indispensável a observância desse para o atendimento dos fins preconizados pela Jurisdição.

---

[851] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 21. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 296.

[852] De se apontar, ainda, que o ordenamento jurídico italiano prevê alternativa de pronuncia por equidade. Na Almenaha, as partes podem convencionar a qualificação jurídica do fato deduzido em juízo, isto é, vincular o juiz a aplicar determinadas normas em detrimento de outras. Cf.: CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.228, p. 359-376, fev./2014, p. 374-375, p. 370.

[853] OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 430.

Veja-se: todos os limites que vêm sendo trabalhados nesse Capítulo derivam do ordenamento jurídico – mormente da Constituição. Facultar às partes dispensar a aplicação do direito vigente ao desenlace da trama, portanto, importaria em pregar a ausência de qualquer limite aos negócios processuais, circunstância que fatalmente afastaria a tutela jursidcional da Justiça por ela perseguida.

3.2.1.2.12 Publicidade

A publicidade dos atos processuais[854] comporta poucas exceções, são elas: a) existência de interesse público ou social a justificar o segredo de Justiça; b) causas que versem sobre casamento, divórcio, separação de corpos, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; c) ações em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; e d) existência de convenção de arbitragem[855].

Não são permitidas, também, convenções processuais que intencionem afastar a publicidade típica ao ambiente processual[856]-[857]. Isso porque existe interesse público na manutenção da publicidade, a qual serve de instrumento à fiscalização da manutenção de todas as demais garantias processuais previstas. Ela é, portanto, uma garantia instrumental à observância das demais garantias instrumentais ao alcance da tutela justa.

Veja-se: através do estabelecimento da ampla publicidade do que se passa em um processo, não apenas as partes e seus advogados, mas toda a sociedade fica apta a controlar e denunciar qualquer irregularidade ao processo justo que ali possa se verificar. Acerca da

---

[854] Art. 5º, inc. LX; 93, IX da CRFB/88; arts. 11 e 189 do CPC/2015.

[855] Cf.: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: volume 2 - tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 117.

[856] "(...) não é possível negócio processual que tenha por objeto a derrogação ou o afastamento de regra processual que se destine a proteger direito que não permita autocomposição; não é possível, por exemplo, negócio processual que estabeleça segredo de justiça, derrogando a exigência constitucional de publicidade dos atos processuais". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 60).

[857] Cf.: DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 301.

temática, enfatiza Antonio do Passo Cabral[858]: "A publicidade é estabelecida em favor de toda a comunidade, e portanto fora do espaço de disposição permitido às partes".

No que concerne ao contrário, isto é, convenção intencionando retirar o segredo de Justiça previsto por lei, alguns delineamentos necessitam ser considerados. Se o segredo de Justiça se dever à presença de incapaz no processo, certamente não poderá ser suprimido, na medida em que consiste em uma proteção à figura desses.

Imagine-se uma criança que sofre abuso sexual e, em razão da violência contra si perpetrada, passa a ser objeto de ação de modificação do exercício do direito de visitas. Independentemente da vontade de seus genitores, a intimidade violada desse infante deverá ser mantida no anonimato, evitando não apenas que terceiros venham a ter conhecimento do ocorrido, mas até mesmo a própria criança que dele foi vítima, a depender da idade e do grau de discernimento que possuía quando da sua violação.

Já em casos envolvendo somente plenamente capazes e em que terceiros não possam vir a ser prejudicados, a eliminação convencionada do segredo de Justiça, a *priori*, não traria prejuízos, de modo que permitida. Tal exame, portanto, viria a ser realizado casuisticamente pelo magistrado.

3.2.1.2.13 Duplo grau de jurisdição

Pairam dúvidas na doutrina e na jurisprudência acerca da constitucionalidade[859] do duplo grau de jurisdição, havendo quem defenda que decorre implicitamente da ampla defesa, em que pese ausência de menção expressa à referida garantia no texto constitucional.

Embora não seja o foco principal desse estudo analisar essa divergência teórica, de se consignar que não se acredita que o duplo grau de jurisdição seja uma garantia fundamental[860], visto que ele se

---

[858] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 270.

[859] O disciplinamento da organização do Poder Judiciário com a instalação de tribunais estaduais e federais, por si só, não revela a elegibilidade do duplo grau de jurisdição ao nível de garantia fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil.

[860] "Saber se o princípio do duplo grau de jurisdição constitui uma garantia constitucional, estando fora do âmbito de atuação do legislador ordinário, é tema que já foi muito explorado pela doutrina brasileira. Em razão disso, não nos parece necessário um grande ônus argumentativo para demonstrar que prevalece em solo nacional, no âmbito cível, o entendimento de que Constituição Federal de 1988 não previu o duplo grau como uma garantia constitucional, sendo plenamente possível a instituição de procedimentos de instância única". (OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL,

destina a tutelar situações excepcionais. Veja-se: a existência do duplo grau de jurisdição se justifica no reconhecimento da falibilidade humana, isto é, em admitir que o magistrado pode, eventualmente, aplicar erroneamente o ordenamento jurídico ou apreciar equivocadamente a prova encartada aos autos, resultando, em ambas hipóteses, uma decisão injusta.

Nada obstante, a consideração da falha é a exceção, dado que, via de regra, os magistrados encontram-se habilitados a proferir uma decisão adequada – consoante o princípio *Iura novit curia*[861], o qual se traduz no dever do juiz de conhecer o ordenamento jurídico e aplicá-lo ao caso concreto. Logo, não existe fundamentalidade[862] no conceito de duplo grau de jurisdição, na medida em que ele figura como um artifício de aperfeiçoamento do sistema. Fundamental é que o juiz julgue com imparcialidade e que às partes seja proporcionado o contraditório substancial e a ampla defesa, dentre outras garantias inerentes ao processo justo.

De se pontuar, nesse aspecto, que o Pacto de San Jose[863], celebrado na Costa Rica em 1969 e aderido pelo Brasil enquanto norma supra legal através do Decreto n. 678/1992, disciplina a obrigatoriedade de duplo grau jurisdicional em seu artigo 8º enquanto garantia expressamente direcionada ao processo penal, não contemplando a ciência processual civil[864].

Igualmente, o disciplinamento da estrutura e organização do Poder Judiciário na Carta Magna, com a previsão de tribunais estaduais e federais, por si só, não revela que aquela tenha elegido o duplo grau de jurisdição ao nível de garantia fundamental, mas tão somente facultado-o aos jurisdicionados[865].

Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 434).

[861] É em virtude da incidência desse princípio que as partes são dispensadas de fornecer o *nomen iuris* adequado à demanda. (Cf.: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 429).

[862] Nesse sentido, assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: Diante do disposto no inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional. (STF, AIAgR nº 209.954/SP, Min. Rel. Marco Aurélio, DJ 04/12/1998).

[863] Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

[864] "(...) a CADH prevê expressamente um duplo grau de jurisdição nos processos penais (art. 8º, 2, h, CADH). A Constituição Federal, por sua vez, não tem previsão semelhante". (SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set./2016, p. 71-72).

[865] De se destacar, ainda, a existência de previsão de procedimentos de instância única no ordenamento jurídico pátrio, tais quais: execuções fiscais cujo valor não ultrapasse 50 OTNs

Por fim, importa interpretar o silêncio da Constituição Federal de 1988 como eloquente, na medida em que já houve Constituição nacional pretérita elegendo o duplo grau de jurisdição ao patamar de garantia, circunstância que se deu somente na redação da Carta Magna de 1824[866].

Como enfatiza Paulo Mendes de Oliveira[867]:

> Não há no ordenamento jurídico brasileiro uma vinculação constitucional ao duplo grau de jurisdição, sendo lícito ao legislador ordinário, e por vezes até mesmo recomendável em prestígio à garantia constitucional de tutela tempestiva dos direitos, estabelecer procedimentos de instância única, sem qualquer violação ao direito fundamental ao processo justo.

Notadamente, a Constituição vigente silencia quanto ao duplo grau de jurisdição. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, referencia o termo em seu artigo 496[868], ao determinar a sua imperiosa observância nos casos denominados remessa necessária. Essa circunstância vem, em verdade, a reforçar a constatação de que o ordenamento jurídico não considera o duplo grau de jurisdição uma garantia inafastável. Veja-se: se a legislação expressamente disciplina que, quando da prolação de sentenças contrárias aos interesses da Administração Pública, e somente nesses casos, exige-se que essas sejam impreterivelmente objeto de novo julgamento em segundo grau de jurisdição, evidencia-se que essa não é a regra geral, mas sim a exceção, a qual se justifica somente em nome da supremacia do interesse público.

De se referenciar, nesse sentido, que a irrecorribilidade das decisões não contraria o processo justo[869]: "Isso porque é possível

---

(art. 34 da Lei nº 6.830/1980) e 518 § 1º do CPC/1973 (correspondente ao art. 932, IV, alínea "a", "b" e "c" do CPC/2015) e 515, § 3º CPC/1973 (correspondente ao art. 1.013, § 3º do CPC/2015)

[866] Art. 158.

[867] OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 435.

[868] Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;
II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

[869] "(...) o direito ao recurso não pode ser catalogado como requisito à prolação de uma decisão justa, da tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos". (OLIVEIRA, Paulo Mendes.

assegurar o devido processo legal sem o duplo grau de jurisdição"[870]. Ademais, "não há qualquer garantia de que a segunda decisão será necessariamente mais adequada que a primeira, ou seja, que a decisão do tribunal será a decisão justa almejada pelo processo civil do Estado Constitucional"[871].

Parcela da doutrina[872] vê o duplo grau de jurisdição enquanto princípio, e não como garantia, o qual, portanto, pode ser excetuado – como de fato o é, em diversas situações[873].

Outrossim, ainda que se considere o duplo grau jurisdicional uma garantia constitucional[874], "o que se garante é a possibilidade de nova análise da demanda por um tribunal superior, e não a obrigatoriedade dessa análise"[875].

Ao discorrer sobre o teor do artigo 200 do Código de Processo Civil de 2015, Eduardo Cambi preconiza:

> Esse art. 200 do NCPC possibilita, às partes, a manifestação de vontade que lhes retire direitos processuais, tal como o acesso à instância superior, e produz efeitos imediatos. Ainda que se considere o duplo grau de jurisdição uma garantia implícita na Constituição Federal, a celebração de contratos procedimentais que exclua a

---

Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 436).

[870] MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma na Justiça Civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Capelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 199, p. 83-99, set. 2011, p. 93.

[871] OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 436.

[872] "(...) pode-se concluir que a Constituição Federal, ao disciplinar o Poder Judiciário com uma organização hierarquizada, prevendo a existência de vários tribunais, tem nela inserido o princípio do duplo grau de jurisdição. Sendo assim, é possível haver exceções ao princípio, descerrando-se o caminho para que a legislação infraconstitucional restrinja ou até elimine recursos em casos específicos. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e o processo nos tribunais**. v. 3, 13ª ed. Salvador: JusPodivm, p. 90).

[873] Cf.: LAMY, Eduardo de Avelar. A manutenção dos embargos infringentes pela reforma do cpc e a restrição indireta trazida pelo novo par. 4º do art. 515. **Revista de Processo**, São Paulo, RT v.137, jul. 2006, p. 128-133.

[874] Nesse sentido, confira-se: PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80-81.

[875] Cf.: LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 468.

> possibilidade de interposição de recurso está no âmbito da autonomia de vontade das partes[876].

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira[877], no mesmo sentido:

> O pacto de não recorrer significa a estipulação, no curso do processo, inclusive, para que a demanda tramite apenas em uma determinada instância. Trata-se de um acordo de exclusão do procedimento em grau de recurso. Estipular que o processo findará perante o juízo de primeiro grau significa, em outras palavras, renunciar mutuamente ao recurso. As partes, que obviamente têm a liberdade para escolher se recorrem ou não em face de determinada decisão, decidem manifestar, desde logo, reciprocamente, a vontade de não interpor recurso.

Ademais, como em absolutamente todas as demais convenções processuais, as partes detêm a liberdade de pactuarem a exclusão da faculdade recursal, ou não, em livre-arbítrio. Não há obrigatoriedade na adoção do negócio – se houver, esse é nulo.

De se considerar, ainda, que os pactos de não recorrer podem contemplar o segundo grau de jurisdição, eliminando tão somente Cortes Superiores[878].

Outra crítica sofrida pelo instituto, nesse viés, é a de que a renúncia ao recurso somente é admissível quando da existência da decisão impugnável, uma vez que o direito de recorrer nasce com a prolação da decisão.

---

[876] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 241.

[877] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 91.

[878] Cf.: LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 468; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 296. O autor destaca, no entanto, a impossibilidade de se negar cabimento aos embargos de declaração, visto que esses consistem em um recurso peculiar, que visa integrar a decisão judicial. Em sentido contrário: LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 470.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira rebate essas críticas aduzindo que a prévia renúncia ao recurso "é um negócio jurídico processual condicional; a superveniência da decisão impugnável é fato que implementa a condição suspensiva inserida no pacto e torna eficaz o ato de renunciar" [879].

Com efeito, recorrer é um ato de vontade[880]. A parte sucumbente não é obrigada a recorrer[881], de modo que pode manifestar sua vontade em sentido contrário, inclusive antecipadamente.

Impedir a renúncia antecipada a recurso em razão da inexistência de decisão a originar o direito recursal corresponderia a invalidar as cláusulas prevendo foro de eleição antes de instaurado o litígio; ou, ainda, as cláusulas compromissórias, visto que afastam a análise da lide do Poder Judiciário antes que essa surja[882]. Equivaleria, igualmente, a impedir os pactos de *non petendo*, pois quando eles são firmados ainda não ocorreu violação ao direito material a ensejar o direito de ação em sua acepção material.

Parcela doutrinária[883] apresenta preocupação, ainda, que a renúncia antecipada ao recurso poderá vir a prejudicar as partes, na medida em que elas não sabem exatamente do que irão abrir mão quando os entabulam, podendo a medida vir a violar sua "liberdade de decisão".

Júlia Lipiani e Marília Siqueira[884] demonstram, entretanto, que vedar as partes de convencionarem a faculdade recursal é que atentaria contra a liberdade de decisão das partes:

> A impossibilidade de negociação de renúncia ao recurso com base no argumento de 'liberdade de decisão' representaria, em verdade, um tolhimento à liberdade de decisão, limitando o poder de

[879] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 246.

[880] "Em sentido lato, recorrer significa comunicar vontade de que o feito, ou parte do feito, continue conhecido, não se tendo, portanto, como definitiva a cognição incompleta, ou completa, que se operara". MIRANDA, Pontes de; BERMUDES, Sergio. **Comentários ao Código de Processo Civil**: tomo VII. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

[881] Excetuado o reexame necessário previsto pelo artigo 496 do CPC/2015.

[882] Cf.: OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 438.

[883] Cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito** Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 85.

[884] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 469.

> escolha dos jurisdicionados pelo simples fundamento de que tal escolha lhes poderia ser prejudicial. (...) o argumento de que o Estado teria interesse na possibilidade de previsão da real extensão dos efeitos do negócio processual não se sustenta, já que, ainda que inexista qualquer convenção sobre a renúncia ao recurso, as partes não irão necessariamente recorrer de uma decisão injusta e o Estado não irá coibi-las a tanto.

Consoante prega Pedro Miranda de Oliveira[885]: "(...) se as partes podem renunciar previamente ao próprio direito material discutido em juízo, que é o mais, por que não poderiam renunciar ao direito de recorrer, que é um *minus* relativamente àquele"? [886].

Ademais, eventuais nulidades e situações de manifesta vulnerabilidade serão controladas pelo magistrado. Nada obstante, intencionando se resguardar de eventualidades, as partes podem, ainda, fixar os termos dessas convenções de modo detalhado, especificando, por exemplo, que nos casos de *error in procedendo* o recurso permanecerá sendo cabível, vindo a renúncia ao recurso a acobertar somente discussões merituais[887].

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira acentua a viabilidade de renúncia a eventual recurso futuro descrevendo a sua positivação detalhada do ordenamento jurídico francês, no qual: "o pacto de renúncia conjunta a recurso, depois de ajuizada a ação, é admitido no art. 41 do *Code de Procédure Civile*[888]".

Na Alemanha convenções restringindo a interposição recursal são admitidas e, quando descumpridas por alguma das partes, o Tribunal não

---

[885] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 297.

[886] No mesmo sentido: "Se pensarmos que a parte autora pode renunciar ao direito material discutido em juízo, e a parte ré pode reconhecer a procedência do pedido, renunciando previamente ao próprio direito material discutido na lide, a possibilidade de renúncia ao direito de recorrer é consequência lógica do sistema, já que com o recurso busca-se, em verdade, defender o direito material objeto da lide". (LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 466).

[887] Cf.: LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 470.

[888] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 91.

conhece do recurso protocolado[889], conferindo efetividade ao *pacta sunt servanda*.

Acerca da vinculatividade dos pactos de não recorrer, José Carlos Barbosa Moreira[890] aduz que, no ordenamento germânico: "doutrina e jurisprudência, com fundamentação variável, tem admitido aí que o órgão *ad quem*, mediante provocação de outra parte, deva declarar inadmissível o recurso e negar-lhe conhecimento".

A opção em renunciar à interposição recursal, ou não, fica adstrita ao embate travado entre celeridade – uma vez que os recursos são sempre os acusados pela morosidade e indefinição das relações processuais –, e busca por segurança jurídica, isto é, ter sua decisão revisada por outros magistrados com o fim de aferir sua adequação, ou não, ao caso concreto.

Nada obstante, não necessariamente a revisitação da decisão por togados de segundo grau importará em seu aperfeiçoamento, na medida em que esses não tiveram contato com as partes e não participaram da colheita das provas. Nesse aspecto, de se mencionar que diversos "sistemas jurídicos estrangeiros já se deram conta da necessidade de valorização da decisão de primeiro grau, tornando excepcional a revisão das conclusões fáticas por uma instância superior"[891].

Imperioso ter em mente, sempre, que as partes não são obrigadas a recorrer, podendo desistir do recurso, inclusive, posteriormente à interposição desse. Logo, por que razão não poderiam renunciar a ele antes? [892] Veja-se: "o ato de recorrer é um ônus processual decorrente do desdobramento do direito de ação e do direito de defesa"[893], de modo que não há obrigatoriedade envolvida na conduta, sendo permitido às partes dela dispor.

---

[889] Cf.: FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p., p. 11.

[890] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 89.

[891] OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 436-437. O autor prossegue criticando: "Um sistema que permite ampla reavaliação da causa, desconsiderando por completo as conclusões a que chegou o juízo *a quo*, transforma-o em mero órgão instrutor e faz da sentença de primeira instância simples opinião a ser avaliada pelo tribunal".

[892] Cf.: OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 437.

[893] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 296.

Convém, ainda, pontuar que a redução de tempo empregado na tramitação processual importará em correspondente redução de recursos humanos e pecuniários a serem despendidos pelo Estado para a resolução daquele litígio[894], de modo a existir um interesse desse também na realização das convenções retratadas nesse tópico[895].

Por derradeiro, necessário destacar que o contrário não se verifica. Isto é: convenções que intencionem instaurar a lide diretamente no segundo grau de jurisdição são eivadas de invalidade[896]. Isso porque mencionado acordo, em verdade, versa acerca de competência funcional, a qual é absoluta. Através da mencionada convenção as partes estariam intencionando transformar em competência originária uma competência derivada, delineamento esse que é reservado à lei[897].

3.2.1.2.13.1 Recurso per saltum

No que concerne à possibilidade do recurso *per saltum*, isto é, de as partes convencionarem a restrição ao segundo grau de jurisdição, mas reservarem para si a possibilidade de recorrer diretamente para os tribunais de cúpula – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal –, quando a decisão proferida em primeira instância violar, respectivamente, lei federal ou norma constitucional, impera realizar alguns apontamentos, até mesmo porque a questão se resolve de diferente modo para as diferentes Cortes[898].

---

[894] Dados obtidos em relatório realizado pelo Conselho Nacional de Justiça revelam que os mais elevados gastos com recursos humanos são verificados nos tribunais superiores, denotando o potencial de minoração de custos que a renúncia à recursos poderia trazer. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/Resumo_justica_em_Numeros_2014_ano-base_2013.pdf Acesso em: 16/12/2016.

[895] Cf.: LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 471.

[896] Enunciado n. 20 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: Não são admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para modificação de competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância.

[897] "Acordo de supressão de primeira instância é exemplo de acordo sobre competência funcional: acorda-se para que a causa não tramite perante o juiz e vá direto ao tribunal, que passaria a ter competência funcional originária, e não derivada; esse acordo é proibido". DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 300

[898] "O recurso *per saltum* depende da disciplina que lhe venha a imprimir o ordenamento jurídico, podendo ser admitido em maior ou menor extensão, podendo alcançar todas as questões de direito, processuais e substanciais, ou apenas as sentenças finais de mérito, ou também as sentenças finais processuais, ou ainda, as decisões interlocutórias de mérito, ou até

Tal mecanismo recursal vem conquistando espaço em diferentes ordenamentos jurídicos, a exemplo do italiano, do argentino e do português[899]. Um traço comum observado nesses ordenamentos reside na circunstância de a matéria veiculada através do recurso *per saltum* versar exclusivamente acerca de questões jurídicas, estando vedadas controvérsias fáticas[900]-[901].

Júlia Lipiano e Marília Siqueira[902] sustentam a impossibilidade de convenção estipulando recurso *per saltum* no ordenamento jurídico pátrio brasileiro, em razão de inexistir autorização legal para tal.

Ocorre, todavia, que o recurso *per saltum* consiste em uma modalidade de interposição recursal, por meio da qual, literalmente, salta-se um grau de jurisdição. Logo, uma vez que consiste em um modo de processamento dos recursos legalmente previstos, e não em verdadeira criação de um recurso novo, não estaria desrespeitando o princípio da taxatividade recursal.

As autoras enfatizam, ainda, que mencionada possibilidade abarrotaria o Supremo Tribunal Federal, despejando sobre a Corte processos que talvez não ali chegassem se houvessem percorrido o

---

as interlocutórias processuais. Pode, também, ser condicionado à observância de determinados requisitos quanto ao seu campo de incidência". ". (ALVIM, J. E. Carreira. Recurso per saltum: sugestão para a justiça do terceiro milênio. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, RT v.10, jul. 2002, p. 86-93, p. 90).

[899] "A referida modalidade de processamento está expressamente prevista no art. 360, 2ª parte, do CPC italiano, cujo preceito permite a interposição do recurso de cassação (nosso recurso especial e extraordinário), que se designa de *revisio per saltum*, caso as partes concordem em omitir a apelação. Na Argentina, o recurso *per saltum* consiste na possibilidade de interposição de recurso de uma sentença de primeiro grau direto para a Suprema Corte de Justiça da Nação. (...) Em Portugal, da mesma forma, é prevista a forma de processamento *per saltum*, no caso específico do recurso de revista. As hipóteses de cabimento são *numerus clausus*, sendo condição fundamental a natureza rigorosamente jurídica da matéria impugnada. O art. 725, do Código de Processo Civil Português prevê a remessa antecipada do recurso de revista interposto contra sentença de primeira instância para o Supremo Tribunal de Justiça, sem, contudo, ser, anteriormente, submetido ao segundo grau de jurisdição ordinário". (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 292-294).

[900] Cf.: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 294.

[901] "Para que tenha cabimento o recurso *per saltum* impõe-se que não haja discussão de matéria fática, ou que sobre ela não tenha havido controvérsia, restandocontrovertidas apenas as questões jurídicas, pois, apenas estas permitem saltar um grau de jurisdição, ou mais de um, permitindo o seu conhecimento e julgamento pelo tribunal *ad quem*". (ALVIM, J. E. Carreira. Recurso per saltum: sugestão para a justiça do terceiro milênio. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, RT v.10, jul. 2002, p. 86-93, p. 89).

[902] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 471.

trâmite normal[903]. Contudo, consoante se sabe, o conhecimento de recurso extraordinário depende do preenchimento de requisitos específicos, tais quais a presença de repercussão geral, o dever de impugnar todos os fundamentos da decisão recorrida, o esgotamento das vias ordinárias e o prequestionamento – compreendido enquanto restar a causa decidida[904]. Assim, caso o recurso não preencha os requisitos admissionais, não prosseguirá, de modo a não se instalar qualquer tumulto em decorrência da viabilidade negocial ora analisada.

No que concerne, especificamente, à exigência do esgotamento das vias ordinárias, essa é configurada pela expressão constitucional "decisão judicial de única ou última instância", restando evidenciada a possibilidade de decisões proferidas em instância única alcançarem a Corte Suprema, uma vez que exista norma assim disciplinando. A norma a incidir no caso, contudo, será de natureza convencional.

Mencionado entendimento é, ainda, corroborado pelo enunciado sumular nº 640 do STF, segundo o qual: "É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal".

Já no que toca à figura do prequestionamento, terá de ser exercido pelo magistrado de primeiro grau, bem como a apreciação probatória se restringirá à análise cognoscitiva da primeira instância, observada a incidência do enunciado sumular nº 279 a impedir apreciação dessa natureza por parte do Supremo Tribunal Federal[905].

Nestes termos é que Pedro Miranda de Oliveira[906] conclui que: "presentes todos os pressupostos específicos do recurso extraordinário a supressão da segunda instância judicial é possível, porque a atuação antecipada do STF não constituirá usurpação de competência".

Em verdade, de se anotar que a referida modalidade de interposição recursal convencional poderá constituir poderosa ferramenta a conduzir ao Supremo Tribunal Federal temáticas constitucionais que, nas vias de tramitação tradicionais, levariam lapso temporal infinitamente maior, possibilitando que a Corte competente para interpretar a Constituição o faça com maior agilidade.

---

[903] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 472.

[904] Cf.: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 301.

[905] Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

[906] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 303.

Não sendo esse o caso, por não preenchimento dos requisitos específicos exigidos pelo recurso extraordinário, esse simplesmente não será conhecido, não causando, portanto, maiores embaraços à organização judiciária[907].

Nesse compasso, de se consignar, ainda, que a admissão de recursos *per saltum* não ofende, absolutamente, ao princípio da igualdade[908], visto que existe interesse público na manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca de questões constitucionais dotadas de repercussão geral. Ademais, será uma opção ofertada a todos os jurisdicionados que se encontrem discutindo direitos que admitam autocomposição, não preterindo, portanto, alguns jurisdicionados em relação a outros. Contudo, acredita-se que a imensa maioria permanecerá preferindo que o desenlace da trama se dê na tramitação tradicional, mormente quando considerados os índices de inadmissibilidade de causas submetidas perante a Suprema Corte.

Mesma sorte não assiste ao recurso especial *per saltum*. Isso porque a redação constitucional[909] é clara ao vincular o conhecimento de recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça somente quando a decisão houver sido proferida por "tribunal de última instância". Assim sendo, inadmitido na Corte Superior recurso que não tenha tramitado regularmente em ambas instâncias[910], até mesmo porque, consoante já se

---

[907] Rebatendo às críticas das autoras Júlia Lipiani e Marília Sirqueira, para as quais: "A possibilidade de recurso extraordinário *per saltum* é matéria que envolve a organização judiciária e que, portanto, não pode ser objeto de livre negociação pelas partes em um litígio, em detrimento do quanto determinado em lei". (LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 472).

[908] Rebatendo às críticas das supramencionadas autoras, para as quais: "(...) o recurso extraordinário *per saltum* esbarra no princípio da igualdade, garantido aos jurisdicionados, de modo que aqueles que acordaram no sentido de permitir esta modalidade de processamento do recurso teriam acesso mais rápido ao Supremo Tribunal Federal, contribuindo para o congestionamento desta Corte, em detrimento daqueles que aguardam o julgamento do seu recurso extraordinário processado pelas vias legalmente previstas". (LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 472).

[909] Art. 105, inciso III: "julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

[910] Ambos autores concordam, *a priori*, na inviabilidade da modalidade de interposição recursal para recursos especiais: LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique.

delineou alhures, inválida seria pactuação pretendendo converter o segundo grau de jurisdição em competência originária.

Nada obstante, conforme alerta Pedro Miranda de Oliveira, "caberá ao Supremo Tribunal Federal dar a resposta"[911]. Com efeito, a palavra final sobre a constitucionalidade, ou não, de acordo que pretenda afastar o segundo grau de jurisdição sem, no entanto, colocar fim ao litígio, incumbirá à Corte Constitucional.

3.2.2 Limites objetivos infraconstitucionais

Ato contínuo, passar-se-á a analisar matérias que, muito embora possuam sua disciplina em lei infraconstitucional, são comumente reputadas como matérias de ordem pública[912], de modo a comporem a estrutura do ordenamento processual civil.

Ademais, nada obstante sejam infraconstitucionais, refletem, em alguma medida, as orientações constitucionais, assim como se dá com todo o ordenamento jurídico.

Pretende-se, portanto, investigar se essas estruturas se coadunam com o conceito de matéria de ordem pública[913] definido no tópico 3.2.1.3, bem como em que medida comportam, ou não, negociação.

3.2.2.1 Pressupostos processuais

Os pressupostos processuais[914] consistem em categoria doutrinária[915] a congregar todos os pressupostos de existência e

---

Negócios Processuais. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 472; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 303.

[911] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 303.

[912] "O primeiro rol de questões que, segundo a maciça doutrina e a torrencial jusrisprudência, estão a salvo da preclusão são as relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais". (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**: atualizado de acordo com a nova Reforma Processual: Leis nº 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006, p. 229).

[913] "Não é correto tentar identificar os 'pressupostos processuais' por alguma das características de seu suposto regime jurídico: conhecimento *ex officio* pelo magistrado (como visto, nem sempre isso ocorre)". (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 102).

[914] Deve-se a Oskar von Büllow a ideia de pressupostos processuais. Cf.: BULOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. 2. ed. Campinas/SP: LZN, 2005.

[915] Assim como ocorrido em relação às condições da ação, muitas são as discussões doutrinárias acerca da mencionada categoria, não intencionando a presente pesquisa adentrar nessa questão pontual, mas tão somente analisar, diante da classificação comumente utilizada

requisitos de validade aptos a condicionar, respectivamente, a instauração do processo e a validade do procedimento através do qual esse se desenvolve[916].

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[917] caracterizava os pressupostos processuais como "as qualidades que o juízo, as partes e a matéria submetida, bem como os atos essenciais do início devem apresentar, para que possa ser proferida sentença com entrega da prestação jurisdicional". Em suma: "Tudo, pois, que se pressupõe para que tal sentença seja possível" [918].

Hodiernamente, observa-se a compreensão dos pressupostos processuais a partir da ótica dos direitos fundamentais, a qual conduz a se pensar a categoria como "requisitos de um processo justo"[919], desprendendo-a do caráter neutro e dissociado antes vinculado ao instituto.

---

pelos operadores jurídicos na prática forense, a viabilidade, ou não, de negociação envolvendo pressupostos processuais. Registre-se, a título ilustrativo, no entanto, o entendimento de Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart acerca da temática: "Reafirme-se que os ditos pressupostos não são requisitos para a constituição do processo. O processo e a relação jurídica existem ainda que a na ausência dos pressupostos processuais. (...) Na verdade, tais requisitos não podem ser vistos nem como pressupostos de existência nem como pressupostos de validade do processo. Isso pela simples razão de que não dizem respeito ao processo. Tais requisitos nem têm relação com a existência ou com a validade do processo, mas sim com a sua subsistência, ou melhor, com o mérito ou com o pedido de tutela jurisdicional do direito. Eles condicionam a concessão da tutela jurisdicional do direito – não do processo. (...) Ademais, diante dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, torna-se evidente que a ausência de um 'pressuposto processual' só tem relevância quando constatada em momento processual em que o juiz não tem condições de definir o mérito, pois é apenas nessa hipótese que surge racionalidade para a extinção do processo. Em caso contrário, isto é, quando se verifica que o direito material pertence à parte protegida pelo pressuposto omitido, o juiz tem o dever de proferir sentença de mérito, seja de procedência ou de improcedência (art. 488)". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: volume 1 - teoria do processo civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 552-558).

[916] Nesse ponto, de se mencionar a atecnia do emprego do termo "pressupostos" para indiciar aspectos relativos ao plano da validade, visto que esses consistem em requisitos. Cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105.

[917] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995, 5ª ed. p. 24.

[918] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995, 5ª ed. p. 24.

[919] Cf.: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: volume 1 - teoria do processo civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 559.

Em que pese a maioria dos pressupostos processuais seja reconhecida como matéria de ordem pública[920], cuja vedação negocial já foi analisada, oportuno destaca-los para exame segregado, na medida em que consistem em uma categoria diferenciada de normas processuais, as quais, consoante o próprio nome explicita, congregam pressupostos que precisam se verificar (positivos) ou que não podem estar presentes (negativos) para que o processo seja validamente instaurado[921].

Acerca da temática, Leonardo Greco[922] assinala:

> Quanto às questões propriamente processuais, cumpre recordar que a falta de condições da ação e de pressupostos processuais, de um modo geral, é matéria apreciável de ofício, pouca margem havendo para a disponibilidade das partes, constituindo exceções a argüição da incompetência relativa e a argüição do compromisso arbitral (CPC, arts. 114 e 301, § 4°).

Em contrapartida, Paula Costa e Silva[923] assevera que "o princípio dispositivo, que caracteriza o nosso sistema processual, é favorável à criação convencional de condições à apreciação do mérito da acção", aduzindo que os pressupostos processuais consagrados pela legislação representam rol exemplificativo, e não taxativo. João Paulo Lordelo Guimarães Tavares, na mesma direção, compreende que: "É possível até mesmo acordos sobre pressupostos e requisitos processuais, como o acordo sobre competência relativa e a legitimação extraordinária negocial" [924].

---

[920] Regra geral, as questões de admissibilidade são objeções, pois devem ser examinadas de ofício pelo magistrado. Todavia, essa regra comporta exceções, visto que algumas necessitam da provocação do interessado (são exceções), como o caso do compromisso arbitral.

[921] "(...) tudo aquilo que se afigurar requisito de admissibilidade da pretensão a determinada tutela jurídica, tenha sido ela invocada pelo autor ou pelo réu". (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**: atualizado de acordo com a nova Reforma Processual: Leis nº 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006, p. 140).

[922] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007, p. 10.

[923] SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 312.

[924] TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 91-109, abr./2016, p. 101.

Pois bem. Diversos são os critérios passíveis de ensejar classificações dos pressupostos processuais, adotando-se, na presente oportunidade, à sistematização aderida por Fredie Didier Jr.[925], comumente utilizada por sua didaticidade. Segundo tal classificação, os pressupostos processuais compõem um grande grupo dividido entre pressupostos de existência e requisitos de validade do processo.

Inicialmente, analisa-se os pressupostos de existência do processo. Necessita-se que alguém, dotado de capacidade de ser parte, demande perante um órgão investido de jurisdição[926]. Em seguida, examina-se os requisitos de validade que dizem respeito à forma do ato, capacidade das partes, sem os quais comprometerá a apreciação do mérito da demanda.

Ambos sub-grupos segregam-se, por sua vez, em pressupostos subjetivos e objetivos:

> 1)A) Pressupostos de Existência Subjetivos: órgão investido de jurisdição (juízo); capacidade de ser parte (autor);
> 1)B) Pressuposto de Existência Objetivo: existência de demanda.
> 2)A) Requisitos de Validade Subjetivos: competência e imparcialidade do Juízo (juiz) e capacidade processual e capacidade postulatória (parte).
> 2)B) Requisitos de Validade Objetivos: respeito ao formalismo processual (intrínseco) e inexistência de perempção, litispendência, coisa julgada e convenção de arbitragem (extrínsecos)[927].

Alguns dos pressupostos processuais já foram ou serão analisados enquanto limites aos negócios processuais compreendidos em outras categorias, tais quais a capacidade do agente[928], competência e

---

[925] DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105.

[926] "(...) o concurso de dois determinados pressupostos processuais (autoridade dotada de jurisidição e demanda) é indispensável, e sua ausência pode ensejar a inexistência dos atos praticados e, de resto, do processo como um todo". (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**: atualizado de acordo com a nova Reforma Processual: Leis nº 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006, p. 142).

[927] Cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110.

[928] Ver 4.1.1.

imparcialidade do juiz[929]. Resta, portanto, analisar a viabilidade negocial quanto a dois pressupostos de existência: a investidura do juiz – o qual deve estar previamente investido na jurisdição; e a demanda – cujos elementos identificadores são: partes, pedido e causa de pedir[930].

Não se vislumbra margem para ingerência das partes nesses dois pressupostos. Não podem elas pretender afastar a investidura de jurisdição enquanto pressuposto necessário ao surgimento da relação processual, visto que o Estado participa dessa relação por meio, justamente, do agente público investido[931]. Ademais, ainda que se adote compreensão a refutar o processo como relação jurídica, a presença do mencionado "pressuposto" se justificará enquanto mera consequência lógica do dever do Estado de prestar tutela em contrapartida à vedação à autotutela por si imposta[932].

A hipótese resta negada, portanto, em dupla acepção criterial (tutela justa e "legitimidade negocial"), observado que, sem Jurisdição não há tutela – que o dirá tutela justa –, e que a existência ou não de investidura não corresponde a uma situação jurídica titularizada pelas partes.

Tampouco se encontra à disposição das partes negociar pretendendo alterar os elementos identificadores da ação, até mesmo porque dessa estruturação depende a verificação de outros institutos indispensáveis à segurança jurídica – formadora da tutela justa –, tais quais a litispendência, a perempção e a coisa julgada – a qual será retratada em tópico próprio.

---

[929] "A competência absoluta do órgão jurisdicional e a falta de impedimento do juiz são requisitos que dizem respeito ao interesse público ou ao interesse estatal em prestar a jurisdição de forma adequada e proba. (...) Não importa a vontade das partes em relação à competência absoluta e às regras pertinentes ao impedimento. Embora as partes também tenham interesse em que a causa seja apreciada por um juiz constitucionalmente competente e imparcial, é certo que nem autor nem réu podem abrir mão dessas condições". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: volume 1 - teoria do processo civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 554-555).

[930] Art. 319 do Código de Processo Civil de 2015.

[931] Cumpre referenciar que a escolha pela arbitragem não importa em flexibilização do mencionado pressuposto, na medida em que "a lei atribui o exercício da jurisdição ao árbitro. Conclusão: a arbitragem, tal como prevista na lei brasileira, é indiscutivelmente exercício de atividade jurisdicional exercida por agentes privados (árbitro ou árbitros)". (ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 14).

[932] "Se a tutela jurisdicional somente pode ser prestada pela jurisdição e através do processo, é pouco mais do que evidente que não há processo sem a 'existência de um órgão jurisdicional'". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: volume 1 - teoria do processo civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 551).

Litispendência e perempção consistem em mecanismos do ordenamento que visam conferir estabilidade às relações, bem como demonstram que o direito de acesso ao Judiciário não é inesgotável em relação a uma mesma demanda – considerados os elementos identificadores da ação e sua acepção material.

Assim sendo, não podem as partes pretender convencionar desconfigurando esses pressupostos, na medida em que os recursos envolvidos para a prestação da tutela jurisdicional são escassos, inexistindo condições financeiras de se possibilitar que as partes fiquem repropondo uma mesma demanda em caráter indeterminado. Ademais, ainda que referidos recursos existissem, não seria racional que o Estado os despendesse dessa forma.

Em se tratando da litispendência, em específico, possibilitar sua flexibilização ofenderia, ainda, ao princípio do juiz natural, o qual, consoante já se delineou, é inafastável, participando do núcleo de garantias irredutíveis para a observância de um processo justo.

O último dos pressupostos processuais negativos é representado pela existência de compromisso arbitral, sendo o único, portanto, que admite natureza negocial.

Por derradeiro, observa-se margem de negociabilidade no formalismo processual, pressuposto objetivo intrínseco que congrega, na lição de Carlos Alberto Alvaro Oliveira:

> (...) não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais[933].

Da conceituação fornecida pelo doutrinador, exsurge indefectível correspondência com a redação empregada pela cláusula atípica de negociação processual prescrita pelo artigo 190 do Código de Processo Civil, a qual referencia, justamente, a aptidão das partes para "estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais". Logo, evidencia-se que o formalismo processual – compreendido enquanto pressuposto processual objetivo intrínseco –,

[933] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 07.

fornece o *locus* ideal para a atuação do instituto, idealizado justamente para compor ajustes nessas duas frentes: adequação procedimental e disposição de situações processuais.

Tais ajustes, no entanto, comportam limitações. Como bem salientado por Carlos Alberto Alvaro Oliveira, tais alterações necessitam preconizar o atingimento das finalidades da Jurisdição[934], sob pena de padecerem de ilegitimidade e redundarem em fomentar o formalismo "fetiche", ao invés do formalismo valorativo.

Logo, a orientação buscada através das negociações envolvendo tal gama de aspectos formais compreendida pelo pressuposto em comento reside no processo justo. Para além dessa limitação, imperioso ter em mente que as situações processuais a comporem o formalismo processual não são, em sua totalidade, titularizadas exclusivamente pelas partes, não podendo elas, portanto, pretender modificar aquelas que não suas.

Fredie Didier Jr. exemplifica, enquanto requisitos objetivos intrínsecos de validade a comporem o mencionado pressuposto:

> a) Petição inicial apta; b) comunicação dos atos processuais, inclusive e principalmente a citação; c) respeito ao princípio contraditório; d) obediência ao procedimento, como, por exemplo, a necessidade de intimação da parte para manifestar-se sobre documento juntado ao processo pela outra; e) escolha correta do procedimento[935].

Das amostras fornecidas pelo autor, denota-se a existência de possibilidade negocial em algumas; já em outras, a receptividade não seria tão franca. As partes podem, por exemplo, convencionar a dispensa da comunicação dos atos processuais (intimações), comprometendo-se a se manter atualizadas do processo autonomamente – circunstância deveras facilitada pela era digital –; de outra senda, não podem pretender interferir nos requisitos a definir se uma petição é apta, dado que essa atividade é desenvolvida pelo Estado-juiz. Podem plenamente escolher o procedimento, e até mesmo adequá-lo às suas

---

[934] Para o autor, compreendidas como a Justiça, paz social, segurança e efetividade. Cf.: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 65-73.

[935] DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 167.

especificidades; mas não podem, por outro lado, pretender eliminar o contraditório, consoante já examinado.

Para além da hipótese de modificação dos requisitos de formalismo processual existentes por meio da prática negocial, de se pensar na possibilidade da inclusão de novos, utilizando-se da mesma via. As partes poderiam convencionar, por exemplo, a necessidade de observância de etapas pré-processuais enquanto requisito à instauração da demanda, como a *disclousure*[936] ou tentativa de conciliação extraprocessual, ambas técnicas a fomentarem a efetividade da tutela jurisdicional[937].

Assim, por todo o aqui exposto, conclui-se que inexiste vedação taxativa para a convencionalização das partes em matéria de pressupostos processuais, sendo necessária a análise casuística da intenção pretendida, a qual compreenderá o exame da: a) finalidade buscada, a qual deve coincidir com os escopos jurisdicionais de justiça, efetividade e segurança jurídica; e b) titularização da situação que se pretende modificar.

Tendo esses elementos norteadores em mente, analisar-se-á, em tópico apartado, a possibilidade de negociação envolvendo um último pressuposto processual (negativo): a coisa julgada.

3.2.2.1.1 Coisa julgada

As posições doutrinárias acerca da viabilidade de convenções possuindo como pano de fundo a coisa julgada[938]-[939] são controvertidas. Há posicionamentos enfáticos tanto de um lado quanto de outro.

Todos, contudo, parecem concordar que as partes não podem efetuar acordo para rescindir ou invalidar a decisão transitada em julgado, visto que "as partes não podem desfazer, negocialmente, um ato

---

[936] Ver item 4.15

[937] Em ambos os os casos, a convenção teria de ter sido firmada antecedentemente à deflagração do litígio.

[938] § 3º do art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657/1942: Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

[939] "(...) qualidade da força declaratória, incrustada na sentença de mérito, destinada a produzir a indiscutibilidade desta certificação judicial. Portanto, um estado de cristalização do *decisum*, uma blindagem que envolve a verba judicial em seu aspecto declaratório com o fim específico de tornar todas contestações acerca irrelevantes juridicamente". (MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.29, jul. 2003, p. 450-490, p. 457).

estatal; não podem desfazer consensualmente uma declaração judicial"[940].

Alguns[941]-[942], contudo, consideram possível negócio jurídico para afastar a coisa julgada material, isto é, seus efeitos legais[943]: imutabilidade[944] e indiscutibilidade[945] da decisão judicial de mérito.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[946], nesse sentido, preconizam que:

---

[940] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: volume 2. 10. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 521.

[941] Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. 37º Encontro do Grupo Arruda Alvim de Debates sobre o Novo CPC, Disponível em: http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/37o-encontro-do-grupo-arruda-alvim-de-debates-sobre-o-novo-cpc/?utm_medium=email&utm_campaign=Debate&utm_source=newsletter&utm_content=link-transmissao; Acesso em: 30/11/206.

[942] Em sentido contrário, no entanto: TALAMINI, Eduardo. Exposição oral proferida no II Congresso de Processo Civil de Florianópolis, em 29/07/2016, em palestra intitulada: "Coisa julgada no novo CPC"; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. Tese de doutorado. UERJ. Orientador Prof. Dr. Leonardo Greco. Rio de Janeiro, 2014, p. 143; MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 112.

[943] Art. 502 do Código de Processo Civil de 2015: Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

[944] "Sendo um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo sobre a vida exterior dos litigantes, sua utilidade consiste em assegurar estabilidade a esses efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeita a recurso. A garantia constitucional e disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 245). De se anotar, no entanto, que parcela da doutrina entende que a imutabilidade dos efeitos da sentença não consiste em um efeito da coisa julgada. Nessa linha, confira-se: MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.29, jul. 2003, p. 450-490, p. 456; ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 127.

[945] "A coisa julgada é o fenômeno típico e exclusivo da atividade jurisdicional. Somente a função jurisdicional é que pode conduzir a uma declaração que se torne efetivamente imutável e indiscutível, sobrevivendo mesmo à sucessão das leis (art. 5º, XXXVI, da CF). Por meio do fenômeno da coisa julgada, torna-se indiscutível – seja no mesmo processo, seja em processos subsequentes – a decisão proferida pelo órgão jurisdicional, que passa a ser, para a situação específica, a "lei do caso concreto". (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento**. Vol. 2. 8 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 652).

[946] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: volume 2. 10. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 522.

> (...) se ambas as partes decidem colocar novamente a questão para o debate judicial, abdicando das situações jurídicas que lhe foram atribuídas pela coisa julgada anterior, e sendo a causa uma daquelas que admitem autocomposição, não há razão para, mesmo assim, o Estado-juiz recursar-se a julgar a causa. As partes conhecem a decisão anterior, não negam a sua existência, mas preferem apostar em nova decisão. Negar essa possibilidade parece-nos caso de recusa da prestação jurisdicional.

Data máxima vênia, necessário considerar o fator interesse público no equacionamento da questão, considerando-se que: "(...) a tutela dos direitos que deve ser promovida pelo processo tem uma dupla direção – dirige-se às partes do processo e à sociedade em geral"[947].

Consoante se sabe, um dos objetivos precípuos do ordenamento jurídico consiste no alcance e perpetuação da segurança jurídica das relações[948]. Quando da pacificação jurisdicional de uma crise de direito material, esse objetivo é alcançado, repercutindo, muitas vezes, não só na vida dos litigantes, mas também de terceiros, que venham a com esses interagir e contrair suas próprias relações, ou não, a depender do resultado do litígio.

Permitir convenção com aptidão a afastar os efeitos da coisa julgada material permitiria a perpetuação indefinida da instabilidade das relações jurídicas, a qual não é consentânea com o fim precípuo do ordenamento jurídico. Tampouco o é com o intuito do próprio negócio processual, qual seja, emprestar efetividade à tutela jurisdicional e, através dela, ao direito material discutido em juízo.

Ademais, de se consignar, ainda, que a vedação de convenção com o mencionado conteúdo não importa, absolutamente, em negativa de jurisdição. Assim o fosse, o funcionamento do Poder Judiciário desde o advento da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais seria

---

[947] MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014, p. 56.

[948] "A segurança jurídica consubstancia-se ao mesmo tempo em fundamento do Estado Constitucional e função que deve ser por ele desempenhada a fim de viabilizar condições institucionais para autodeterminação da pessoa (*citzens to live autonomous lives*) e desenvolvimento da vida social em circunstâncias de mútua confiança (*mutual trust*). A segurança jurídica é um princípio instrumental que visa à efetiva atuabilidade dos direitos, sem a qual inexiste o império da juridicidade inerente ao Estado constitucional". (MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014, p. 58).

eivado de inconstitucionalidade. Oras, o derrotado em juízo, na imensa maioria dos casos, gostaria de ingressar novamente com a demanda e rediscuti-la, afinal.

Por derradeiro, cumpre referenciar que o princípio constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário se propõe a equacionar as crises de direito material singularmente[949]. Isto é, a ele propostas uma única vez, até mesmo porque intuito diverso conduziria à total ineficácia e inefetividade do decidido por aquele que detém o monopólio da força.

Os recursos humanos e financeiros despendidos pelo Estado na manutenção e funcionamento do Poder Judiciário são escassos, não estando à disposição das partes para que essas acionem-o para resolver idêntico litígio infindáveis vezes até que atinjam uma solução que lhes agrade. Tal hipótese conduziria a estabilidade das relações jurídicas, e do próprio sistema jurídico, ao caos.

Outrossim, a insatisfação das partes com a decisão final de mérito do magistrado é facilmente solucionável por outras vias. Podem elas submeter o mesmo litígio perante Juízo arbitral – onde arcarão com as despesas relativas à sua insatisfação –, ou, mesmo, socorrer-se dos institutos de direito civil, dispondo do direito material objeto do litígio de modo diverso do consignado em sentença[950].

Por fim, no que concerne ao exemplo comumente fornecido, do casal que reata após divórcio e, futuramente, vem a se divorciar novamente, de se mencionar que a questão envolve alterações fáticas a influenciarem a causa de pedir, de modo que a ação proposta intencionando a homologação do segundo divórcio é distinta da primeira.

Não se vislumbra óbice, no entanto, à convenção através da qual as partes renunciem reciprocamente à rescindibilidade[951] da decisão

---

[949] De acordo com os elementos identificadores da ação: partes, causa de pedir e pedidos.

[950] Nesse aspecto, de se mencionar que a composição de acordo entre as partes é estimulada e bem vinda a qualquer tempo. Ademais, nada obsta que o vencedor renuncie ao crédito judicialmente reconhecido, dentre outros exemplos a encerrarem a questão no direito material.

[951] "A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez (...), sua rescidinbilidade por meio de ação rescisória". (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 437).

final de mérito. Acerca da temática, os Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga autores[952] aduzem:

> (...) as partes renunciam à rescisão da decisão, à semelhança do que podem fazer com o direito ao recurso. Trata-se de negócio lícito, sendo o direito disponível. Rigorosamente, esse negócio não é processual: abre-se mão do direito potestativo material à rescisão da decisão. Trata-se de negócio permitido.

De se advertir, no entanto, que mencionado pacto, embora seja possível, poderá estar sujeito à teoria da imprevisão quando não bem detalhado. Igualmente, poderá ser afastado se a hipótese de ação rescisória incidente no caso concreto comportar algum valor indisponível de acepção objetiva.

3.2.2.2 Condições da ação

Nesse tópico se analisará a possibilidade de negociações versando acerca das doutrinariamente denominadas condições da ação – visto que o Código de Processo Civil de 2015 abandonou o emprego do termo, silêncio esse que vem sendo interpretado eloquentemente pela doutrina[953].

Em que pese a pretensão do estudo não seja analisar a existência, ou não, de condições a ligarem o direito material do jurisdicionado ao seu direito de ação público[954], fato é que, independentemente da complexidade da construção teórica desenvolvida por Enrico Tullio

---

[952] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: volume II. 10. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 521.

[953] "Não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito "condição da ação". A legitimidade *ad causum* e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais". (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 1 - introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 306).

[954] A este respeito, ensina Eduardo de Avelar Lamy: "Liebman formulou uma teoria da ação que a reconhecia como um direito localizado entre os pressupostos processuais e o mérito, estando vinculado ao direito material, ligando-se às idéias de Calamandrei, mas que, por outro lado, afirmava também ser a ação um direito público abstrato distinto do mérito da lide, conforme o pensamento de Carnelutti". (LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ABREU, Pedro Manoel; LAMY, Eduardo de Avelar; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Ensaios de Processo Civil**, vol. I, São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 331).

Liebman, a estrutura epistemológica cunhada de "teoria eclética" foi amplamente aderida pela práxis jurídica pátria, de modo que, independentemente da ausência de positivação vigente a afirmar o instituto, esse se encontra consagrado pelo costume, podendo ser mantido puramente pelo direito consuetudinário.

Assim, ainda que pessoalmente se acredite que as condições da ação se confundam insofismavelmente com o mérito[955], de modo que a carência de ação revela, em verdade, uma improcedência macroscópica da pretensão deduzida em juízo – em quaisquer de suas vertentes –, interessante analisar a possibilidade, ou não, de se dispor da legitimidade, do interesse de agir e da possibilidade jurídica do pedido, mormente sob esse viés.

3.2.2.2.1 Legitimidade

O legitimado extraordinário é caracterizado como aquele que requer, em nome próprio, tutela judicial referente a direito do qual não afirma ser o titular. Justamente por não ser o titular do direito material, seus poderes processuais não são em todo correspondentes aos do legitimado ordinário, não sendo, por exemplo, autorizado a dispor do direito material discutido, exceto se o substituído expressamente conferir tais poderes ao substituto[956].

Leonardo Carneiro da Cunha[957] compreende pela viabilidade da negociação da legitimidade[958] extraordinária[959], baseado na alteração do

---

[955] "Não se vê com distinguir o direito de demandar (art. 5º, inc. XXXV, da CF) do direito de ação (regulamentado pelo CPC). São coisa única. Afinal, se o juiz reconhece a carência de ação, extinguindo o processo, seria caso, na doutrina tradicional, de não-exercício da ação. Então, qual a natureza desse provimento? Não houve exercício de jurisdição". (PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de Direito Processual Civil**, 2 ed., Florianópolis: Conceito, 2008, p. 80.)

[956] Na substituição voluntária, "é a vontade do substituto que delimita os poderes, inclusive dispositivos, do substituído; se for do seu interesse, ser-lhe-á lícito, deste modo, também transferir o poder de dispor do direito litigioso (mediante, por exemplo, uma transação). É razoável, todavia, dada a gravidade destes poderes dispositivos, interpretar cautelosamente a manifestação de vontade do substituído por meio da qual ele transferiu para o substituto a legitimidade processual. Se a menção aos "poderes especiais" não for explícita, convém entender, analogicamente ao que dispõe o art. 38 do CPC, que estes poderes não terão sido também objeto de cessão". (BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, v.22, n.86, p. 127-142, abr./jun. 2014, p. 136).

[957] "Tal alteração, aliada à valorização da autonomia da vontade, permite concluir que é possível haver legitimação extraordinária negociada, ou seja, por um negócio jurídico, que constitui fonte integrante do ordenamento jurídico, e possível atribuir a alguém a legitimação para defender interesses de outrem em juízo". (CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo;

termo "lei" por "ordenamento jurídico" na redação do art 6º do CPC/1973[960]-[961] para o artigo 18 do CPC/2015[962].

Em igual direção Fredie Didier Jr.: "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"[963]. Daniela Santos Bomfim[964] acrescenta que "inexiste

---

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 50).

[958] "A legitimidade *ad causam* é a situação jurídica que expressa o poder do sujeito de figurar no polo processual, ativo ou passivo, para discutir determinada relação jurídica material. A legitimidade é conceito que se relaciona ao elemento subjetivo da demanda; ela representa a relação de pertinência entre os sujeitos da demanda e o seu conteúdo". (BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 345).

[959] "Há legitimidade extraordinária, quando não existe coincidência entre as partes da demanda e as partes da relação jurídica material. O legitimado extraordinário defende, em nome próprio, interesse alheio. É possível que um sujeito seja, ao mesmo tempo, legitimado ordinário com relação a parte do objeto litigioso e legitimado extraordinário com relação a outra parte". (BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 345).

[960] De se mencionar, contudo, que o Código de Processo Civil de 1939 já trazia em seu bojo uma hipótese típica de negociação da legitimidade, já que comportava espécie de intervenção de terceiro – chamamento a autoria – através da qual "a parte chamava o terceiro que lhe houvesse transferido a coisa ou o direito real que era objeto do processo; se esse terceiro-chamado aceitasse o chamamento, assumiria a causa, no lugar do chamante, para defender os interesses deste em juízo. O chamamento à autoria poderia redundar, então, em uma sucessão processual, com a troca de sujeitos do processo, transformando-se o terceiro em parte para a defesa dos interesses da parte que provocou a sua intervenção (art. 95, § 1º, e art. 97 do CPC/1939). A situação aí era ainda mais grave, pois, feito o chamamento pelo réu, o autor era obrigado a demandar contra o legitimado extraordinário passivo (chamado), caso ele aceitasse o chamamento à autoria (art. 97, parte inicial, do CPC/1939). (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014, p. 75).

[961] Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Arruda Alvim escreveu parecer no qual sustentava a inviabilidade de disposição convencional da legitimidade: "O problema da legitimidade ativa *ad causam* e da legitimidade *ad processum* reside na oficiosidade do juiz, vale dizer, é assunto a respeito do qual as partes não podem, absolutamente, pretender dispor". (ALVIM, Arruda. Impossibilidade de substituição voluntária face ao Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p. 215-225, 1977, p. 219).

[962] Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

[963] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014, p. 72.

[964] BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 347.

qualquer norma cogente no sistema decorrente do CPC de 2015 que proíba o exercício do autorregramento para escolha relativa à legitimidade *ad causam* extraordinária"[965].

Com efeito, se o titular do direito material pode o mais – transmitir o direito em si –, por que não poderia o menos – transmitir apenas a legitimidade *ad causum* relacionada ao direito[966]?

Tal possibilidade ressoa enquanto uma expressão da liberdade do titular do direito material, o qual não é obrigado a requerer tutela jurisdicional, mas fica habilitado a, caso queira que outra pessoa a requeira em seu lugar, fazer uso da disposição de sua legitimidade[967].

---

[965] De se apontar, contudo, que Julio Guilherme Müller ostenta entendimento diverso: "A legitimação ordinária é uma qualidade decorrente do direito material. E a extraordinária, por sua vez, depende necessariamente de previsão expressa no ordenamento jurídico. O negócio processual, assim, não pode dar legitimação a quem não o tem por lei ou pelo direito material. Isto obviamente não impede que os agentes negociem o direito material, e que a modificação da relação de direito material impacte a legitimação. Isso, porém, é diferente. O próprio CPC é claro que nem mesmo a alienação de coisa ou do direito litigioso é capaz de alterar a legitimidade (art. 109), e que a sucessão voluntária das partes somente é lícita nos casos expressos em lei (art. 108)". (MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 72).

[966] "Se os direitos transmissíveis, à luz do direito material, podem, obviamente, ser alienados antes do início do processo, tornando-se o cessionário legitimado ordinário para pedir a sua tutela (e não haveria razão para que não o pudessem sê-lo), por que razão não se permitiria a alienação apenas da legitimidade, também antes do início do processo? Mais do que isso: se se permite também a alienação do direito na pendência do processo, tornando-se o alienante legitimado extraordinário (desde que o adversário não consinta com a sucessão processual), por qual razão não poderia o alienante transferir para um terceiro, antes do processo, apenas a legitimidade para pedir a tutela do direito de que alega ser titular?" (BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, v.22, n.86, p. 127-142, abr./jun. 2014, p. 133).

[967] Ao tratar da matéria em parecer, Arruda Alvim analisou a possibilidade de suposta alienação de determinado imóvel ocupado, por exemplo, por sem-terras ou sem-tetos. Dinate desse cenário, o alienante perderia a legitimidade ordinária para ajuizar ação possessória. Contudo, o contrato poderia prever uma cláusula que transfirisse a legitimidade para o alienante, de modo condicionar o negócio a uma condição resolutiva – êxito na reintegração de posse em determinado intervalo temporal. À época Arruda Alvim considerou inviável essa negociação, em razão da oficiosidade característica das normas de ordem pública, dentre as quais se encontra a legitimidade. Diante do Novo Código de Processo Civil, contudo, não se encontra óbice a ela. (ALVIM, Arruda. Impossibilidade de substituição voluntária face ao Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p. 215-225, 1977, p. 216-219). De se destacar, ainda, outro exemplo a demonstrar a utilidade de convenção nesse sentido: "Pense-se também numa hipótese de alienação da legitimidade processual passiva: determinada empresa, em dificuldades, é alienada para um novo controlador. Os alienantes, todavia, responsabilizam-se pelo pagamento das condenações impostas à empresa, mesmo depois da alienação. Esta é uma obrigação capaz de envenenar a relação entre adquirentes e alienantes, porque estes, responsáveis pelo pagamento, podem sentir-se prejudicados pelo modo com que os atuais controladores defendem a sociedade nas demandas ajuizadas após a

Contudo, alguns cuidados têm de ser tomados de acordo com a espécie de legitimidade que se esteja a tratar – ativa ou passiva –, bem como a depender da natureza do direito material objeto do litígio – relativo ou absoluto.

A legitimidade ativa pode ser transferida tanto na modalidade concorrente quanto exclusiva. Em se tratando, todavia, de negócio atribuindo exclusivamente a legitimidade ativa a terceiro, observar-se-á verdadeira renúncia a essa posição jurídica, razão pela qual a interpretação a recair sobre ela necessariamente será restritiva[968]. Em outras palavras: tal convencionalização deverá ser expressa e taxativa[969].

Pactuação em tal sentido exige exteriorização de vontade não apenas da parte material, mas também do até então terceiro a quem está sendo abdicada a legitimidade. Esse, por sua vez, não poderá transmitir ou estender a outrem a situação jurídica que lhe foi atribuída pela via negocial, exceto se autorizado pelo legitimado ordinário. Igualmente, o legitimado extraordinário de origem legal também não o poderá[970].

Já ao se permitir que através de convenção processual, por exemplo, a legitimidade passiva seja transmitida exclusivamente a outrem, estar-se-ia permitindo a criação de "laranjas" judiciais, isto é, uma pessoa (física ou jurídica) a responder civilmente pelos ilícitos cometidos por outra, a qual permaneceria desembaraçada para continuar a desenvolver suas práticas ilícitas na vida civil ou no mercado, sem que terceiros desavisados pudessem ter acesso ao histórico desse indivíduo ante à ausência de registros o envolvendo no Poder Judiciário[971]-[972]. O

---

alienação, mas com fundamento em fatos ocorridos antes dela; mas se a responsabilidade cabe a eles, por que não lhes seria possível conservar também a legitimidade processual para defender os interesses da empresa, nestes casos, mesmo depois da venda? Esta solução contribuiria para evitar o surgimento de litígios entre alienantes e adquirentes, e em nada prejudicaria os potenciais credores da sociedade regular e previamente notificados desta alienação; se vencerem, a coisa julgada formada nestes autos se estende ao substituído, contra quem também a sentença será exequível, caso o substituto não satisfaça, espontaneamente, a condenação". (BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, v.22, n.86, p. 127-142, abr./jun. 2014, p. 138).

[968] Em atenção ao disposto no artigo 114 do Código Civil: "Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente".

[969] Cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014, p. 72.

[970] Cf.: BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 350.

[971] "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

abalo impactado na segurança jurídica[973] das relações em decorrência da adoção dessa blindagem artificial seria, portanto, imensurável, não se vislumbrando, em contrapartida, qualquer vantagem na adoção da prática.

No entanto, nada impede que o réu, negocialmente, amplie o polo passivo, atribuindo a um terceiro legitimidade para, conjuntamente com ele, responder em Juízo[974]. Nessa hipótese, não apenas inexiste prejuízo para o autor, como resta esse beneficiado, na medida em que poderá

---

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 vontade". (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014, p. 74).

[972] "Na substituição convencional, diferentemente, a responsabilidade exclusiva do substituto poderia servir como instrumento de fraude, especialmente na hipótese de cessão da legitimidade para alguém insolvente: o substituído teria a oportunidade de litigar contra seu adversário, sem assumir os riscos da sucumbência". (BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, v.22, n.86, p. 127-142, abr./jun. 2014, p. 137).

[973] "A segurança jurídica deve ser compreendida como cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade do Direito. (...) A segurança jurídica é um princípio que impõe em primeiro lugar a cognoscibilidade do Direito. É preciso viabilizar o conhecimento e a certeza do Direito, sem os quais não se pode saber exatamente o que é seguro ou não. É claro que o fato de o Direito ser vazado em linguagem – que é indiscutivelmente porosa e polissêmica – requer a compreensão da segurança mais como viabilização de conhecimento do que propriamente como determinação prévia de sentido. A segurança jurídica exige, portanto, a controlabilidade intersubjetiva dos processos semântico-argumentativos que conduzem ao conhecimento e à certeza do Direito e a adoção de critérios racionais e coerentes para sua reconstrução. Em segundo lugar, exige confiabilidade do Direito. O Direito deve ser estável e não sofrer quebras abruptas e drásticas. Evidentemente, não é possível assegurar a sua imutabilidade, na medida em que é inerente ao Direito o seu aspecto cultural e, portanto, a sua permanente abertura à mudança. Importa, no entanto, que a confiança depositada pela pessoa no Direito não seja iludida, o que impõe estabilidade e continuidade normativas e, em sendo o caso, previsão de normas de salvaguarda da confiança em momentos de crise de estabilidade jurídica. Em terceiro lugar, impõe calculabilidade, isto é, capacidade de antecipação das consequências normativas ligadas aos atos e fatos jurídicos e das eventuais variações (quais e em que medida) da ordem jurídica. Também aqui o caráter cultural, não cognitivista e lógico-argumentativo do Direito repele a previsibilidade absoluta e determina a sua substituição pela noção mais elástica de calculabilidade. Por fim, em quarto lugar, a segurança jurídica exige efetividade do Direito. Pouco importa a certeza, a confiança e a calculabilidade do Direito se, na iminência ou diante de seu descumprimento, o Direito confessa-se impotente para impor a sua própria realização. Daí que a efetividade, entendida como realizibilidade, compõe o núcleo essencial do conceito de segurança jurídica". (MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014, p. 58-60).

[974] Cf.: BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 352.

optar contra quem demandará, ou se demandará os dois (ou mais) conjuntamente[975].

Fredie Didier Jr. sustenta, nesse vértice, que o autor nem mesmo precisa ser notificado dessa negociação, vindo referida notificação a consistir em ônus do réu, o qual possui total interesse em comunicar ao autor que esse pode ajuizar a demanda contra terceira pessoa[976].

Já em se tratando de transmissão de legitimadade ativa, se o direito for relativo – com sujeito passivo determinado –, esse deverá ser impreterivelmente notificado da negociação, sob pena de ineficácia dessa. Tal ineficácia se deve à aplicação analógica do artigo 290[977] do Código Civil, segundo o qual a notificação se revela quando a parte adversa do pacto, em escrito público ou particular, se declara ciente da transmissão.

Isso assim se dá em razão dos deveres de informação clara e transparente anexos ao contrato principal e derivados do princípio da boa-fé contratual[978].Veja-se: ao se possibilitar a ampliação do polo ativo, está-se alterando o conteúdo do contrato, na medida em que, quando da entabulação desse, foi ele celebrado com a informação de que somente o outro celebrante poderia ir a juízo para discutir eventual inadimplemento[979].

---

[975] Fredie Didier Jr. também defende que nada impede que o autor participe do negócio processual, concordando com a transmissão passiva do réu para que terceiro assuma exclusivamente a defesa. (Cf,: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014, p. 74). No mesmo sentido, Daniela Santos Bomfim (cf.: BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 351-352). *Data máxima vênia*, não se concorda com esse posicionamento do autor, visto que referido negócio *intra partes* poderá, eventualmente, atingir terceiros, os quais, por exemplo, poderão extrair uma certidão negativa judicial em nome do legitimado ordinário e com ele vir a contrair negócios embasados em falsa premissa. Permitir tal ocultação de informações judiciais contraria a legítima expectativa de jurisdicionados indeterminados que estejam a ser cautelosos e, ainda assim, venham a se encontrar posteriormente em situação de vulnerabilidade perante um litigante contumaz.

[976] Cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014, p. 74.

[977] Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

[978] Todos eles já trabalhados nesse estudo.

[979] Cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014, p. 73.

Ademais, de se frisar que todas as defesas que o réu poderia opor ao legitimado ordinário, poderá também opor ao legitimado extraordinário negocial, por força do artigo 294[980] do Código Civil, aplicado analogamente.

Diante de tantas aplicações analógicas dos dispositivos a regularem a cessão de direitos, poder-se-ia argumentar: por que, então, não pactuam as partes a cessão do direito material em si? Porque, para muitos casos, referida técnica não atende aos anseios da parte que intenciona a transmissão da legitimidade.

Por vezes o que se quer é tão somente estender a defesa dos interesses postos em juízo, como, por exemplo, no caso de contratos de franquia, em que o franqueador intencione participar da defesa de todos os seus franqueados em juízo. Observe-se que o franqueador não detém interesse jurídico no resultado da lide em que envolvido o franqueado, mas possui nítido interesse econômico, na medida em que uma decisão judicial contrária a um de seus franqueados possa vir a abalar o conceito de sua marca no mercado. A dilatação da legitimidade por meio de negócio processual permite, portanto, que a legitimidade extraordinária convencional venha a se justificar em razão de outros interesses que o jurídico[981].

De outra sorte, há situações imagináveis em que a transmissão da legitimidade não representa uma mera facultatividade a aumentar as chances de defesa, mas verdadeira necessidade, a exemplo da imprescindibilidade de presença do autor nas audiências previstas pela Lei dos Juizados Especiais Civis (Lei nº 9.099/95), sob pena de extinção do feito[982]. Em casos de autores que pelas mais variadas circunstâncias não possam comparecer – idosos, acamados, pessoas com dificuldade de locomoção ou cuja profissão exija sempre estar em trânsito –, acaba a mencionada imposição legal importando em verdadeiro óbice ao acesso à Justiça, o qual, contudo, pode ser remediado através da convenção processual ora proposta[983].

---

[980] Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

[981] Cf.: BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, v.22, n.86, p. 127-142, abr./jun. 2014, p. 134.

[982] Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;

[983] Cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014, p. 73.

De se consignar, ainda, que, em se tratando de direitos absolutos – oponíveis a um sujeito indeterminado –, não há necessidade de notificar futuro réu, até mesmo porque esse será desconhecido – será aquele que vier a cometer ilícito extracontratual:

> O réu não faz parte do negócio processual e nem precisa dele tomar ciência. Até porque não se sabe quem será o réu. Aquele que violar o direito absoluto poderá ser demandado por quem tenha legitimação para tanto, ordinária ou extraordinária[984].

Contudo, recomendável que se confira "eficácia real ao negócio processual, o que poderá ser feito por meio de registro do instrumento"[985].

Por fim, importa ter em mente que, se a transmissão da legitimidade se der na modalidade exclusiva, estará o substituído igualmente vinculado à coisa julgada. Essa extensão não decorreria diretamente da manifestação de vontade dos negociadores, mas apenas indiretamente, na medida em que seria um efeito necessário e inafastável, decorrente da opção realizada em transmitir a legitimidade.

Nas palavras de Renato Resende Beneduzi[986]:

> (...) ao optar por ceder a legitimidade, coisa que o ordenamento lhe permite fazer (Ttbestand), impõe-se ao substituído, em contrapartida, a consequência inevitável de que a cessão implica, lógica e necessariamente, renúncia à garantia de que a imutabilidade decorrente da coisa julgada se circunscreve àqueles que participaram em contraditório da formação da sentença (Rechtsfolge).

---

[984] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014, p. 73.

[985] BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 351.

[986] BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, v.22, n.86, p. 127-142, abr./jun. 2014, p. 137.

Com efeito, não seria racional que o ordenamento jurídico proporcionasse àquele que transmitiu validamente sua legitimiadade a possibilidade de rediscutir a mesma pretensão em juízo.

Conclui-se, portanto, pela viabilidade de negócios processuais versando acerca da legitimidade extraordinária, a depender de certas nuances tais quais a posição a ser ocupada no polo e a natureza do direito material sob o qual se fundará a ação. O tempo verbal futuro aplicado se deve à circunstância de negociações envolvendo tal temática não poderem se dar no curso do processo. Uma vez tenha sido ele instaurado, o artigo 108[987] do Código de Processo Civil veda alteração das partes, exceto em hipóteses expressamente previstas em lei – típicas[988], portanto.

De se mencionar, nesse aspecto, que a redação empregada ao citado artigo vem também a corroborar o entendimento acerca da viabilidade de convenções prévias envolvendo a legitimidade extraordinária. Oras, se "no curso do processo" somente são permitidas sucessões processuais previstas em lei, é porque anteriormente ao curso do processo o são também permitidas as de origem negocial[989].

3.2.2.2.2 Interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido

No que concerne a permitir que as partes convencionem conferir elasticidade aos conceitos de "interesse de agir" e "possibilidade jurídica do pedido", por sua vez, resta assente a impossibilidade da conduta, observado o nítido interesse público envolvido na manutenção desses filtros[990].

---

[987] Art. 108. No curso do processo, somente é lícita a sucessão voluntária das partes nos casos expressos em lei.

[988] O § 4º do artigo 75 do Código de Processo Civil de 2015 prevê hipótese típica de delegação de representação processual entre entes federativos, a qual consubstancia convenção versando acerca de legitimidade extraordinária. Veja-se: "O representante processual atua em juízo para suprir a incapacidade processual da parte" (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 1 - introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 356). Na hipótese do § 4º, no entanto, todos são capazes, de modo que o que se está a delegar é legitimidade extraordinária – atuar em nome próprio defendendo interesse de outrem.

[989] A designação do termo, no entanto, não será "sucessão", justamente por não se ter iniciado ainda a relação jurídico processual.

[990] Compreendendo pela impossibilidade de pactuação envolvendo o interesse de agir: Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 112.

Veja-se: o interesse de agir desmembra-se em necessidade e utilidade do provimento jurisdicional[991], isto é, se a parte não precisa recorrer ao Judiciário para ver seu direito tutelado – seja porque esse já se encontre tutelado[992], seja porque existe compromisso arbitral[993] –, vedado está o seu acesso a ele, em razão da necessidade de otimizar a atividade jurisdicional voltando-a exclusivamente às causas para as quais a intervenção da Jurisdição seja imprescindível.

Assim sendo, a conotação de interesse público na reserva do Judiciário a causas que preencham os requisitos de utilidade e necessidade jurisdicional é nítido, não se encontrando, novamente, justificativa a legitimar a extensão da máquina estatal para além dos mencionados limites – a uma porque essa já encontra dificuldades em operar na sua dimensão atual; a duas porque a coletividade teria de arcar com os custos dessa dilatação operativa convencional.

Ademais, para as partes que intencionarem discutir questões para as quais inexista interesse de agir – por mais desprovido de sentido que mencionada hipótese possa parecer –, resta aberta a via da arbitragem[994], na qual os custos por discussões desprovidas de necessidade jurisdicional serão arcados exclusivamente pelas partes que o ambicionam.

Por fim, no que concerne à possibilidade jurídica do pedido, maiores digressões são dispensadas[995], na medida em que se analisará, enquanto elemento formativo do negócio jurídico processual, a própria licitude do objeto da convenção, replicando-se o entendimento para a

---

[991] A adequação procedimental já foi considerada integrante desse conceito, tendo sido contudo, flexibilizada mediante aplicação da fungibilidade – a qual vem a ser entendida como aproveitamento de atos imperfeitos, tolerância, atuando ora como regra, ora como princípio –, e da instrumentalidade das formas – noção de que o processo não é fim em si mesmo, mas que compreende a necessidade de efetividade e, portanto, de seu aproveitamento. (Cf.: LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da Fungibilidade no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 121).

[992] A exemplo de dívida inexigível, de superveniente celebração de acordo ou de recurso interposto com posterior retratação do magistrado prolator da decisão impugnada.

[993] Ressalte-se, contudo, existir parcela doutrinária a compreender que a celebração de arbitragem não pode restringir a inafastabilidade do Poder Judiciário, constitucionalmente prevista. Em sentido contrário, há autores a reconhecer na arbitragem atividade jurisdicional legitimamente delegada. Cf.: ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 14; CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Eler. **O Caráter Jurisdicional da Arbitragem e o Precedente Arbitral.** Disponível em: http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/159/147 Acesso em 17.09.2016.

[994] Em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis.

[995] Até mesmo porque mencionada categoria não foi mencionada pela redação do Novo Código de Processo Civil, acreditando-se que foi absorvida pelo interesse de agir.

possibilidade jurídica do pedido. Oras, se o pretenso objeto da convenção consistir em dilatar os contornos da possibilidade jurídica do pedido, para tornar viável pleito, *a priori*, inviável, estar-se-á tentando desvirtuar o ordenamento jurídico. Evidenciada resta, portanto, a impossibilidade de convenção acerca da temática.

4 REQUISITOS E CIRCUNSTÂNCIAS LIMITADORAS

Vencida a análise dos limites estruturais à possibilidade negocial das partes – compreendidos como o núcleo irredutível de garantias cuja observância é inescapável para a obtenção de uma tutela que se reputa justa –, passa-se ao exame acurado de demais hipóteses objetivas a obstaculizarem, ou não, a livre pactuação.

Enquanto a maioria dos limites estruturais já superados derivavam diretamente da Constituição, os pretensos limites que passarão a ser investigados decorrem de diferentes fontes normativas, sendo oportuno registrar, no entanto, que todos decorrem indiretamente na Constituição em alguma medida, e diferentemente não poderia ser, visto que integram o ordenamento jurídico, o qual, por sua vez, é pautado pela Constituição enquanto norma fundamental.

Nada obstante a amplitude proposta, a presente pesquisa não possui pretensão de exaustividade, restringido-se a, através do método da amostragem, analisar a interface dos negócios jurídicos processuais com diferentes institutos também processuais na intenção de testar os critérios até então estabelecidos enquanto aptos a determinar a viabilidade da via negocial.

São eles, de modo sistematizado:

a) tutela justa: a convenção processual não pode prejudicar instrumentos inerentes à persecução da tutela justa, devendo, pelo contrário, fomentá-la;

a.1) efetividade: dentre os elementos formativos da tutela reputada justa se encontra a efetividade, de modo que o negócio processual será inválido se, por meio do seu manejo, restar sacrificado o direito material em que se funda o litígio; e

b) legitimidade *ad negotium*: a convenção deve articular a respeito de situações processuais titularizadas pelos contendedores pactuantes, não comprometendo posições ocupadas pelo Estado-juiz.

Consoante se expôs, o critério "efetividade" é decorrente de "tutela justa". O critério "legitimidade *ad negotium*", por sua vez, em que pese também possua inegável vinculação com a justiça da tutela (afinal, nada mais injusto do que permitir que um sujeito processual comprometa situações jurídicas titularizadas por sujeito diverso), pode ser aferido paralelamente, na medida em que, antes de um condicionante para a tutela justa, é um pressuposto lógico do sistema jurídico[996].

[996] *Data máxima vênia* entendimentos em contrário.

Pense-se, realizando uma analogia com o direito privado, que a disposição é prerrogativa do direito de propriedade.

Assim sendo, acredita-se que os critérios elencados são suficientes, ainda que tomados isoladamente, a determinar a viabilidade, ou não, de um negócio processual. Isto é, ainda que se pense na hipótese de uma convenção processual que não implique prejuízo à persecução da tutela justa, mas que pretenda comprometer situação jurídica detida por terceiro não pactuante, inválida será.

O contrário, igualmente, se verifica, pois negócio que respeite a "legitimidade negocial", mas que implique em vulneração material de qualquer das garantias envolvidas no núcleo irredutível fomentador da tutela justa, inválido também será.

Importa repisar: será inválida convenção que puder conduzir a sacrifício do direito sob o qual se funda a ação, gerando esvaziamento da tutela jurisdicional[997] e, por consectário, comprometimento da efetividade, ainda que respeite a "legitimidade negocial".

Nesse momento, portanto, realiza-se uma breve conclusão parcial dos resultados obtidos até então por meio da presente pesquisa, colocando-os, em momento posterior, à prova[998].

Antes, contudo, imperioso examinar os requisitos de validade impostos pela legislação infraconstitucional, sendo pertinente destacar a natureza mista a reger o instituto, consoante já delineado no tópico 2.3.

Em outras palavras, supridos os requisitos de índole constitucional supraindicados, deverá o negócio, ainda, vencer as limitações impostas pelas disciplinas civil e processual, as quais serão analisadas na sequência.

4.1 REQUISITOS LEGAIS AO NEGÓCIO PROCESSUAL

Para que um negócio jurídico processual existente ingresse no plano da validade, ele precisará atender aos requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos pelo sistema processual, os quais constituem os elementos complementares do suporte fático[999].

Tendo em mente a imperiosa necessidade de limitações ao exercício do autorregramento da vontade, a mesma legislação que reconhece seu poder o delineia contornos de atuação, vindo o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil a vincular o controle

[997] Logo, não se pode conceber que a tutela será justa.
[998] A partir do item 4.2.
[999] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 180.

da validade das convenções a 1 (um) pressuposto positivo – o processo deve versar sobre direito que admita autocomposição –, e 3 (três) pressupostos negativos – isto é, que não podem estar presentes para que a pactuação seja válida: a) nulidades[1000]; b) inserção abusiva em contratos de adesão; c) parte em manifesta situação de vulnerabilidade.

Antes de adentrar à análise pormenorizada desses pressupostos negativos, contudo, necessário tecer alguns comentários acerca dos requisitos de validade próprios da teoria clássica do fato jurídico, aplicáveis também ao fato jurídico processual.

Nada obstante a legislação civil[1001] enumere enquanto indispensáveis à validade do ato somente a reunião da: a) capacidade do agente; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei; o mesmo diploma reconhece, posteriormente[1002], diversos vícios de consentimento a invalidar os efeitos do negócio realizado, consagrando a vontade livre e de boa-fé enquanto um quarto requisito indispensável à validade do negócio celebrado.

Idêntico regime de supostos se aplica ao negócio jurídico processual, sendo válido consignar, contudo, que com delineamentos acentuados.

4.1.1 A capacidade

Um requisito comum imposto para a prática de ato jurídico e para a atividade negocial, tanto pela legislação civil quanto pela processual, consiste na capacidade do agente pactuador. Contudo, em razão da especialidade, a capacidade[1003] exigida, *in casu*, trata-se da capacidade

---

[1000] Digno de nota que a consignação expressa de que as nulidades consistem em excludentes de validade é tautológica, equivalendo, nos dizeres de João Paulo Lordelo Guimarães Tavares, a sustentar que "o juiz entenderá nula a convenção se ela for nula". (TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 91-109, abr./2016, p. 106-107).

[1001] Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

[1002] Artigos 138 e seguintes do Código Civil.

[1003] Cumpre destacar, nesse aspecto, que a capacidade retratada não é a negocial, construção doutrinária que engloba, para além da capacidade legal, o consentimento livre e de boa-fé. (Cf.: TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 91-109, abr./2016, p. 106).

processual[1004]-[1005], desmembrada em capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo (e não a relativa ao direito material)[1006], ou seja, a capacidade "consistente na aptidão para praticar atos processuais, pessoalmente ou pelas pessoas legalmente indicadas (art. 75 do NCPC), independentemente de assistência ou representação"[1007].

Antionio do Passo Cabral salienta, nesse contexto, que:

> (...) como a convenção é um negócio jurídico processual, destinado a produzir efeitos num processo (mesmo futuro), deve, em princípio, respeitar os pressupostos 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[1008].

Em que pese, via de regra, toda personalidade possua capacidade civil e, igualmente, seja apta a ser titular de posições na relação jurídica processual – isto é, capacidade de ser parte –, em alguns casos pontuais observa-se um divórcio entre o considerado pela lei material e pela lei processual como sujeito de direito ou sujeito processual.

O espólio, a massa falida e o condomínio são exemplos de sujeitos dotados de capacidade processual que não detêm, no entanto, personalidade civil, de modo a ilustrar esse divórcio. O contrário

---

[1004] "(...) nos casos de convenções processuais, importa o atendimento às capacidades processuais". (GODINHO, Robson Renault. A Autonomia das Partes no Projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. **Novas Tendências de Processo Civil**: Estudos sobre o projeto do Novo CPC. Vol.3, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 586).

[1005] "O art. 190 exige plena capacidade das partes, mas não esclarece a que capacidade se refere. A capacidade aqui é a processual. Como se trata de um negócio processual, a capacidade, o objeto e a forma devem atender às exigências processuais". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55-56).

[1006] Em sentido contrário, entende Julio Guilherme Müller que ambas capacidades devem ser observadas – tanto a civil quanto a processual. Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 148.

[1007] TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 91-109, abr./2016, p. 103.

[1008] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 274.

também se verifica, isto é, sujeitos civilmente capazes mas processualmente incapazes, a exemplo do réu preso e do incapaz representado por pessoa que possua colisão com os seus interesses no processo.

Quando dessa dissociação entre o âmbito jurídico substancial e processual, fala-se que, não obstante esses entes não possuam personalidade jurídica, possuem personalidade "judiciária", já que são aptos a postularem em juízo.

No que concerne a possibilidade de tais entes estarem envolvidos na formação de negócios jurídicos processuais, Flávio Luiz Yarshell entende que: "O negócio processual pode ser celebrado não apenas pelos que ostentam personalidade civil, mas igualmente pelas entidades que, embora despidas daquela condição, tem aptidão de estar em juízo e, portanto, de ser parte"[1009].

Ou autor prossegue, defendendo que: "Não haveria sentido em se permitir que tais entes pudessem estar sujeitos a regras processuais ditadas pela lei, mas que, paradoxalmente, não pudessem participar de negócio tendente a estabelecer regras de igual natureza, apenas porque resultantes da autonomia da vontade"[1010].

Em contrapartida, a despeito de possuírem plena capacidade civil, alguns sujeitos não poderão praticar negócios jurídicos processuais por estarem desprovidos de sua capacidade processual, tais quais o réu preso ou o incapaz representado em colisão de interesses[1011].

O contrário também se verifica, isto é, sujeitos processuais que possuem capacidade processual mas se encontram desprovidos de capacidade civil e, ainda assim, estão aptos a negociar processualmente[1012]. Antonio do Passo Cabral acentua que essa

---

[1009] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 74.

[1010] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 75.

[1011] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 594.

[1012] "A parte pode ser um incapaz civil, mas um capaz processual, como ocorre no caso do menor com dezesseis anos: ele tem capacidade processual para a ação popular, mas não tem plena capacidade civil". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 56).

viabilidade se deve ao fato de que tais convenções podem justamente vir a beneficiar incapazes[1013]:

> De fato, a possibilidade de celebração de acordos processuais por grupos vulneráveis, sejam pessoas com deficiência, sejam incapazes (pensemos em crianças, já não em pessoas com deficiência[1014]), deve ser admitida sobretudo porque estes pactos podem beneficiar o vulnerável, ampliando prazos, facilitando-lhes a produção de prova ou conferindo oportunidade de ajuizamento de demanda em foro mais próximo de sua residência[1015].

Ademais, de se pensar também nos entes despersonalizados. José Carlos Barbosa Moreira exemplifica essa questão apontando que: "Não parece haver razão, por exemplo, para que se negue ao espólio, ou ao condomínio, que seja parte num processo, a possibilidade de convencionar com o litigante adverso a suspensão do feito"[1016].

Contudo, necessário enfatizar que a capacidade processual é exigível apenas quando da deflagração da relação jurídico processual. Antes dessa, a capacidade que norteará o negócio será a de cunho civil[1017].

[1013] Uma vez que devidamente representados ou assistidos.

[1014] A ressalva se deve em razão do advento da Lei nº 13.146/2015, a qual alterou o regime das capacidades. "A nova lei dispões que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (art. 6º). Adiante, no art. 79, afirma que o poder público assegurará o acesso à justiça às pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas. Ora, não seria, portanto, de excluir *a priori* a possibilidade de que as pessoas com deficiência possam valer-se deste importante mecanismo de reforço do acesso à justiça que é a convenção processual". (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 276).

[1015] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 277.

[1016] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 87.

[1017]Cf.: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das Convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 227; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. 247 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 120-121. Em sentido diverso: "Ainda que o negócio processual seja celebrado fora ou antes do processo, aplicam-se as normas processuais; é preciso que haja capacidade processual". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 56); CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 274.

Assim sendo, se a entabulação do negócio jurídico processual se der em um momento prévio ao da instauração do litígio, a convenção somente poderá ser instaurada levando-se em conta a capacidade civil.

Ao analisar a temática, José Carlos Barbosa Moreira[1018] enfatiza que "as convenções que se celebram em contemplação de processo futuro", por sua vez, "se subordinam aos mesmos requisitos atinentes ao negócio a que aderem".

De se destacar, ainda, que a incapacidade superveniente à prática do ato não acarreta sua invalidade. Em contrapartida, o advento de circunstância que supra a incapacidade presente no momento da prática do ato não necessariamente irá o sanar, sendo necessária a ratificação[1019], consoante preconizam os artigos 172 a 175 do Código Civil.

Em que pese a exigência seja de capacidade plena, de modo a excluir tanto os relativamente incapazes quanto os absolutamente incapazes, essa distinção remanesce útil, na medida em que resultam em invalidades diferentes entre si. Consoante disciplinado no Código Civil, a incapacidade relativa gera a anulabilidade do ato (art. 171, I), a qual precisa ser arguida pelas partes e gera efeitos *ex nunc*. Já a incapacidade absoluta, por sua vez, deve ser reconhecida de ofício e retroage ao tempo da pactuação, isto é, efeitos *ex tunc* (arts. 168 e 177).

Assim sendo, da interpretação conjugada de ambos regimes de invalidade, exsurge a premissa de que a incapacidade relativa deva ser sempre arguida pela parte em demanda própria[1020].

De outro lado, imperioso observar o prazo decadencial[1021] para a proposição de ações anulatórias – a qual possui termo inicial no momento em que cessa a incapacidade –, podendo, portanto, ser aforada posteriormente ao trânsito em julgado da ação envolvendo o negócio jurídico processual maculado. "Assim, se procedente a demanda, será

[1018] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 87.

[1019] Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 280.

[1020] "(...) a via autônoma é necessária porque o objeto do processo enseja cognição própria, que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia de direito material". (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 79).

[1021] 4 (quatro) anos, conforme preceitua o artigo 178 do Código Civil.

preciso anular o processo desde o momento em que vigoraram as regras constantes do negócio processual desconstituído"[1022].

Por fim, impera destacar que, à semelhança do processado em contratos civis, inexiste exigência de capacidade postulatória para a celebração de negócios processuais extrajudiciais – isto é, pactuados previamente[1023].

Consoante exposto por José Carlos Barbosa Moreira: "É indubitável que, para as convenções celebradas extrajudicialmente, não se exige a capacidade postulacional, de modo que as partes podem agir por si mesmas, sem mediação de advogado"[1024].

De fato, a negociação extrajudicial não envolve ato postulatório, razão pela qual dispensada fica a capacidade postulatória. Ademais, se as partes podem negociar o direito material em si, sem a presença de um advogado, não haveria sentido em privá-las de dispor de situações jurídicas de direito processual[1025].

Nada obstante, oportuno referenciar que a celebração de negócio jurídico processual sem a participação de consultor jurídico pode ser compreendida como indício de vulnerabilidade, consoante consolidou enunciado do Fórum Permanente dos Processualistas Civis[1026].

Com efeito, uma vez que o operador jurídico exerce o papel de tradutor jurídico para as partes no que toca às consequências e riscos assumidos com a assinatura de qualquer contrato, resulta insofismável reconhecer que a parte desassistida de causídico eventualmente será caracterizada como vulnerável, invalidando a pactuação[1027].

[1022] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 78.

[1023] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 148.

[1024] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 87.

[1025] Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 279.

[1026] Enunciado n. 18 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: "Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica".

[1027] Igualmente, colhe-se da doutrina estrangeira: "Concerns about inadequate information are particularly salient when individuals enter into standard-form contracts with business enterprises without any reasonble opportunity to consult na attorney". Tradução livre: Preocupações sobre informações inadequadas são particularmente importantes quando os indivíduos entram em contratos-tipo com empresas privadas, sem qualquer oportunidade de consultar um advogado (DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure.

Já se a negociação se der no bojo de um processo instaurado, apenas se excetuará a capacidade postulatória nas hipóteses em que a lei a dispensa[1028]. Igualmente, se o negócio de direito material extraprocessual exigir a presença de advogado[1029], entende-se que a exigência irá ser estendida à pactuação de natureza processual[1030].

Por fim, de se salientar que a prática de negócios processuais exige a outorga de poderes especiais para celebrá-los:

> É que a procuração geral para o foro autoriza o advogado a praticar todos os atos processuais exceto aqueles que a lei exija autorização específica (art. 105 do CPC). Dentre eles, há vários negócios jurídicos processuais típicos, e por isso o mesmo raciocínio deve ser estendido aos negócios jurídicos processuais atípicos[1031].

De fato, a exigência de expressa outorgação de poderes para convencionar processualmente atua enquanto mecanismo a garantir o livre consentimento do jurisidicionado, sem o qual o negócio é reputado inexistente.

4.1.1.1 Legitimidade

Discussão existe acerca da legitimidade que os sujeitos processuais teriam para realizar alterações no procedimento, visto que, em tese, essa legitimidade seria exclusivamente do legislador, proveniente da soberania da vontade popular.

Essa discussão perde parcela de sua importância após o advento do Código de Processo Civil de 2015, dado que através desse diploma, o

---

In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 147).

[1028] Juizados Especiais Cíveis até 20 (vinte) salários mínimos; Justiça trabalhista, *habeas corpus*, execução penal legitimados universais em ações de controle abstrato da constitucionalidade, além da hipótese em que o litigante é ele mesmo habilitado na OAB daquela Seccional.

[1029] Exemplo: Lei n. 11.441/2007, que prevê a possibilidade de inventário, partilha e divórcio extrajudiciais exige a presença de advogado.

[1030] Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 279.

[1031] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 275. Nesse sentido, ainda, confira-se: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 59.

próprio legislador passou a outorgar legitimidade às partes para que essas possam compor acordos procedimentais.

Nada obstante, poderia o legislador – como, de fato, constava na primeira versão do Código de Processo Civil de 2015 – ter atribuído ao julgador essa atribuição de conformar o procedimento às peculidaridades do caso concreto, de modo que se faz pertinente investigar os possíveis motivos a legitimarem a opção final – outorgar mencionado poder às partes.

A legitimidade é conceituada enquanto uma disposição generalizada para, dentro de certos limites de tolerância, aceitar uma decisão de conteúdo indefinido. Nas palavras de Niklas Luhmann[1032]:

> A aceitação da decisão judicial decorre do curso de um processo decisório, em que as partes são chamadas a participar e têm asseguradas garantias processuais fundamentais. A função do procedimento é reduzir ou neutralizar as expectativas dos litigantes, servindo como um catalisador de conformação de frustrações.

Niklas Luhmann coloca os procedimentos como sistemas de ação, explicando que através deles os destinatários da decisão a aceitam antes de conhecer o seu teor, na medida em que vão se conformando com as probabilidades que se desenham no desenrolar do procedimento:

> (...) através dos quais os endereçados das decisões aprendem a aceitar uma decisão que vai ocorrer antes de sua ocorrência concreta. Trata-se de sistemas no sentido acima mencionado, pelos quais os diferentes motivos a que alguém possa sentir-se obrigado ou não a aceitar decisões são reduzidos e especificados num limite de alta probabilidade, de tal modo que o endereçado da decisão se vê na contingência de assumi-la, sem contestá-la, ainda que lhe seja, no caso, desfavorável[1033].

[1032] LUHMANN, Niklas. **Legitimacão pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 30.
[1033] LUHMANN, Niklas. **Legitimacão pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 5.

É através do procedimento que se atinge a legitimação porque no decorrer desse o conflito vai cedendo importância central para a decisão, a qual reduz as expectativas das partes. Consoante articula Julio Guilherme Müller[1034]: "A decisão final, nestas condições em que o procedimento é negociado e acordado pelas partes, tende a ser recebida com mais legitimidade pelos envolvidos, não importando o seu teor".

Diante desses delineamentos resta evidenciado que o que legitima o procedimento não é a sua previsão antecipada e inflexível pela lei processual, mas sim o processo de comunicação[1035], em outros termos, a garantia efetiva do contraditório[1036].

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco já aduzia que a legitimação processual decorre preponderantemente da participação efetiva das partes na formação da decisão judicial. Segundo o autor:

> Na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas processuais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal[1037].

No mesmo viés, Loïc Cadiet[1038] assevera que um bom julgamento – compreendido enquanto um julgamento de qualidade –, é aquele cuja solução é bem aceita pelas partes, que se mostram satisfeitas com o resultado de seu processo e, assim, não recorrem. O autor assinala, contudo, que uma boa decisão não se constrói sozinha. É necessária a cooperação das partes nesse processo, bem como fundamentação que

---

[1034] MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo Processual e Gestão Compartilhada de Procedimento. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. **Novas tendências de processo civil: estudos sobre o projeto do novo CPC**. Vol. 3, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 157.

[1035] Cf.: ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. **Revista de processo**, São Paulo: RT, a. 36, n. 193, mar. 2011, p. 188-189).

[1036] "O que legitima socialmente os resultados da atividade jurisdicional não é o procedimento rígido e inflexível, mas a garantia do diálogo entre as partes e entre as partes e os órgãos judiciais". (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 226).

[1037] DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: **Fundamentos do processo civil moderno**: tomo I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 518.

[1038] CADIET, Loïc. La qualité de la norme juridictionnelle. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 181, mar. 2010, p. 147-148.

consagre a sua participação efetiva na construção do convencimento do magistrado:

> A motivação da decisão é a expressão desse método de julgamento. É ela que permitirá às partes compreender que elas foram perfeitamente entendidas, mesmo se sua demanda ou defesa não foi satisfeita pelo juiz. É ela que, em apresentando todas as razões da direção escolhida pelo juiz, baseia a legitimidade do julgamento e assegura sua qualidade[1039].

Necessário pontuar que a legitimação atribuída pelo procedimento não se opera, somente, no ambiente estritamente processual. José Joaquim Gomes Canotilho[1040], ao enfrentar a questão da procedimentalização das atividades de direito público nos Estados Democráticos de Direito, acentua que:

> (...) a colaboração activa dos cidadãos em alguns procedimentos (ex: das associações sindicais na elaboração da legislação do trabalho), é um fator de democratização, não só porque assegura um pedaço de participação dos cidadãos nas tarefas constitucionais, mas também porque, através da adesão e do consenso dos interessados, se evitam formas autoritárias de poder.

Com efeito, denota-se que a criação legislativa, em si, se propõe a garantir a representação dos interesses do povo – na composição brasileira, através da Câmara dos Deputados. Assim sendo, insofismável reconhecer a legitimidade dos representados quando esses agem diretamente na representação de seus interesses[1041], arquitetando as

---

[1039] Tradução livre de: "La motivation de la décision cristallise l'expression de cette méthode de jugement. C'est ele qui permettra parties de comprendre qu'elle ont été correctement entendues, même si leur demande ou leur défense n'a pas été satisfaite par le juge; c'est ele qui, em presentant toutes les bonnesraisons qu'il y avait de juger dans le sens retenu par le juge, fonde la legitimité du jugement et em assure la qualité". (CADIET, Loïc. La qualité de la norme juridictionnelle. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 181, mar. 2010, p. 147-148).

[1040] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 2002, p. 935.

[1041] Marco Paulo Denucci di Spirito, ao abordar o instituto, salienta que esse "não pode ser pechado de ilegítimo, exatamente porque requer a atuação conjunta dos interessados". (DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito

molduras do procedimento e negociando seus ônus, faculdades, poderes e deveres processuais, sobretudo porque o fazem de modo também procedimentalizado, a encadear os atos jurídicos *lato sensu* formativos do processo. Por consectário, obtem-se uma tutela mais legítima a fornecer uma decisão com maior margem de aceitação pelos envolvidos.

4.1.2 A forma

No que concerne à "forma prescrita ou não defesa em lei", ambos regramentos a estabelecem como livre[1042] – visto que tanto as normas de direito privado (arts. 104, III, 107 e 166, IV e V, todos do Código Civil), quanto as normas processuais (arts. 154 e 244 do Código de Processo Civil de 1973 e artigos 188 e 277 do Código de Processo Civil de 2015) preconizam o princípio da liberdade das formas.

Alguns doutrinadores[1043], contudo, defendem que a forma da convenção processual necessariamente deva se dar através do molde escrito, ou, ainda que se dê em meio oral – durante audiência, por exemplo –, que o conteúdo do negócio deva ser reduzido a termo ou, no mínimo, registrado em suporte que permita reprodução, sempre que essa for oportuna.

Intenciona-se, através da adoção da forma escrita ou potencialmente descritível (na hipótese de gravação áudio-visual, por exemplo), conferir segurança jurídica a esse instrumento que, apenas por sua natureza, já desperta desconfiança em considerável parcela dos operadores jurídicos.

Com efeito, uma vez que o acordo de gestão processual irá modificar o procedimento ou, ainda, dispor novos termos processuais entre os (potenciais) litigantes, imperiosa a necessidade de que esses novos termos sejam claramente dispostos em suporte acessível ao juiz, o qual atuará enquanto controlador da validade de tal pactuação. Aliás,

---

das garantias - O exemplo da propriedade fiduciária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.17, n.67, p. 129-186, jul./2016,p. 148)

[1042] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 87.

[1043] "(...) ela deve ser formulada de modo escrito, não se admitindo a estipulação na forma verbal. Isso porque seus termos têm a eficácia condicionada à sua inserção no processo e ainda sofrem controle por parte do juiz no tocante à sua validade, sendo certo, também, que as cláusulas que incluem as prerrogativas do juiz dependem de sua concordância. Por esses motivos, a forma oral não seria adequada para os fins a que se destina a convenção em comento". (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das Convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 229).

não apenas ao juiz, pois o processo é dotado de publicidade[1044], de modo que as regras que o regem devem estar disponíveis para consulta de qualquer um que tenha interesse em acompanhá-lo.

Em que pese, na seara contratual da ciência jurídica civil, prevalecer a liberdade absoluta das formas – comportando-se, portanto, contratos orais –, o ramo processual da ciência exige, consoante se sabe, certo grau de formalismo apto a lhe conferir segurança jurídica e previsibilidade[1045]. Mais do que isso, apto a possibilitar a viabilidade do manejo da convenção, visto que o magistrado, para poder realizar seu controle, necessita poder consultá-la com facilidade[1046].

Contudo, deve se destacar que, dentre os diversos meios de registro, permanece imperando a liberdade das formas, isto é, as partes possuem a liberdade de escolher por qual meio pretendem registrar a convenção e integrá-la nos autos: se através de instrumento particular redigindo a convenção, se dentro do próprio contrato privado, se diretamente em contratos sociais ou regimentos internos de pessoas jurídicas, se reduzidas a termo quando pactuadas oralmente em audiência, se gravadas digitalmente em suporte físico etc. A forma oral, portanto, está contemplada, desde que seja devidamente registrada, contemplando, assim, também os Juizados Especiais.

Veja-se que, através do manejo do discutido instituto de direito processual, está-se, inclusive, atingindo o mais baixo nível de formalidade processual, representando uma verdadeira revolução paradigmática.

Nada obstante, ainda que dentro da lógica de sacrificar o formalismo rígido e injustificável em detrimento da adequação do processo às especificidades do direito material, da causa e, porque não, da vontade dos litigantes, essa flexibilização encontra limites, exsurgindo o registro do teor da pactuação pormenorizadamente em suporte acessível a todos os interessados enquanto um deles.

Acerca da imprescindibilidade de registro escrito, afirma Flávio Luiz Yarshell:

[1044] Ressalvados casos de segredo de Jusitça.

[1045] Nesse sentido, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira assinala a exigência de formalização da prática dos atos processuais em sentido amplo. Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 179.

[1046] Julio Guilherme Müller também compreende que "a natureza do processo como relação juríica de direito público e o próprio controle e fiscalização do exercício do poder jurisdicional recomendam a forma escrita ou eletrônica". (MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 157).

> Assim ocorre porque a documentação – aqui entendida como inserção de dados num determinado suporte (ainda que eletrônico) é indissociável da realidade do processo. O brocado 'o que não está nos autos não está no mundo' não se limita a garantir o contraditório e a publicidade, mas a permitir que tudo quanto produzido no processo seja concretamente acessível a todos que se habilitam para tanto; durante e, eventualmente, até mesmo depois de encerrado o processo[1047].

Nada obstante, há entendimento doutrinário em sentido contrário. João Paulo Lordelo Guimarães Tavares defende inexistir razão a condicionar a validade do negócio à forma escrita, podendo se operar tacitamente ou oralmente[1048].

Antonio do Passo Cabral, igualmente, defende que "A forma escrita somente será requisito de validade do acordo quando a lei expressamente exigir"[1049]. Nada obstante, necessário ter em mente que: "Se não há norma disciplinando a forma escrita como requisito para os negócios processuais, deve-se atentar que também não há norma em idêntico sentido disciplinando a forma escrita do processo em si" [1050].

Nada obstante, para atender aos imperativos da segurança jurídica e da publicidade, o processo necessariamente precisa ser registrado – fisicamente ou digitalmente –, em suporte tangível, de modo que a mesma sorte atinge ao negócio processual, enquanto integrante do processo.

Por fim, de se acentuar que inexiste exigência de que esse escrito seja "celebrado por instrumento público, nem mesmo quando esse último for requisito de validade de atos objeto da controvérsia

---

[1047] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 65.

[1048] TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 91-109, abr./2016, p. 105. No mesmo sentido, ainda: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 59.

[1049] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 289.

[1050] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 158.

judicial"[1051], até mesmo porque, consoante se sabe, o processo em si é dotado de publicidade, assim como muitos de seus serventuários de fé-pública. Assim sendo, uma vez que o instrumento particular seja encartado ao caderno processual, automaticamente passará a ser um documento público.

4.1.3 Objeto lícito, possível e determinado

A licitude do objeto vem descrita explicitamente enquanto requisito formativo do negócio no Código Civil e implicitamente no Código de Processo Civil de 2015, decorrendo de trecho do parágrafo único do artigo 190 em que se destaca que o juiz negará a aplicação de pactuações processuais em casos de nulidade[1052].

Com efeito, mesmo quando ainda na vigência do diploma processual revogado, José Carlos Barbosa Moreira já preconizava: "A exigência da licitude e da possibilidade do objeto, expressas no Código Civil (arts. 82 e 145, nº II), deve reputar-se implícita no ordenamento processual. Absurdo supor que este prescindisse de semelhante requisito no ato das partes, unilaterais ou bilaterais que sejam"[1053].

Em igual orientação, Leonardo Carneiro da Cunha:

> A licitude do objeto do negócio processual passa pelo respeito às garantias fundamentais do processo. Não parece possível um negócio processual que permita, por exemplo, uma carta psicografada como prova, já que se revela ilícita tal prova. Também não parece possível um negócio processual que dispensa a fundamentação da decisão ou que imponha sigilo ou segredo de

[1051] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 73.

[1052] "Somente é possível negociar comportamentos lícitos. É nulo, por exemplo, um negócio processual em que uma parte admita ser submetida à tortura no seu depoimento pessoal. Nesse caso, o objeto o negócio é a prática de um crime, sendo vedado pelo ordenamento jurídico". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 60).

[1053] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 87.

> justiça, afastando a exigência constitucional de publicidade nos processos judiciais[1054].

O objeto também tem de ser possível, o que significa que tem de ser factível e jurídico. A possibilidade do objeto compreende tudo aquilo que não seja expressamente proibido pelo ordenamento jurídico, confundindo-se, portanto, com sua licitude[1055].

Por fim, a determinibilidade do objeto está relacionada com a sua mensurabilidade.

4.1.4 Direitos que admitem autocomposição

O Código de Processo Civil[1056] trouxe, enquanto limitação explícita, a exigência de que a matéria objeto do pacto seja não apenas lícita, possível e determinada, mas, ainda, admita autocomposição, isto é, transação, renúncia ou submissão.

De se apontar que a opção conceitual do legislador foi deveras mais ampla que a efetuada quando da promulgação da lei de arbitragem (Lei n. 9.307/1996), a qual, em seu artigo 1º, disciplina seu uso somente para causas versando sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse aspecto, "necessário distinguir os conceitos de indisponibilidade de um lado, e de possibilidade de transação, de outro. Vale dizer: mesmo no âmbito de direitos indisponíveis haveria eventual margem para autocomposição"[1057]-[1058].

[1054] CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 59.

[1055] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 136.

[1056] "É possível divisar a presença no art. 190 (*caput* e parágrafo único) de limites gerais, atinentes a todos os negócios jurídicos, e limites específicos, que prevalecem apenas para os negócios jurídicos processuais". (DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte I. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.247, p. 137-176, set./2015, p. 144).

[1057] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 69. O autor ilustra essa possibilidade com o seguinte exemplo: "Costuma-se dizer que o direito discutido em processo de investigação de paternidade – que pode perfeitamente envolver pessoas "plenamente capazes" – é indisponível. Contudo, ninguém há de negar que o réu, sendo maior e capaz, possa reconhecer a procedência da demanda e assumir a a paternidade. Fenômeno análogo pode ocorrer em outros processos relativos a direitos usualmente tidos por indisponpiveis".

Rosa Maria Andrade Nery, por sua vez, apresenta posicionamento divergente, aduzindo uma coincidência entre a possibilidade de autocomposição e a natureza patrimonial dos litígios:

> a referência específica da expressão 'direitos que admitam autocomposição', no art. 190 do CPC/2015, remete imediatamente o intérprete para o comando contido no texto normativo do art. 841 do CC/2002, pelo qual se pode ler o art. 190 do CPC/2015 da seguinte maneira: são direitos que admitem autocomposição 'os patrimoniais de caráter privado'. Vai daí que não se há de 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[1059].

Em que pese a necessária observância do dispositivo do Código Civil em comento, necessário consignar que esse se refere unicamente ao instituto da transação. Já a autocomposição, por sua vez, congrega em sua amplitude conceitual, além da transação, a renúncia e a submissão, de modo a não se verificar a coincidência pretendida pela doutrinadora.

Ademais, como bem pontuou Julio Guilherme Müller[1060], referida interpretação esvaziaria o instituto dos negócios processuais, na medida em que os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais não possuem conotação patrimonial, tal qual o procedimento.

Resta, portanto, desmistificar o conceito de direitos impassíveis de serem submetidos à autocomposição. Existe entendimento

---

[1058] No mesmo sentido: "Importante destacar que o conceito de direitos que admitam autocomposição e de direitos indisponíveis não se confundem". (HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.260, p. 49-71, out./2016, p. 61).

[1059] NERY, Rosa Maria Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 261-274, out/dez 2015, p. 268.

[1060] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 126.

doutrinário[1061] apontando enquanto exemplos de direitos que não admitiriam autocomposição as ações sobre o estado de pessoas e as ações versando sobre direitos de incapazes.

Denota-se, contudo, que mencionada conclusão incide em confusão conceitual entre direitos que admitam autocomposição e direitos indisponíveis, sendo imperioso referendar que uma qualidade não necessariamente implica a outra.

Veja-se: o direito a alimentos é indisponível. Contudo, ainda que esse direito seja titularizado por incapaz, a natureza do direito material, em si, não impossibilita a ocorrência de autocomposição – acordos entre as partes estipulando o *quantum* são, inclusive, corriqueiros no Judiciário. A eficácia das mencionadas autocomposições, entretanto, fica condicionada à homologação judicial, na qual o magistrado não apenas analisará o preenchimento dos requisitos de validade da pactuação, bem como realizará um juízo acerca da pertinência do acordado, isto é, se atende ao melhor interesse do incapaz.

Flávio Luiz Yarshell[1062] prega a possibilidade de convencionamento processual em causas envolvendo estado e capacidade de pessoas – uma vez que as partes negociantes sejam plenamente capazes.

Assim sendo, uma vez que o próprio direito material em si comporta autocomposição, admitida está a possibilidade de negociação processual. Nesse viés, de se consignar que o ordenamento jurídico não apenas autoriza a autocomposição na imensa maioria das hipóteses, como, inclusive, a incentiva[1063], vindo o artigo 334 do novo diploma a disciplinar a audiência de conciliação ou mediação enquanto regra, a qual se flexibiliza apenas mediante expresso declínio das partes ou em razão, justamente, de a causa não admitir autocomposição[1064].

[1061] Cf.: AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.246, p. 219-238, ago./2015, p. 231.

[1062] Cf.: YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 69.

[1063] Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
(...)

[1064] Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação

Em idêntico viés, o inciso V do artigo 139 do Código de Processo Civil determina que o juiz deve a qualquer tempo tentar promover a conciliação.

Exsurge enquanto conclusão, portanto, que, somente mediante consignação normativa, um direito pode ser admitido como não passível de autocomposição, a exemplo das ações de improbidade administrativa, visto que o § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92 declina que "É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*"[1065].

Diante de tal disciplinamento, assente que, acerca das ações reguladas pelo diploma normativo, resta afastada a possibilidade de conciliação e, por consectário, de negociação processual.

4.1.5 Nulidades

Enquanto o plano da existência ocupa-se com o controle da formação do negócio jurídico processual (vontade a atuar sobre informação clara e transparente), o plano da validade cuida da correspondência desse com os parâmetros de equilíbrio previstos na lei[1066].

As nulidades se inserem no plano da validade, consistindo, na ótica do direito processual, em uma "consequência que se segue à decretação judicial de uma relevante infração da forma"[1067].

Adota-se, para o presente estudo, a concepção de nulidade segundo a qual essa consiste na consequência do desrespeito à forma, tão-somente quando tal acarretar em prejuízo ou não atingimento da

---

com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
(...)
§ 4o A audiência não será realizada:
I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
II - quando não se admitir a autocomposição.

[1065] Antonio do Passo Cabral, no entanto, apresenta posicionamento divergente, asseverando a possibilidade de negociação em ações de improbidade administrativa em razão da incongruência representada pelo fato de na seara criminal ser admitida a transação, e na civil não. Tal entendimento, no entanto, se revela contra legem. Cf.: (CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 547).

[1066] Cf.: DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte I. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.247, p. 137-176, set./2015, p. 150.

[1067] MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. Genesis - **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.35, jan. 2005, p. 46-69, p. 54.

finalidade buscada com a prática do ato, vindo o reconhecimento judicial da nulidade a subtrair a possibilidade do ato inquinado emanar efeitos próprios sem, no entanto, retirar-lhes seus efeitos impróprios[1068]-[1069].

A invalidade, enquanto gênero na seara do direito civil, possui gradação de níveis (nulidade absoluta e relativa[1070]), através da qual o ordenamento jurídico prevê consequências para determinadas condutas que: a) não preencheram elemento complementar ou integrativo do suporte fático da norma; ou b) ainda que tenham integrado o suporte fático de ato jurídico adequadamente, implicam contrariedade ao direito.

Acerca da primeira hipótese, Marcos Bernardes de Mello[1071] esclarece que: "se os elementos de suficiência se concretizam, o ato jurídico existe, mas será inválido ou ineficaz se falta elemento complementar ou integrativo, conforme a espécie".

[1068] "Nulidade é a declaração judicial do *status jurídico* de determinados atos ou do processo como um todo, havida em consequência do desrespeito à forma, da ocorrência de prejuízo ou do não-atingimento de sua finalidade, que pode retirar de tais atos ou processos a potencialidade de produzir efeitos próprios, sem retirar-lhes, no entanto, a capacidade de produzir efeitos impróprios.
Além de impedirem a produção de efeitos próprios, as nulidades não constituem uma consequência automática de vício de forma, mas sim uma sanção decorrente da sua declaração judicial. Trata-se de uma sanção decorrente da não-observância das formas, que não constitui, entretanto, uma penalidade, pois tem o objetivo de reparar ou neutralizar os efeitos de uma conduta contrária ao direito e não de castigar alguém". (LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da Fungibilidade no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 57).

[1069] Há parcela doutrinária a interpretar a invalidade como uma penalidade que o ordenamento impõe a fatos que não tenham preenchido adequadamente ao suporte fático previsto na norma de incidência, ou, ainda que o tenham preenchido adequadamente, quando consistam em fatos contrários ao direito. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello: "A invalidade, em seus diversos graus (=nulidade e anulabilidade), constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir determinadas condutas que, embora integrem suporte fático de ato jurídico, implicam contrariedade a direito" (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 257). Dessa vertente, diverge Daniel Mitidiero, para quem: "Invalidade (ou nulidade, termo mais difundido) não é sanção, não é penalidade, não é pena (...)", mas sim "a consequência à relevante infração de forma de um ato do processo produzido por um agente que na relação jurídica processual em contraditório desempenhe função estatal, assim decretada pelo órgão jurisdicional competente". (MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. Genesis - **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.35, jan. 2005, p. 46-69, p. 50).

[1070] Note-se que no que concerne aos vícios do consentimento – falhas na apresentação informacional –, enquadram-se, antes de um defeito do negócio a acarretar sua invalidade, em uma ausência de pressuposto de suporte fático a revelar sua inexistência, visto que o consentimento sempre se manifesta sobre um insumo informacional – consoante melhor aprofundado no capítulo 1.

[1071] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 65.

De se apontar a existência de divergências entre os regimes de nulidades do direito civil e do direito processual civil, a apresentar obstáculos à compatibilização dos institutos[1072]. Daniel Mitidiero[1073] salienta a inadequação[1074] da categoria das anulabilidades no processo civil, articulando:

> (...) se no campo do direito privado a distinção entre o nulo e o anulável está em que este produz efeitos até a sua anulação e aquele não se oferece apto a dimanar qualquer eficácia, mesmo antes do reconhecimento judicial do vício, ao menos em termos positivos, então é patente que esta distinção não calha ao processo, porquanto na relação jurídica processual todos os atos são eficazes até que se diga o contrário[1075].

Contudo, nada obstante reconheça-se os delineamentos próprios de cada seara e as dificuldades em compatibilizá-las, insofismável ter em mente a univocidade conceitual que as une. José Carlos Barbosa Moreira enfatiza, nesse aspecto:

> Os conceitos de nulidade e de anulabilidade, pertencentes à teoria geral do direito, não podem deixar de ser unívocos nos vários ramos da ciência jurídica, por mais que se diversifique, de um para o outro, o tratamento específico das hipóteses,

---

[1072] "(...) no direito público, há princípios específicos que, incompatíveis no plano abstrato, devem ser compatibilizados no plano prático, como, por exemplo, o da conformidade da lei e o atendimento ao interesse público. Isto faz com que, no que tange, principalmente, aos efeitos, seja impossível aplicar-se ao direito público a teoria das nulidades, concebida na esfera do direito privado". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.136).

[1073] MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. Genesis - **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.35, jan. 2005, p. 46-69, p. 53.

[1074] Há parcela doutrinária, no entanto, a compreender pela viabilidade de nulidades absolutas e relativas no processo civil. Cf.: SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**: atualizado de acordo com a nova Reforma Processual: Leis nº 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006, p. 233-234.

[1075] No mesmo sentido: "É certo que o regime de invalidades no processo civil é diverso do vigente no direito privado, havendo quem sustente ser inaplicável naquela seara a distinção entre nulidade e anulabilidade. Mas, é preciso considerar que isso se dá essencialmente com base na ideia de que a invalidade processual é sempre aquela reconhecida, expressamente como tal, no processo". (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 74).

> mediante a atribuição de consectários diferentes a vícios substancialmente iguais, para reputar-se aqui causa de nulidade o que ali se reputa causa de mera anulabilidade, e vice-versa[1076].

Independentemente do regramento, portanto, as nulidades sempre exprimirão uma consequência decorrente de um vício relativo ao conteúdo do negócio em questão, seja ele examinado sob a ótica do direito privado, seja ele analisado à luz do regramento processual, visto que se trata, em verdade, de um conceito integrante da Teoria Geral do Direito[1077].

Antonio do Passo Cabral, igualmente, entende que: "há algum tempo, que aos atos do processo também podem ser aplicados critérios das invalidades dos atos e negócios em geral"[1078].

Com efeito, o regime de nulidades dos negócios processuais necessita ser misto, de modo a contemplar, concomitantemente: a) os vícios de consentimento – não previstos pela norma processual e amplamente contrários ao ideal de tutela justa preconizado pelo Estado Constitucional; b) as normas características de direito processual, segundo as quais os negócios inválidos surtirão efeitos até o momento em que decretada a invalidade pelo juiz, mesmo que expressem uma nulidade absoluta.

Partindo-se da premissa de que o regime jurídico dos negócios processuais é misto[1079], as regras civis que tratam das nulidades incidem sobre os negócios jurídicos processuais, sendo, contudo, interpretadas a partir da ótica das regras de natureza processual, o que significa dizer que: a) a nulidade apenas se verificará mediante prejuízo; b) verificado o prejuízo, ela será absoluta; e c) em sendo absoluta, ela poderá ser decretada de ofício pelo magistrado.

[1076] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 88.

[1077] "No ordenamento jurídico brasileiro, comvém lembrar, o regime geral das nulidades consta da Parte Geral do atual Código Civil, que não constitui apenas a parte geral do Direito Civil, mas sim a parte geral de todo o nosso Direito. Aliás, o tema referente às nulidades, antes mesmo de referir-se ao direito material, diz respeito à Teoria Geral do Direito, ligando-se a todas as áreas da ciência jurídica". (LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da Fungibilidade no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 57-58).

[1078] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 284.

[1079] "Da conjugação de regimes jurídicos podem resultar consequências importantes, como, v.g., a exclusão da decretação da invalidade do ato, sempre quando for possível julgar o mérito a favor de quem aproveite a pronúncia da invalidação, de acordo com o art. 282, § 2º do CPC-2015". (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 170).

Fixada a aplicação do regime de nulidades segundo o qual todas são absolutas, evidencia-se que aquelas que seriam reputadas "relativas" sofrerão convalidação ou aproveitamento, quando ocorridas no bojo de convenções processuais, "se suprido o vício, se sanada a manifestação de vontade, se complementada a inobservância da forma ou se atingido o escopo pretendido pela parte com a prática do ato (instrumentalidade das formas)"[1080].

Para Daniel Mitidiero[1081] as invalidades não serão sanadas, porque sequer chegarão a se formar. Isso em decorrência do princípio do *pas nullité sans grief*[1082]-[1083], segundo o qual não há nulidade sem prejuízo[1084]. Assim sendo, a invalidade de um acordo procedimental somente se formará quando observável o prejuízo que esse acarreta à parte que a reivindica[1085]. Esse prejuízo, por sua vez, terá de ser analisado no caso concreto pelo magistrado[1086], uma vez que incumbe a ele o controle da decretação de nulidades, bem como o da validade da convenção[1087]. Se não houve decretação de invalidade, então não houve invalidade a ser sanada.

[1080] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 255.

[1081] "Na perspectiva processual, os vícios são pré-excluídos pela incidência das normas de método, não se mostrando adequado se aludir à sanação de nulidade por obra das mesmas: a invalidade não chega a formar-se, porque não há nulidade anterior a um pronunciamento judicial". (MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. Genesis - **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.35, jan. 2005, p. 46-69, p. 55).

[1082] Enunciado n. 16 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: "O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo".

[1083] "(...) é necessário que do vício resulte prejuízo, isto é, que a falha impeça a obtenção da finalidade do ato". (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 180).

[1084] Artigos 282, § 2º e 283, parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015.

[1085] "Deve, ademais, ser observado o sistema de invalidades processuais, valendo dizer que não se deve invalidar o negócio processual se não houver prejuízo, se for possível aproveitá-lo ou se a finalidade for alcançada". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55).

[1086] "Vale dizer: atendendo o ato processual à sua finalidade (*rectius*: à sua função normativa, como bem alertava SALVATORE SATTA) e não causando prejuízo, situações que só poderão ser verificadas caso a caso (como que a convocar uma racionalidade prática à ciência jurídica) pré-excluída está a sua imperfeição". (MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. Genesis - **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.35, jan. 2005, p. 46-69, p. 54).

[1087] Nesse vértice, já se começa a despontar a incidência, desejada ou não, da discricionariedade judicial, já que será o magistrado quem decidirá acerca da existência de prejuízo, ou não, na adoção de uma convenção processual.

Essa decretação de nulidade poderá se dever a vícios a macularem o consentimento, vez que esses "podem levar à anulação das convenções processuais"[1088].

Com efeito, não se revela consentâneo com o objetivo de tutela justa[1089] permitir que negócios em que o consentimento foi inquinado por coação ou simulação[1090] se reputem aptos a surtir efeitos, apenas por apreço ao rigor da disciplina processual, a qual não comporta previsão sobre os mencionados institutos[1091].

Nesse aspecto, de se pontuar que o ordenamento processual prevê a rescindibilidade de sentença se verificada a ocorrência de dolo[1092], demonstrando seu repúdio pelo vício. Assim sendo, se o ordenamento autoriza o mais – a rescindibilidade da coisa julgada –, certamente autoriza o menos – a desconsideração de ato processual *latu senso* eivado por ela.

De fato:

> Seria pouco razoável sustentar que, verificado o dolo ainda durante o processo, até mesmo antes da sentença, a parte ou o juiz deveriam ficar de mãos atadas, para aguardar o trânsito em julgado a fim de, só então, discutir o problema na ação rescisória[1093].

Aqui, necessário pontuar a distinção, todavia, entre as situações em que o consentimento não exista pela ausência de informação – o qual retrata um vício formativo a impedir que o negócio sequer exista –, e as

---

[1088] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 284.

[1089] "É certo que não há disposição expressa, no Código de Processo Civil brasileiro, a permitir esse influxo das regras de direito substancial. O recurso à analogia, contudo, justifica a importação daquelas normas, mesmo porque a prática de atos processuais (*lato sensu*) eivados de erro, dolo, coação se revela incompatível com o direito fundamental ao devido processo legal". (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 167).

[1090] "Também será inválido o negócio jurídico processual simulado". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55).

[1091] De se destacar que a presente pesquisa não tem a pretensão de se aprofundar nos mencionados institutos, apenas intencionando delinear qual o tratamento devido quando da sua interface com os negócios jurídicos processuais.

[1092] Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
(...) III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

[1093] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 165.

situações em que o consentimento sobre aquela informação existiu, no entanto, se deu em razão de temor de um mal grave a ser praticado contra si ou sua família ou, ainda, quando o negócio que se pretendia através da pactuação era, em verdade, outro.

A primeira hipótese retrata situações denominadas pela legislação civil como erro[1094] – percepção equivocada que o agente forma sobre o negócio sem que tal equívoco se dê em razão do comportamento da outra parte –, e dolo[1095] – quando uma parte induz a outra a formar uma falsa compreensão do conteúdo do contrato -; enquanto a segunda, por sua vez, retrata a coação[1096] – imposição física ou moral que pressiona o agente a exprimir consentimento não espontâneo – e a simulação[1097] – desvirtuamento de um negócio em outro com o frequente escopo de ludibriar terceiros.

Na primeira hipótese (erro ou dolo) o negócio sequer existe, visto que não há vinculação[1098] daquele que desconhecia os termos reais da pactuação, na medida em que impossível manifestar vontade sobre dado que não se conhece. Já na segunda hipótese (coação ou simulação) o negócio existe – houve o preenchimento do elemento nuclear vontade do

---

[1094] Consoante ensinamentos de Arnaldo Rizzardo, erro "corresponde ao estado da mente que não emite uma real manifestação da vontade por falta de conhecimento de seu objeto", isto é, "o agente crê verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro". (RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 471). De se mencionar, contudo, que a doutrina civilista compreende que o negócio será tido como existente se a outra parte desconhecia o erro a comprometer a formação da avença, de modo a não ter incidido em conduta de má-fé. A orientação foi registrada no enunciado n. 12 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual, "na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança".

[1095] "Dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. Consiste em sugestões ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro". (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 415).

[1096] Antonio do Passo Cabral alerta que: "Não basta simplesmente constatar o medo ou avaliação de alto risco; estes devem ser relevantes a ponto de o agente, ao praticar o ato coagido, ter sido determinado pelo temor ou pelo risco. E há necessidade de que o medo tenha sido causado pela conduta de outrem. Se o receio da prática da conduta advém de risco do negócio ou de circunstâncias e conjunturas não imputáveis à contraparte, não há que se falar em anulação do acordo". (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 285).

[1097] "celebra-se um negócio jurídico que tem aparência de normal, mas que, na verdade, não pretende atingir o efeito que juridicamente devia produzir." (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. V. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 402)

[1098] E, por não ter ele se vinculado à pactuação, impugnar-lhe-á na primeira oportunidade em que essa for apresentada nos autos, sob pena de compreender-se que esse estaria a ratificando.

suporte fático a atuar sobre informação conhecida –, mas é invalido na medida em que aquela vontade dirigia-se, em verdade: i) a evitar um mal contra si ameaçado (coação); ou, ainda, a atingir um fim diverso daquele aparente (simulação).

Logo, os diferentes vícios deverão ser analisados nos diferentes planos: erro e dolo no plano da existência; coação e simulação no plano da validade[1099]. Em todos os casos, contudo, o juiz poderá reconhecer a inexistência ou decretar a invalidade de ofício[1100].

No que concerne aos efeitos da decretação de nulidade, esses serão *ex tunc*[1101], retroagindo ao momento em que praticado negócio maculado e acarretando a invalidade de todos os atos posteriores a esse[1102].

Por derradeiro, o modo por meio do qual a parte prejudicada deverá se insurgir contra negócio maculado dependerá do momento em que se encontre[1103]. Se a pactuação for invocada no curso do processo, bastará simples petição[1104], recomendando-se que o faça na primeira oportunidade que obtiver de se manifestar nos autos, sob pena de compreender-se o silêncio da parte como ratificação tácita – ressalvada a hipótese de coação a perdurar, visto que o lapso decadencial para sua alegação passa a fluir somente quando a ameaça cessa. Já se a impugnação pretendendo declarar a inexistência ou invalidade da pactuação se der previamente à apresentação dessa em juízo, exigirá propositura de ação autônoma.

[1099] Pedro Henrique Pedrosa Nogueira assevera, nesse viés, que: "Não seria compatível com a estrutura dos atos do processo, v.g., a aplicação das regras concernentes à lesão (CC-2002, art. 157), estado de perigo (CC-2002, art. 156), fraude contra credores (CC-2002, art. 158)". (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 167).

[1100] "Esses vícios impactam a validade da avença *ipso iure*, devendo ser conhecidos de ofício pelo juiz". (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 286).

[1101] Cf.: MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. Genesis - **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.35, jan. 2005, p. 46-69, p. 56.

[1102] Cf.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 169.

[1103] "O controle há de ser feito em correspondência com a fase processual, justamente porque não há preclusão sobre o tema e porque, no momento de aplicar a regra, o juiz deixará de o fazer se entender que ela, por qualquer razão, é inválida". (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 77).

[1104] Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 286.

Em ambos os casos, contudo, deverá ser observado o contraditório, oportunizado-se a outra parte defender a validade da pactuação[1105].

No que diz respeito ao momento da alegação, de se considerar, ainda, o princípio *nemu auditur propriam turpitudinem,* o qual consagra a máxima jurídica de que a ninguém será permitido se beneficiar de sua própria torpeza[1106]. Logo, uma nulidade não pode ser arguida por aquele que com ela consentiu livremente no momento da formatação do negócio[1107].

Consoante observado por Flávio Luiz Yarshell:

> (...) fora dos casos em que efetivamente haja ofensa ao devido processo legal, prevalece o que as partes tiverem convencionado. Não se afigura jurídico ou ético que uma das partes viesse depois – já em função de resultado desfavorável – queixar-se de suposto vício para o qual não atentou em momento próprio [1108].

Por fim, de se mencionar que a nulidade de pactuação material em cujo bojo estejam contidas cláusulas a se referirem a negócio processual não implica, necessariamente, na invalidação dessas últimas. Com efeito, as normas de natureza processual possuem certa autonomia em relação às disposições de direito material que constem no mesmo

---

[1105] Enunciado n. 259 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio". Nesse sentido, confira-se ainda: "A invalidade do negócio processual depende, de todo modo, da observância do contraditório, a fim de evitar decisão-surpresa (CPC, art. 10)". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 58).

[1106] No diploma processual, a referida máxima vem positivada no artigo inaugural do capítulo das nulidades: Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

[1107] "Quando a própria parte concorda com a alteração do procedimento (v. g. supressão da defesa preliminar do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992), não pode, posteriormente, arguir a nulidade do negócio processual (art. 276 do NVOC), porque assim poderia se beneficiar da própria torpeza". (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 246).

[1108] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70.

instrumento[1109]. Igualmente, o negócio jurídico processual pode ser invalidado só em parte, isto é, sem comprometer o negócio processual como um todo[1110].

Desmistificadas essas questões, de se pontuar, por fim, que elas não esgotam o rol de nulidades aptas a invalidar o negócio processual. Loïc Cadiet[1111] acentua a existência de limites internos e externos ao negócio jurídico processual. Os internos consistiriam nos analisados nesse tópico (defeitos da vontade das partes); e os externos, ao seu turno, condicionam os negócios processuais à conformidade de seu objeto com a ordem pública.

Com efeito, o plano da validade refere-se ao controle do conteúdo da avença, de modo que reputar-se-á inválido negócio que contrarie o núcleo irredutível de normas cogentes – circunstância a tornar a temática, em verdade, inesgotável.

4.1.6 Inserções abusivas e manifesta vulnerabilidade

As inserções abusivas e a manifesta vulnerabilidade[1112] consistem em uma vedação expressa do artigo 190 do Código de Processo Civil e, ao mesmo tempo em que figuram enquanto um limite rígido, permanecem com conteúdo indefinido.

A ideia de abusividade é típica da legislação protecionista ao consumidor e, na redação processual, vem ela também entrelaçada aos contratos de adesão[1113]. Perceba-se, no entanto, que a expressão adotada

---

[1109] Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 165.

[1110] Enunciado n. 134 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente.

[1111] CADIET, Loïc. In: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 13.

[1112] "A vulnerabilidade é um estado inerente de risco, uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza ou enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação jurídica. A vulnerabilidade não é o fundamento das regras de proteção do mais fraco. Seu fundamento é a igualdade". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 57).

[1113] Necessário pontuar, contudo, que: "Não se veda, prévia e genericamente, o negócio processual em contrato de adesão. Em tese, é possível, cabendo apenas ao juiz controlar a validade da respectiva cláusula, recusando-lhe aplicação somente nos casos de abusividade". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 58).

pelo art. 190 é mais ampla que "cláusula abusiva", não se restringindo, portanto, ao disposto no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor[1114].

Na árdua tarefa de buscar elencar quais hipóteses importariam em abusividade, Marco Paulo Denucci do Spirito sugere:

> (...) não podem ser admitidos negócios jurídicos processuais que: (a) estabeleçam a inversão do ônus da prova em desfavor do consumidor (arts. 6º, VIII; 51, IV); (b) limitem as hipóteses da desconsideração da personalidade jurídica (teoria menor ou objetiva – art, 28); (c) pretendam cobranças de serviços em patamares não estabelecidos em orçamento prévio (arts. 39, VI; 40); (d) imponham a aplicação de fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido (art. 39, XIII); (e) autorizem negativações sem parâmetros e ilícitas (arts. 43, 44); (f) dispensem os deveres de informações e transparência (arts. 4º, caput, 4º, IV; 6º, III; 8º; 9º; 12; 14; 30; 31. 39, VII; 46; 52; 54, § § 3º e 4º); (g) permitam a interpretação do contrato contra o consumidor (art. 47); (h) nulifiquem a vinculação das declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48); (i) afastem a complementariedade entre a garantia legal e a contratual (art. 50); (j) imponham cláusula de decaimento (arts. 51, II; 53); (k) permitam ao fornecedor a alteração unilateral do conteúdo do contrato (art. 52, XIII); (l) criem empecilhos ou releguem para outra via a indenização por benfeitorias necessárias (art. 51, XVI); e (m) sejam contrários ao sistema de proteção ao consumidor (art. 51, XV)[1115].

Denota-se que a última das hipóteses mencionadas é bastante genérica, contemplando, inclusive, as demais. Em que pese se concorde

---

[1114] Cf.: DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 154.

[1115] DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 154.

com as hipóteses supramencionadas, bem como com a especial proteção a ser conferida aos consumidores, de se mencionar que o consumidor, assim como qualquer outro jurisdicionado, é livre para transacionar sobre seus direitos – fato esse, inclusive, corriqueiro em acordos realizados perante os Juizados Especiais[1116] –, de modo que a condição de consumidor, *per se*, não implica obrigatória vulnerabilidade do sujeito[1117], o mesmo se aplicando a outros sujeitos tipicamente considerados vulneráveis – trabalhador, idoso etc[1118].

A este respeito, Leonardo Carneiro da Cunha defende que:

> A simples circunstância de o contrato ser de adesão não é suficiente para se ter como nula ou ineficaz a cláusula que disponha sobre procedimento ou sobre regras processuais. É preciso, para que o juiz recuse-lhe aplicação, a evidência de uma abusividade, de uma nulidade ou de uma manifesta situação de vulnerabilidade[1119].

Julio Guilherme Müller[1120] enfatiza que a convenção pode trazer vantagens para esses sujeitos tipicamente considerados vulneráveis, de modo que não há de se reconhecer sua invalidade se ela estiver

---

[1116] Cf.: DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 156.

[1117] Cf.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 355.

[1118] "Não existe vulnerabilidade por presunção. O sujeito é considerado vulnerável a partir do exame concreto do caso, considerando-se a relação estabelecida entre ele ou o direito litigioso e a outra parte". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 58). "(...)nada impede, em tese, a celebração de negócios processuais no contexto do processo consumerista ou trabalhista". (DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 299).

[1119] CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 59.

[1120] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 144.

justamente contribuindo para o alcance da ambicionada igualdade no processo.

Flávio Luiz Yarshell sustenta que: "pode haver negócio processual válido entre pessoas desiguais, desde que o processo assegure a igualdade real"[1121]. Incumbirá ao magistrado, contudo, controlar a manutenção dessa igualdade real, na medida em que, dificilmente, o litigante a ocupar o polo mais forte não tentará tirar proveito da condição que ostenta em relação ao litigante mais fraco.

Necessário, nesse vértice, distinguir a conotação do termo na seara material da esfera processual, na qual a vulnerabilidade se manifesta em circunstância (econômica[1122], geográfica, técnica, jurídica etc) que possa afetar o equilíbrio entre as partes, isto é, a paridade de armas.

Contudo, o desequilíbrio entre as partes que importe em abstenção da paridade de armas consiste em fator limitador não apenas dos negócios processuais formulados no bojo dos contratos de adesão, mas de quaisquer convenções entabuladas entre quaisquer litigantes, consoante se investigou em tópico[1123] reservado dentro dos limites constitucionais ao instituto em comento.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello[1124] apontam dois enfoques a nortear o exame da vulnerabilidade: a) a vulnerabilidade de uma parte em relação à outra quando da realização da pactuação; e b) a vulnerabilidade de

---

[1121] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 69.

[1122] Rafael Sirangelo de Abreu ilustra a vulnerabilidade econômica retratando "eventuais negócios que imponham custos desproporcionais do processo pela sua distribuição diferenciada a cada um dos sujeitos processuais a ponto de criar óbices de acessibilidade econômica de tamanha monta que impeçam ou dificultem em demasiado o acesso equilibrado ao processo. Não se trata simplesmente de desconsiderar eventual manifestação de vontade (a priori válida), mas de considerar (a) que as situações econômicas de cada um dos litigantes podem ter variado bastante no transcurso do tempo entre a lavratura do negócio e a sua aplicação e (b) que a previsão em abstrato de um redimensionamento dos ônus econômicos de eventual, futuro e então desconhecido processo judicial pode não ter permitido um correto conhecimento das consequências do negócio para a parte a quem se imputou um aumento nessa responsabilidade pelos custos. Nesses casos, pode ser necessária a invalidação (parcial ou total) do negócio jurídico eventualmente até em face de onerosidade excessiva (desequilíbrio superveniente)". (ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 207-208).

[1123] Tópico 3.2.1.3.3

[1124] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 355.

uma parte em relação à outra em decorrência da pactução. Em ambas hipóteses, o negócio jurídico processual será inválido.

Por fim, necessário atentar para o disposto no artigo 424[1125] do Código Civil, segundo o qual serão nulas de pleno direito cláusulas que, inseridas em contratos de adesão, estipulem a renúncia do aderente a direito resultante da natureza do negócio, isto é, direito pelo qual se justifica a existência do contrato.

Da conjugação da leitura do mencionado dispositivo com o artigo 190, norteador dos negócios jurídicos processuais, extrai-se que esses não poderão "acarretar, direta ou indiretamente, mitigação parcial ou total (neste último caso equiparável à renúncia), de direito inerente à natureza do contrato"[1126].

Insta salientar, nesse aspecto, que o critério de referência para esse limite não é, via de regra, o conteúdo do transacionado no negócio processual em si (procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais), exceto se a pactuação for puramente processual e uma de suas cláusulas contradiga o aspecto apontado como fundamento para a convenção.

Ademais, o limite imposto pelo artigo 424 não versa acerca da indisponibilidade do direito material em si, mas sim sobre a circunstância de esse figurar enquanto razão de existir da pactuação, em sendo contrato na modalidade adesão.

4.1.7 Boa-fé objetiva

O dever de boa-fé objetiva é definido enquanto uma conduta valorativa, isto é, um agir caracterizado pela preocupação em não gerar prejuízos à parte adversa ou ao processo como um todo. Posto que global[1127], a ideia que se faz da boa-fé apresenta delineamentos próprios

[1125] Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

[1126] DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015, p. 152.

[1127] "(...) a ideia geral está provavelmente presente em todo lugar, visto que em qualquer sistema legal há a tendência de acreditar que processos deveriam ser conduzidos de forma honesta e leal, de acordo com os padrões gerais de boa-fé e correção". (TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.177, p.153-183, nov.2009, p. 156).

em cada ordenamento jurídico[1128], bem como em cada singular seara jurídica, nada obstante permeie todas elas.

No âmbito processual, portanto, ele orienta a conduta dos litigantes e demais participantes do processo (juiz, perito, serventuários etc) de acordo com os padrões previstos em determinado momento histórico e contexto social.

No presente momento, a boa-fé identifica-se valorativamente com a lealdade, a qual é considerada "um dos valores fundamentais no campo do direito processual (também com base em disposições constitucionais existentes em muitos países), até em sistemas de *civil law*"[1129].

A boa-fé pode ser examinada tanto nas condutas comissivas quanto nas omissivas. Acerca de sua vertente processual, Julio Guilherme Müller[1130] pontua:

> Os sujeitos processuais são estimulados a adotarem comportamentos íntegros, probos, leais, honestos, cooperativos, transparentes, entre outros. De outra banda, devem abster--se de praticar atos ou de se comportar com má--fé, desonestidade ou falta de transparência. Há vedação, também, de comportamentos em contradição com comportamento anterior (*venire contra factum proprium*), de abusos de direitos processuais ou de praticar ato processual quando a omissão até então já gerara expectativa da parte adversa de que a situação já se consolidara e que o ato não seria mais praticado (*supressio*).

Consoante já preconizado, o regime dos negócios processuais é misto, de modo que, para além da boa-fé processual, aplica-se a disciplina prevista no digesto civil.

[1128] Cf.: TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.177, p.153-183, nov.2009, p. 154-157.

[1129] TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.177, p.153-183, nov.2009, p. 157.

[1130] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 61.

O artigo 113 do Código Civil preconiza que a boa-fé deve atuar como filtro interpretativo dos negócios, aplicando-se a mesma disciplina do gênero à espécie negócio processual.

De se destacar, ainda, os deveres anexos da boa-fé objetiva, tais quais os deveres de informação clara e precisa, esclarecimento e prevenção, os quais já foram abordados detidamente no primeiro capítulo.

4.2 CIRCUSNTÂNCIAS LIMITADORAS

Definidos os requisitos de validade legais, bem como as limitações de índole constitucional e infraconstitucional, observa-se o mapeamento de zonas claras em que a prática negocial é inviável. Mais que isso, elencam-se critérios a permitir uma fixação de diretrizes que buscam esclarecer a possibilidade negocial mesmo nas zonas cinzentas, quais sejam: a) legitimidade negocial; b) tutela justa; e b.1) efetividade. O exame a constatar o respeito a tais critérios, por sua vez, deverá ser operado pelo magistrado casuisticamente com amparo no postulado de razoabilidade.

Com base nessas conclusões parciais a orientarem o manuseio da convenção processual, passará a pesquisa a analisar a interface dela com plurais institutos de direito processual, efetuando sugestões de sua aplicabilidade que possam gerar o almejado substrato da efetividade da tutela jurisdicional, bem como encontrando óbices inultrapassáveis à atuação da prática negocial processual.

4.2.1 ABUSO DO DIREITO

Inicialmente, importa salientara vedação imposta pelo ordenamento jurídico pátrio ao abuso do direito[1131], sendo conveniente apontar a imprecisão terminológica do instituto, na medida em que se refere a ato ilícito e, se ilícito é, então não há direito.

Superados os preciosismos técnicos, cumpre consignar que o mencionado instituto importa em um limite claro aos negócios jurídicos processuais, observado o seu regime jurídico misto.

Assim sendo, ao convencionarem as partes, por exemplo, sobre prazos peremptórios, estarão elas exercendo um direito – prescrito pelo

[1131] Art. 182. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (CC/2002).

artigo 190 do CPC/215. Contudo, se intencionarem dilatar esse prazo para 365 dias, 5 anos ou até prazos mais longos, estarão abusando do seu direito e violando princípios tais quais a duração razoável do processo e a celeridade processual.

Em contrapartida, se reduzirem um prazo de resposta para 24 horas ou menos, igualmente estarão atuando contra o devido processo legal e a ampla defesa, em evidente abuso do direito.

Perceba-se, portanto, que em ambas hipóteses o processo justo é violado em diferentes frentes, sendo necessário encontrar o tênue equilíbrio entre a acomodação dessas diferentes garantias por meio do emprego do método casuístico.

Murilo Teixeira Avelino[1132], acerca do exemplo dado, acentua:

> Assim, a atuação das partes que for de encontro à justa e eficiente prestação da atividade jurisdicional, é passível de controle pelo magistrado, através do permissivo dado pelo devido processo legal substancial e da economia processual, informadores da teoria das invalidades dos atos jurídicos. Tal entendimento pode ser balizado, inclusive, pelas disposições constantes do art. 139, II e III, do NCPC, na medida em que impõem ao juiz o dever de zelar pela duração razoável do processo e prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da Justiça.

Tem-se, portanto, mais uma faceta a revelar que o controle homologatório realizado pelos magistrados envolve um exame casuístico, na medida em que apenas por meio de um juízo de razoabilidade poder-se-á atingir uma conclusão acerca do que importa, ou não, em abuso do direito ao se tratar de negócios processuais.

Consoante aduz o supramencionado autor: "Aprioristicamente, não se pode dizer qual prazo é razoável ou não, devendo o exame restar ao caso concreto". Com efeito, em que pese a ausência de critério objetivo seja incômoda, imperioso reconhecer que somente a casuística poderá equacionar certas zonas cinzentas.

Assim como o sancionamento, a identificação da conduta depende do contexto em que inserida, de modo que indispensável,

---

[1132] AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.246, p. 219-238, ago./2015, p. 232-233.

portanto, a figura do magistrado a concretizar esse limite diante de cada caso a ele apresentado.

4.2.2 INTERVENÇÕES DE TERCEIRO

A intervenção de terceiros consiste em mecanismo normativamente criado para o fim de assegurar que sujeitos não titularizantes das posições de autor ou réu venham a ter sua esfera jurídica atingida indiretamente pelos efeitos de decisão judicial prolatada em processo ao qual não lhes foi oportunizada a participação.

Victor Vasconcelos Miranda[1133] defende que as partes podem, negocialmente, vedar a integração ulterior da lide por terceiros, na medida em que a impossibilitação da extensão subjetiva da lide não importa "em renuncia ao direito material subjacente, o qual poderá ser tutelado em processo autônomo".

Com efeito, a possibilidade de propositura de ação regressiva afasta eventual comprometimento do direito material, bem como a vedação dos mencionados mecanismos podem contribuir para a celeridade do processo. Por outro lado, não necessariamente contribuirão para a efetividade desse – na medida em que a eventual propositura de ação regressiva venha a desdobrar um procedimento que, com a utilização oportuna das intervenções de terceiros, seria único.

Contudo, mencionadas intervenções, mesmo quando cabíveis, não são compulsórias, de modo que, em se tratando de denunciação da lide ou chamamento ao processo, a vedação negocial parece viável.

Já no que diz respeito às espécies de assistência – simples ou litisconsorcial –, inviáveis as mencionadas negociações, observada a regra básica de aplicação das convenções processuais – segundo a qual as partes podem dispor somente das situações processuais por si titularizadas[1134].

[1133] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.112, n.423, p. 424-320, jan./jun. 2016, p. 314.

[1134] "As intervenções de terceiros voluntárias – assistência simples e assistência litisconsorcial (arts. 119 a 124 CPC-2015) – não podem ser objeto de derrogação pelas partes integrantes do processo". (MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.112, n.423, p. 424-320, jan./jun. 2016, p. 314, p. 316).

Logo, as partes podem, reciprocamente[1135], vedar o seu poder de chamar terceiro ao processo, mas não podem impedir que o terceiro, que demonstre possuir interesse jurídico direto ou indireto na resolução da lide[1136], tenha seu acesso a essa obstaculizado.

Como enfatiza Marina França Santos[1137]:

> A intervenção de terceiros apresenta-se, pois, amplamente negociável, pelas partes, às quais se oferece a possibilidade de adaptar o procedimento às peculiaridades da demanda desde que não se reduzam direitos e garantias dos terceiros intervenientes no processo.

Permitir que as partes pudessem, por exemplo, vedar a intervenção assistente litisconsorical, fatalmente fulminaria a estabilidade das relações jurídicas, criando grave insegurança para todos aqueles que não os envolvidos na relação jurisdicional – e até mesmo a esses, se a decisão transitada em julgado viesse a ser posteriormente impugnada mediante ação rescisória[1138].

Victor Vasconcelos Miranda[1139] entende, no entanto, que as partes podem disciplinar os poderes que irão conferir aos assistentes, como, por exemplo, convencionar a dispensa de demonstração de interesse jurídico a viabilizar a assistência. Compreende-se, no entanto, que, muito embora alargações conceituais nesse sentido não venham a prejudicar o terceiro interveniente, podem vir a prejudicar o bom funcionamento do aparato estatal, na medida em que, diante da ausência de pressuposto a autorizar a intervenção de terceiro, diversos atores processuais poderiam ingressar na lide somente com o interesse de conturba-la, prejudicando, portanto, a efetividade jurisdicional – limite sólido às livres pactuações.

Convenção pretendendo afastar a possibilidade de instauração de incidente de desconsideração de personalidade jurídica[1140] revela-se

---

[1135] Vedação que não seja recíproca importraria em violação à igualdade material.

[1136] Ou, até mesmo, relação jurídica com algum dos litigantes.

[1137] SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.241, p. 95-109, mar./2015, p. 106.

[1138] Incisos V e VIII do artigo 966 do Código de Processo Civil.

[1139] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.112, n.423, p. 424-320, jan./jun. 2016, p. 317.

[1140] Art. 133 CPC/2015

também inviável[1141]. Isso porque a finalidade do mecanismo em comento consiste em promover a efetividade da tutela jurisdicional, de modo que sua vedação convencional viria a contrariar um de seus principais princípios legitimadores.

Victor Vasconcelos Miranda acentua que o incidente tem enquanto atribuição possibilitar ao Estado a prestação de tutela jurisdicional adequada e efetiva: "Assim, a predisposição voluntária das partes para não instauração do incidente pode redundar na própria ineficácia da tutela jurisdicional, com o que não se pode anuir"[1142].

Convenção atrelando artificialmente a participação de terceiro – que não se enquadre nos requisitos previstos para cada modalidade –, contraria, igualmente, a autonomia e autorregramento da vontade desse terceiro, cuja pertinência na lide não se revele tecnicamente adequada. Adentra-se à esfera particular de poderes, deveres, ônus e faculdades de pessoa – física ou jurídica –, diversa da dos pactuantes, maculando, portanto, qualquer negócio processual nesse sentido de invalidade.

Dentre as novidades trazidas pelo novo Código Processual, está a inserção do *amicus curiae* na categoria das intervenções de terceiro, auxiliando a esclarecer o juízo e as partes acerca de questões pontuais sobre as quais detenha conhecimento. Marina França Santos[1143] sustenta, nesse aspecto, a possibilidade de extensão dos poderes atribuídos ao *amicus curiae* por meio de convenção entre as partes, podendo, por exemplo, admitir-se que esse pratique sustentação oral, requeira perícia ou, ainda, oitiva de testemunhas.

Contudo, a exegese normativa do § 2º do artigo 138[1144] do Código de Processo Civil de 2015 explicitamente atribui ao magistrado

---

[1141] "O objetivo da norma material subjacente ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica impede que se estenda a ela a possibilidade de convenção processual das partes para o afastamento de sua provocação". (MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.112, n.423, p. 424-320, jan./jun. 2016, p. 315).

[1142] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.112, n.423, p. 424-320, jan./jun. 2016, p. 316).

[1143] SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.241, p. 95-109, mar./2015, p. 104.

[1144] Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

a definição dos poderes a serem titularizados pelo amigo da corte, de modo a inviabilizar pacto processual com essa pretensão[1145].

Consoante já exposto em capítulo antecedente – e na própria redação da cláusula geral de convenções processuais –, as partes apenas podem negociar acerca de poderes, ônus, deveres e faculdades por elas titularizadas, de modo que sua interferência na atividade desenvolvida pelo *amicus curiae* apenas pode ser instrumentalizada na forma de requerimento ao magistrado, o qual, a depender de seu juízo discricionário, irá conceder eficácia, ou não, ao pleiteado[1146].

Já em se tratando de convenção na conotação técnica do termo, isto é, firmada conjuntamente com o terceiro na formação de um encontro de vontades que intencionem alcançar um mesmo fim, não comporta maiores digressões, visto que ultrapassado restarão os obstáculos aqui apontados.

4.2.3 INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Também em atendimento à regra geral mencionada no tópico anterior, segundo a qual a disposição convencional envolve somente situações de titularidade daquele que as esteja dispondo, vedada revela-se qualquer tentativa de restrição ou ampliação convencional das

---

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.

[1145] "A intervenção de terceiros materializada pelo *amicus curiae* (art. 138 CPC/2015) não é disponível às partes, pelo que não podem negociar a sua não intervenção em processo no qual estejam presentes os requisitos objetivos à sua manifestação. (...) O próprio suporte fático da norma que institui a intervenção do *amicus curiae* já denota a relevância de sua atuação e a preponderância do interesse público, pelo que não é possível o afastamento da intervenção do *amicus curiae* por negócio jurídico formalizado entre as partes". (MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.112, n.423, p. 424-320, jan./jun. 2016, p. 316).

[1146] No mesmo sentido: Cf.: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 113. Em sentido contrário: "As partes integrantes da lide podem, por intermédio de negócio processual plurilateral, do qual faça parte o *amicus curiae*, instituir o procedimento para sua manifestação, como *v.g.* a regulamentação do tempo disponível para realização de sustentação oral, produção probatória, escolha do *amicus curiae* como condutor do procedimento de formação de precedentes obrigatórios (...)". (MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.112, n.423, p. 424-320, jan./jun. 2016, p. 316).

hipóteses legais[1147] para a intervenção do Ministério Público no feito enquanto fiscal da aplicação do ordenamento jurídico[1148].

Antonio do Passo Cabral[1149] preconiza a este respeito:

> (...) não cabe negócio jurídico para afastar a intervenção do MP na condição de fiscal da ordem jurídica porque se trata de uma atuação do Monistério Público que independe da anuência das partes, e que se justifica na especial proteção que o legislador confere a certos bens e direitos, cuja postulação em juízo atrai a participação do MP.

Assim sendo, não podem as partes, na intenção de atingir maior celeridade processual, dispensar a intervenção ministerial[1150], ou, ainda, subtrair-lhe o prazo em dobro disciplinado no artigo 180 do digesto instrumental.

[1147] Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:
I - interesse público ou social;
II - interesse de incapaz;
III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.
Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.
Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público:
I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;
II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.
Art. 180. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1o.
§ 1o Findo o prazo para manifestação do Ministério Público sem o oferecimento de parecer, o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo.
§ 2o Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o Ministério Público.

[1148] Enunciado n. 254 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

[1149] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 270.

[1150] Cf.: CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 496; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 60; DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 300.

4.2.4 PENHORABILIDADE DE BENS LEGALMENTE IMPENHORÁVEIS

No que concerne à execução, pende dúvida, ainda, acerca da viabilidade de convenções processuais abdicando da impenhorabilidade de alguns bens eleitos pela legislação como inatingíveis pelo alcance dos atos expropriatórios[1151].

Ao analisar a possibilidade de renúncia à impenhorabilidade do bem de família, o Superior Tribunal de Justiça[1152], já em 2003, decidiu

---

[1151] Art. 833. São impenhoráveis:
I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2o;
V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
VI - o seguro de vida;
VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.
§ 1o A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.
§ 2o O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8o, e no art. 529, § 3o.
§ 3o Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do *caput* os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

[1152] Processual civil. Recurso especial. Bem absolutamente impenhorável.
Alegação de nulidade da penhora. Renúncia do direito à impenhorabilidade.
- A nomeação à penhora pelo devedor de bem absolutamente impenhorável por força do art. 649 do CPC importa renúncia do direito à impenhorabilidade. Precedente da Terceira Turma (REsp 351.932).

pela sua viabilidade, prestigiando a autonomia da vontade em detrimento da categoria legal.

No inteiro teor do voto, consignou a Ministra relatora:

> (...) tem-se o bem por impenhorável, mas não por indisponível. Assim sendo, na hipótese em que o devedor o nomeia à penhora, efetivamente lança mão da garantia legal, de forma que o ato de disposição da coisa denota, ainda que implicitamente, não ser ela mais útil ou necessária ao devedor.

Com efeito, se o jurisdicionado pode dispor do bem, enquanto, inclusive, uma das prerrogativas de seu direito de propriedade, não há sentido de privá-lo de gerenciar seu patrimônio em Juízo, mormente quando considerada a circunstância de ser devedor de débito consignado e perfectibilizado em título.

Em outras palavras: se o proprietário pode alienar o bem de família quando não está a sofrer execução, por que não o poderia justamente quando está em débito com terceiro?

Perceba-se que a efetividade processual é beneficiada com acordo nesse sentido, na medida em que se ampliam as possibilidades executórias.

Outrossim, a própria redação legislativa já elenca ressalvas a limitarem referida garantia, disciplinando a inaplicabilidade dessa quando o débito for relativo à aquisição do imóvel, de natureza alimentar ou, ainda, ao inadimplemento de taxa condominial[1153].

De se enfatizar, ademais, que no caso concreto retratado no precedente, inexistia convenção processual bilateral, tendo o executado realizado negócio jurídico unilateral ao oferecer bem de família para ser penhorado, tacitamente renunciando, portanto, à garantia.

Interpretação em sentido contrário prestigiaria o *venire contra factum proprium*, instituto de direito civil consistente, consoante se sabe, na adoção de comportamentos contraditórios pelo agente, sendo vedado

---

- É vedado o reexame do acervo fático-probatório carreado aos autos em sede de recurso especial.
- Não se conhece do recurso especial pelo dissídio jurisprudencial quando não evidenciada a similitude fática entre os casos confrontados.
Recurso especial não conhecido. (REsp 470.935/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2003, DJ 01/03/2004)

[1153] Artigo 1.715 do Código Civil.

pelo ordenamento jurídico pátrio em decorrência da observância da boa-fé objetiva, por esse privilegiada.

Em que pese o *venire contra factum proprium* não se encontrar positivado em dispositivo específico[1154], possui respaldo na doutrina e na jurisprudência, as quais consideram-no decorrente do abuso de direito[1155] – o qual já foi analisado alhures enquanto um rígido limite à livre pactuação.

Por derradeiro, destaca-se que a lógica aplicada aos bens de família[1156] certamente se replica nos demais bens tipificados pela legislação como impenhoráveis, na medida em que inexiste hierarquização entre eles e, se houvesse, certamente despontaria a residência da entidade familiar enquanto um dos mais resguardados pelo ordenamento, observada a especial proteção destinada por esse à família.

De se destacar, ainda, a existência de entendimento[1157] acerca da possibilidade de convenção pactuando o inverso, isto é, a impenhorabilidade de bens que, *a priori*, seriam penhoráveis. Nesse aspecto, contudo, não se vislumbram maiores obstáculos, uma vez que a impenhorabilidade do bem não venha a comprometer o direito material sob o qual se funda a ação e, por consectário, a efetividade do processo.

Trata-se de negócio veiculando situação jurídica titularizada pelas partes e sem potencial apriorístico de comprometimento da tutela justa. É bem verdade que convenção nesse sentido irá reduzir os bens expropriáveis, repercutindo em alguma medida na efetividade da tutela jurisdicional. Contudo, se houverem outros meios de garanti-la, a restrição ao alcance de determinados bens não representa, em absoluto, um óbice à efetividade.

4.2.5 PACTO DE NON EXEQUENDO

[1154] Há vários, contudo, que aplicam sua essência, a exemplo do artigo 330 do Código Civil.

[1155] De se destacar que o abuso de direito consiste em categoria maior a contemplar o *venire contra factum proprium*, sendo que esse exige para sua configuração a ocorrência de dano, enquanto aquele não.

[1156] Necessário pontuar que o Código de Processo Civil de 2015 não se vale da expressão "bem de família", respaldando-se no enunciado sumular n. 364, do Superior Tribunal de Justiça, o qual assentou que: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

[1157] Cf.: OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 433.

À semelhança do pacto de *non petendo*, o pacto de *non exequendo* anseia atender ao mesmo objetivo de estabilidade das relações jurídicas, estabelecendo o compromisso entre as partes de que não irão executar título extrajudicial ou judicial dentro de lapso temporal previamente determinado.

Novamente, imperiosa a distinção entre renúncia ao exercício e renúncia ao direito material em que se funda a pretensão. Na hipótese de negócio processual entre as partes convencionando que essas reciprocamente não proporão execução em face uma da outra, discute-se se tal pactuação importaria em verdadeira abdicação do direito material, subtraindo qualquer eficácia do título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial.

Ocorre, contudo, que a renúncia à execução elimina apenas uma das alternativas do titular em valer-se do título que consubstancie direito material. Veja-se: além da execução do título, o jurisdicionado dispõe de meios tais qual o protesto do título de crédito, através do qual consegue, inclusive, atingir a esfera jurídica do devedor.

Nesse vértice, de se destacar que o advento do Código de Processo Civil de 2015 consagrou a possibilidade de protesto de decisão judicial, consignando o *caput* de seu artigo 517[1158] que: "A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523".

Tal opção legislativa não repercute, no entanto, em uma inovação normativa, na medida em que a redação do artigo 1º da Lei nº 9.429/97 já conceituava o protesto como "ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida", abrindo margem, portanto, para o enquadramento de títulos judiciais ou, ainda, demais documentos que

[1158] Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.
§ 1º Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão.
§ 2º A certidão de teor da decisão deverá ser fornecida no prazo de 3 (três) dias e indicará o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário.
§ 3º O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado.
§ 4º A requerimento do executado, o protesto será cancelado por determinação do juiz, mediante ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de 3 (três) dias, contado da data de protocolo do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação.

consubstanciem dívida. Tal entendimento já vinha, inclusive, se sedimentando na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[1159].

Contudo, hipóteses de convencionamento de não execução, assim como qualquer negócio jurídico processual, somente incidem sobre direitos que admitam autocomposição.

Ademais, se da análise do caso concreto restar configurado que o pacto inviabiliza a efetividade do direito material sob o qual se funda a ação – o que, admite-se, poderá ser bem comum, uma vez que a execução é o meio precípuo para o atingimento da efetividade jurisdicional –, caberá ao magistrado negar-lhe eficácia, na medida em que obstaculize o atingimento ao processo justo.

Igualmente aos pactos de *non petendum*, também se faz necessário estabelecer um prazo de vigência inferior ao da prescrição do título, com vistas a preservar a efetividade do direito material ali contido.

4.2.6 TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela jurisdicional pode ser vista como a atuação da norma pela efetivação da utilidade ao direito material nela consignado. Já a tutela jurisdicional urgente, por sua vez, deve ser entendida como o fim a que almejam as medidas antecipatórias ou cautelares[1160]. Consoante assinala Eduardo de Avelar Lamy[1161]:

> Nesse diapasão, as chamadas "tutelas de urgência" correspondem a uma única tutela de urgência; uma tutela não definitiva, que possui o

[1159] Nesse sentido, assim já entendia o Superior Tribunal de Justiça:
RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, TRANSITADA EM JULGADO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE QUE REPRESENTE OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA LÍQUIDA, CERTA E EXIGÍVEL. 1. O protesto comprova o inadimplemento. Funciona, por isso, como poderoso instrumento a serviço do credor, pois alerta o devedor para cumprir sua obrigação. 2. O protesto é devido sempre que a obrigação estampada no título é líquida, certa e exigível. 3. Sentença condenatória transitada em julgado, é título representativo de dívida – tanto quanto qualquer título de crédito. 4. É possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível. 5. Quem não cumpre espontaneamente a decisão judicial não pode reclamar porque a respectiva sentença foi levada a protesto. (REsp 750.805/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2008, DJe 16/06/2009)

[1160] Não se pretende, no presente estudo, aprofundar a temática e analisar as naturezas das medidas liminares.

[1161] LAMY, Eduardo de Avelar. A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüencias para o escopo de sistematização. **Revista de Processo,** São Paulo, RT v.118, nov. 2004, p. 289-302, p. 290.

> caráter da executividade e da cognição sumária. Aquelas a que se acostumou chamar de tutelas cautelar e antecipatória constituem, na verdade, apenas medidas para a prestação da tutela urgente.

Partindo dessa compreensão, torna-se claro que a negociação processual envolvendo tutela de urgência repercute em negociar a tutela jurisdicional em si, tema que não é novo, visto que já foi objeto de exame no presente estudo, tanto na esfera cognitiva[1162] quanto na esfera executiva[1163].

Nesse esteio, Bruno Garcia Redondo[1164] defende ser possível negócio processual renunciando ao exercício da tutela provisória, seja unilateralmente ou bilateralmente.

Data máxima vênia, lança-se diferente perspectiva sobre a questão. As técnicas processuais integrantes da tutela provisória consistem em mecanismos que possuem enquanto objetivo evitar o perecimento do direito e, por consectário, a inutilização da tutela jurisdicional final[1165]. Assim sendo, negócio que vede o deferimento de tutela provisória atua contra a efetividade do processo, desmerecendo instituto criado com vistas a prestigiá-la.

É imperioso ter em mente que o negócio processual deve ansiar sempre conferir maior efetividade ao processo, sob pena de perder seu intuito legitimador.

Com efeito, permitir o perecimento do direito material sob o qual se funda a ação, parcial ou integralmente, importaria em inutilizar o processo desenvolvido, desperdiçando recursos humanos e financeiros do Estado.

[1162] Pactos de *non petendum*.

[1163] Pactos de *non exequendo*.

[1164] "É lícita, primeiramente, a renúncia (unilateral ou bilateral) à própria tutela provisória, seja ela da evidência ou de urgência (antecipada ou cautelar, antecedente ou incidental). Afinal, nada impede que a(s) parte(s) abra(m) mão de direitos que são a ela(s) assegurados". (GARCIA REDONDO, Bruno. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.244, p. 167-193, jun./2015, p. 189).

[1165] Imperioso discernir, aqui, que distintas são as situações abordadas nos pactos de *non petendo* e *de non exequendo*, visto que neles, diferentemente do que ocorreria em um negócio vedando a concessão de tutela provisória, as convenções não importariam em renúncia ao direito material. Consoante mencionado nos respectivos tópicos, no pacto *de non exequendo* são mantidas outras opções ao credor para valer-se do título executivo e, no pacto de *non petendum*, o lapso temporal necessariamente teria de ser inferior ao lapso prescricional do direito material. Em ambas hipóteses, se a efetividade da tutela jurisdicional restar abalada, ineficaz serão considerados os negócios processuais.

Ademais, se ambas as partes não tiverem interesse no deferimento de liminares, basta que elas não as requeiram, pois referidas questões não são, via de regra[1166], apreciáveis de ofício. Acrescente-se a isso que, ainda que fosse permitida convenção vedando o requerimento de tutela provisória – posição da qual se discorda –, essa teria necessariamente de ser recíproca, sob pena de ferir a isonomia da relação jurídico processual, invalidando a pactuação.

Por fim, dentro do cenário hipotético de se permitir negociação nesse sentido, de salientar que essa frequentemente viria a ser fulminada pela aplicação da teoria da imprevisão, visto que a necessidade das tutelas provisórias advém, muitas vezes, de alterações fáticas inesperadas.

Uma vez delineado o entendimento no sentido contrário à permissão de vedação convencional aos pleitos de tutela provisória, de se analisar qual a margem de negociação possível, uma vez admitida a concessão de liminar.

Não podem também as partes intencionar cercear a adoção de medidas práticas para efetivar a tutela provisória. Explica-se: uma vez rompida a inércia jurisdicional[1167], passa o Estado-juiz a impulsionar o processo, provido de todos os seus poderes e deveres. Dentre eles, destaca-se o poder-dever geral de cautela[1168], a ser exercitado pelo magistrado. Acerca do mencionado instituto, leciona Alexandre Freitas Câmara[1169]:

> O poder geral de cautela é instituto considerado necessário em todos os quadrantes do planeta, e decorre da óbvia impossibilidade de previsão

[1166] Destaque-se, no entanto, a existência de entendimentos doutrinários a ressalvarem exceções, nas quais seria possível a concessão de tutela provisória de ofício para evitar o perecimento do direito material. Daniel Mitidiero entende que referida conduta não ofenderia à regra da inércia da Jurisdição, pois a concessão antecipada envolveria "questões da própria causa, plantadas evidentemente pela parte". (Cf.: MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: volume III. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 49-50). Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, a seu turno, reputam inviável a mencionada concessão de ofício: "Não consideramos possível a concessão *ex officio* da tutela provisória, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei. É o que se extrai de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura na regra da congruência". (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: volume 2. 10. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 593).

[1167] Está-se a abordar, portanto, somente tutelas de urgência incidentais.

[1168] Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

[1169] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume III. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 43.

> abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto. Por tal razão, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas aquelas expressamente previstas pelas leis processuais.

Tal instituto é, em verdade, corolário do preceito constitucional que preconiza a tutela jursidicional adequada[1170], tratando-se de poder-dever do magistrado vinculado, ou seja, situação jurídica não titularizada pelas partes e a respeito da qual não podem elas dispor.

Acredita-se possível, no entanto, convenção processual autorizando o magistrado a conceder a liminar pretendida independentemente de prestação de caução[1171] ou contra-cautela, uma vez que a regra disciplinadora do instituto obstina garantir a parte contra a qual foi deferida a tutela provisória. Assim sendo, encontra-se dentro da órbita de disposição das partes convenção nesse sentido, sendo que a mesma não compromete, via de regra, o direito material sob o qual se funda a lide. No entanto, tal autorização já é concedida ao magistrado pelo próprio ordenamento jurídico, de modo que convenção nesse sentido serviria apenas como argumento de reforço.

Observa-se, ainda, possibilidade de negócio jurídico processual alterando o fenômeno da estabilização da tutela[1172], seja para vedá-lo, dilatar suas hipóteses impugnativas[1173] ou, ainda, modificar-lhe o lapso temporal[1174].

[1170] Inciso XXXV do artigo 5º da CRFB.

[1171] § 1º do art. 300 do CPC/2015: § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

[1172] De se mencionar, nesse aspecto, a existência de entendimento a considerar o instituto, em si, um negócio processual típico, ao passo em que apenas se perfectibiliza mediante a união de vontades de autor e réu – autor em não aditar a inicial realizando pedido principal e réu, em não apresentar impugnação. Para melhor elucidação da temática, conferir: SAMPAIO JUNIOR, José Herval. **A estabilização prevista no Novo CPC como um negócio jurídico processual qualificado**. Disponível em: http://portalprocessual.com/a-estabilizacao-prevista-no-novo-cpc-como-um-negocio-juridico-processual-qualificado/ Acesso em: 13/12/2016.

[1173] Daniel Franciso Mitidiero acredita que, independentemente de convenção processual, a contestação do réu deve ser compreendida enquanto impugnação suficiente à evitar a estabilização da tutela. Cf.: MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da Antecipação da Tutela no Novo Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 63, p. 24-28, nov/2014, p. 26.

[1174] "Tampouco há impedimento para a celebração de negócio processual destinado a modificar o regime da tutela antecedente. No caso da tutela antecipada, podem as partes alterar o regime de estabilização, e.g., convencionando no sentido do descabimento integral da estabilização,

Nesse aspecto, de se pontuar as controvérsias a envolverem o instituto. Parcela doutrinária defende que, nos moldes em que consignada na redação do Código de Processo Civil de 2015, a estabilização da tutela está inquinada pela inconstitucionalidade, na medida em que viola o contraditório ao obrigar o réu a proceder à interposição recursal, a qual é ônus, não obrigação processual inerente ao exercício do direito de defesa. Ademais, o direito de ação implica direito à obtenção de uma tutela definitiva, a qual, através da estabilização da tutela, jamais será alcançada[1175].

Tais restrições a direitos processuais fundamentais redundam, por consectário, em violação à tutela justa, de modo que o instituto esbarra em um sólido limite, aplicado, inclusive, enquanto critério para aferição da inviabilidade de negociação processual, nesse presente estudo.

Acerca da temática, assinala Daniel Mitidiero:

> Sendo a obtenção de uma decisão justa uma das finalidades do processo civil no Estado Constitucional, o que remete para a necessidade de construirmos procedimentos orientados à sua

---

apesar da inexistência de impugnação pelo réu. É possível, ainda, convenção para indicar as espécies de atos de resistência (apenas o agravo de instrumento, somente a contestação, exclusão da reconvenção, etc.) que são capazes de impedir a formação da estabilidade. Cabe, também, negócio processual destinado a alterar a técnica da modificação da tutela antecedente estabilizada. Podem as partes convencionar, por exemplo, no sentido da renúncia ao direito de propor demanda autônoma de modificação (§§2º, 3º, 5º e 6º), a fim de que a coisa julgada material se forme já de imediato, assim que extinto o processo com base no art. 304, §1º. Também é possível negócio processual destinado a alterar o prazo de 02 anos para a propositura da ação de modificação da tutela estabilizada, seja para reduzi-lo, seja para ampliá-lo (caso em que o novo prazo, convencionado, não poderá ultrapassar o limite máximo, previsto na lei material, para a prescrição ou a decadência do direito debatido em juízo)". (GARCIA REDONDO, Bruno. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.244, p. 167-193, jun./2015, p. 190-191).

[1175] "(...) defende-se, aqui, que a leitura literal do dispositivo e, consequentemente, a utilização exclusiva do agravo de instrumento como meio processual próprio a afastar a estabilização, acarretaria a inconstitucionalidade do art. 304 do NCPC. Como visto acima, o autor tem o direito constitucional de buscar no Judiciário a resposta definitiva à sua pretensão. Do mesmodireito que cabe ao autor, em ver definitivamente resolvida a questão posta em juízo, pode usufruir também o réu. Em outras palavras, detém o requerido o direito de ver acertada juridicamente a crise de direito material instaurada de forma definitiva. Por isso, depender da interposição dee um recurso para o exercício de um direito constitucional parece indevido, eivando de inconstitucionalidade a leitura literal da expressão 'respectivo recurso' do art. 304 se entendida exclusivamente como o agravo de instrumento. Recurso é ônus e não obrigação processual com vistas ao exercício do direito de defesa; não há interpretação do devido processo legal que suporte a interpretação literal do dispositivo". (LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.260, p. 105-129, out./2016, p. 114-115).

> busca, parece-nos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova ínsita à sumarização procedimental e material da ação antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa – e, pois, desmente uma das razões de ser da necessidade de um processo justo. A eficácia bloqueadora do direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem exaurimento da cognição[1176].

Muito embora se compreenda pela inconstitucionalidade do instituto, o manejo do negócio processual pode auxiliar a afastar as circunstâncias controversas da estabilização da tutela, ou até mesmo a sua incidência por completo.

Podem as partes, por exemplo, pactuar que impugnação do réu, de qualquer natureza, é plenamente apta a obstar a estabilização da tutela antecipada requerida de forma antecedente. Igualmente, podem consignar diferentes prazos para que o fenômeno se implemente.

Em se tratando da técnica de estabilização da tutela, não se teme pelo comprometimento do direito material em razão de alterações convencionadas em seu procedimento. Em verdade, o que se observa é que muitos operadores jurídicos pensam ser temerário o instituto em si, de modo a emergir o negócio jurídico processual como alternativa a evita-lo e conferir maior segurança aos litigantes de que uma tutela sumária não se estabilizará contra suas vontades.

4.2.7 DISPENSA DOS DEVERES INERENTES À LITIGÂNCIA DE BOA-FÉ E COLABORATIVA

Consoante se sabe, os deveres inerentes à litigância proba e de boa-fé consistem em matéria de ordem pública, cujo exame de negociabilidade já foi examinado em tópico próprio.

A litigância de boa-fé encaixa-se na definição de matéria de ordem pública insuprimível, partícipe de um núcleo rígido necessário para o desenvolvimento de uma tutela justa. Isso porque de difícil execução seria a pretensão de alcançar uma tutela justa se os próprios

[1176] MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da Antecipação da Tutela no Novo Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 63, p. 24-28, nov/2014, p. 28.

sujeitos do processo estivessem permitidos a agir de modo injusto na relação jurídica processual. Igual conotação deverá ser empregada aos deveres de cooperação das partes dirigidos ao magistrado[1177].

A este respeito, Julio Guilherme Müller[1178] acentua:

> Os deveres das partes, como os da cooperação, da boa-fé e aqueles constantes dos artigos 77 e 78 do CPC, não podem ser afastados por negócio processual. A cooperação e a boa-fé que autorizam as partes a convencionar sobre situações processuais não pode servir de fundamento justamente para afastar estes próprios deveres, relacionados a um verdadeiro modelo ético e de conduta de probidade que se espera em um processo que serve como meio de atuação estatal. O afastamento dos deveres implicaria em nulidade por ilicitude do objeto.

Qualquer negociação pretendendo envolver insumos que comprometam o principal escopo da tutela jurisdicional carecerá de validade e, por consectário, deverá ser tido por nulo, observado o evidente prejuízo que a pactuação traz.

4.2.8 AMPLIAÇÃO DAS CONDUTAS DE MÁ-FÉ OU ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

Já no que concerne à possibilidade de ampliação do rol das condutas reputadas como má-fé e atos atentatórios à dignidade da Justiça, previstos nos artigos 80 e 774[1179] do Código de Processo Civil, interessante parece a proposta, a depender, obviamente, de seu conteúdo.

[1177] Enunciado 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação".

[1178] MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 115.

[1179] Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:
I - frauda a execução;
II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;
III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;
IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

Essa análise meritual torna-se imperativa em razão de a má-fé consistir em um valor e as condutas elencadas enquanto atos atentatórios à Justiça possuírem um caráter deôntico. Assim sendo, para que uma convenção logre êxito em incluir novas hipóteses caracterizadoras de má-fé, é imprenscindível que essas revelem o mesmo potencial lesivo das já elencadas pelo legislador, aumentando, portanto, a proteção do bom desenvolvimento da Jurisdição.

Poder-se-ia argumentar que o rol elaborado pelo legislador é taxativo[1180], não comportando ampliação por convenção entre as partes, ou, ainda, que se trata de matéria dotada de reserva legal. Contudo, quotidianamente observa-se tipificação jurisprudencial[1181] a imputar má-fé a condutas não expressamente designadas por lei como tal, até mesmo porque algumas das hipóteses objetivas para a caracterização da má-fé revelam-se através de redações com textura aberta, a exemplo dos incisos III e V do artigo 80 do Código de Processo Civil.

Nesse esteio, Fredie Didier Junior[1182] assinala que: "As consequências normativas para o desrespeito ao princípio da boa-fé não precisam ser típicas: pode-se construir o efeito jurídico mais adequado ao caso concreto".

Com efeito, de acordo com determinados contextos, a má-fé pode se manifestar através de diferentes condutas e, justamente por se tratar

---

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

[1180] Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
II - alterar a verdade dos fatos;
III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
VI - provocar incidente manifestamente infundado;
VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

[1181] O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já compreendeu que a chamada "nulidade de algibeira" caracterizava conduta de má-fé:
AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO DO ART. 18, § 2º, DO CPC. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO E DOS PREJUÍZOS. NULIDADE DE INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. LIMITES DA LIDE. COISA JULGADA. ART. 610 DO CPC. (...) 3. Sem que haja prejuízo processual, não há nulidade na intimação realizada em nome de advogado que recebeu poderes apenas como estagiário. Deficiência na intimação não pode ser guardada como nulidade de algibeira, a ser utilizada quando interessar à parte supostamente prejudicada. (REsp 756.885/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 17/09/2007).

[1182] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 82.

de uma matéria de ordem pública, válido é todo mecanismo tentado no anseio de desestimulá-la[1183].

Ao discorrer acerca da taxatividade do rol de condutas a imputarem litigância de má-fé, Héllio do Vale Pereira[1184] enfatiza a necessidade da presença de um elemento não mencionado em nenhuma das hipóteses legais, de ordem subjetiva:

> Em todas essas hipóteses, exige-se mais do que a situação objetivamente descrita em lei. Está sempre subjacente à conduta recriminada um propósito obscuro, uma ofensa à boa-fé objetiva. Não há necessidade de dolo, de conduta voltada obstinadamente a prejudicar o outro litigante. Mas é necessária, no mínimo, a leviandade, a inconsideração. Em outros termos, exige-se pelo menos a culpa grave, que engloba o erro grosseiro (Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, v. I, p. 172). Em outras palavras, deve ter sido ultrapassado "o limite da razoabilidade" (Ernane Fidélis dos Santos, Manual de Direito Processual Civil, v. I, p. 111), atentando-se que "não se anuiu em ser indiferente ao elemento subjetivo" (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, v. I, p. 360).

Logo, percebe-se margem para criação de novas hipóteses, uma vez que se observe esse ânimo leviano considerado pelo doutrinador.

Ademais, ainda que se compreenda que, em decorrência de sua natureza, referida matéria apenas comporte regulamentação através da via legislativa, lícito o estabelecimento de cláusula penal no bojo da pactuação, a incidir em caso de descumprimento de alguma das regras previamente estabelecidas de comum acordo, fazendo as vezes de multa por litigância de má-fé[1185].

[1183] Também pela viabilidade do instituto, confira-se: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 116.

[1184] PEREIRA, Hélio do Valle**. Manual de direito processual civil**: roteiros de aula - processo de conhecimento. 2. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 152/153.

[1185] Cf.: YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 73.

Conclui-se, portanto, que os deveres de litigância de boa-fé e proba são titularizados pelas partes, de modo que a legitimação negocial se encontra aferida. Outrossim, a ampliação dos mencionados deveres só tem a agregar ao processo definido como justo, bem como à efetividade da tutela jurisdicional, razões pelas quais não se denota embaraços à prática negocial examinada.

4.2.9 CRIAÇÃO DE RECURSOS OU HIPÓTESES DE CABIMENTO

A criação de recursos ou das hipóteses de seu cabimento consiste, insofismavelmente, em matéria de reserva legal, consoante disciplinado no inciso I do artigo 22 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Consoante se sabe, o princípio da taxatividade dos recursos preconiza que somente serão considerados como tais aqueles que assim indicados pela lei[1186]. O Estado tem por dever prestar tutela jurisdicional justa, não permitindo que a relação jurídica processual se prolongue indefinidamente, visto que isso dificultaria a obtenção de segurança jurídica e de estabilidade nas relações.

Com efeito:

> Tratando-se de matéria de reserva legal, portanto, não há como se cogitar a possibilidade de negociação processual em torno dela. Assim, pode-se afirmar que a criação de nova modalidade de recurso por meio de negócio jurídico afigura-se ilícita, já que violaria o princípio da taxatividade, esvaziando a razão de serem limitados os meios de impugnação de uma decisão no mesmo processo[1187].

Júlia Lipiani e Marília Siqueira[1188] apontam, ainda, que a prática criativa de recursos ofenderia, em última análise, a distribuição de

---

[1186] "Os recursos, por exemplo, sujeitam-se à taxatividade legal. Apenas são recursos aqueles previstos em lei. Logo, não é possível um negócio processual que crie recurso". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 60).

[1187] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 456.

[1188] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 457.

competências, na medida em que a mencionada negociação versaria sobre competência funcional, a qual é absoluta.

Assim sendo, impossível a criação de novos mecanismos processuais intencionando a revisão ou análise de decisões judiciais por outros órgãos além dos já previamente catalogados na legislação processual[1189]. Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr. [1190] compartilham do entendimento da inviabilidade de pactuações pretendendo o mencionado fim.

Antonio do Passo Cabral[1191] enfatiza que não apenas recursos não podem ser criados por convenção entre as partes, como também obstada está a possibilidade de essas criarem novas hipóteses para o cabimento dos já existentes.

O seu contrário, no entanto, já foi demonstrado. Isto é: a possibilidade de as partes convencionarem a dispensa a recursos, conformando-se com a decisão de 1º Grau de Jurisdição.

Questiona-se, ainda, acerca da possibilidade de convenções alterando os requisitos de admissibilidade recursal[1192], cujo desrespeito consiste em uma infração de forma a gerar a consequência do não conhecimento do recurso, visto que o juízo de admissibilidade se opera no plano da validade.

O critério para se observar a viabilidade, ou não, de convenções processuais versando sobre requisitos de admissibilidade recursal repousa sobre a aferição de a quem prejudica – visto que não se decreta nulidade sem prejuízo –, bem como quem titulariza as situações

---

[1189] Cf.: DIDIER JR., Fredie. Art. 190 In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 300.

[1190] "No sistema brasileiro, não é possível que as partes criem recurso não previsto em lei, nem ampliem as hipóteses recursais. Não há, enfim, recurso por mera deliberação das partes, de modo que é tido como ineficaz, devendo ser desconsiderado, eventual negócio jurídico ou cláusula contratual que crie recurso não previsto em lei para impugnar determinado pronunciamento judicial". (CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.242, p. 273-282, abr./2015, p. 275).

[1191] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 316.

[1192] Conforme classificação de José Carlos Barbosa Moreira, os requisitos de admissibilidade recursal dividem-se em intrínsecos (relativos à própria existência do direito de recorrer) – cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato impeditivo -; e extrínsecos (atinentes a forma de exercer o direito ao recurso) – tempestividade, regularidade formal e preparo. (Cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil** (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), v. 05, 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 263).

envolvidas – na medida em que é lícito dispor via negócio jurídico processual somente de situações próprias[1193].

Veja-se que, em se tratando de inadmissibilidade recursal, o prejuízo de uma parte importa, necessariamente, em situação de vantagem para a outra – recorrida –, de modo que não se acredita que os litigantes se sentirão atraídos por convenções da espécie. Nada obstante, partindo do exame estrito da possibilidade, sem considerar a pertinência do negócio, de se concluir que, se inexistir situação titularizada pelo Estado-juiz a ser prejudicada, viável é a pactuação.

Júlia Lipiani e Marília Siqueira[1194], ao examinarem todos os requisitos de admissibilidade recursal, atingiram as seguintes conclusões:

> (...) conclui-se que se encontra na esfera de disposição das partes os negócios: sobre a existência de fato impeditivo do direito de recorrer; para conferir legitimidade extraordinária para um terceiro interpor recurso, em nome próprio, na defesa dos interesses da parte; para possibilitar ao assistente simples que interponha recurso, em nome próprio, na defesa dos interesses do assistido (e, consequentemente, dos seus próprios interesses), quando este não o fizer; para ampliar ou reduzir os prazos de interposição de recursos e manifestação a ele correspondente; sobre a criação de novos requisitos de forma sem os quais seria inadmissível o recurso; para determinar a quem caberá, ao final do processo, suportar o valor do preparo. Por outro lado, não podem as partes negociar sobre o cabimento dos recursos; suprimir a necessidade de existência de interesse recursal, pois a sua dispensa esvazia o fundamento que sustenta continuidade da prestação jurisdicional e os custos dela

[1193] "Dessa forma, se a análise do prejuízo, na regra geral, for um prejuízo da parte, entende-se que a ela será dado dispor do requisito, por entender, previamente, que, naquele caso, não haverá efetivo prejuízo para ela ou que, por questões políticas e econômicas, é a ela mais favorável abrir mão da situação de vantagem, que lhe era legalmente conferida, de ver invalidado um ato que lhe causaria um prejuízo". (LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 458).

[1194] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 475-476.

> decorrentes; suprimir o requisito da tempestividade; retirar a necessidade de verificação das formalidades do recurso previstas em lei; dispensar o recolhimento, momento da comprovação, forma de pagamento ou redução do valor do preparo.

Com efeito, alguns dos institutos convencionáveis podem apresentar rico potencial de exploração, a exemplo da criação de novos requisitos a integrarem a regularidade formal. As partes poderiam convencionar, por exemplo, que a apelação apenas seria admissível mediante formulação de pedido para encaminhamento ao núcleo de conciliação; ou, ainda, se respeitasse um número máximo de páginas[1195].

Alterações como as exemplificadas em muito podem contribuir para a efetividade da tutela jurisdicional, sem representar, aprioristicamente, um óbice ao processo justo.

De se mencionar, contudo, que a viabilidade dessas hipóteses pode se revelar negativa no exame do caso concreto. Se as partes convencionarem a ampliação do prazo para interposição do recurso em, por exemplo, um ano, estarão flagrantemente violando o princípio da celeridade e, por consectário, indo de encontro à efetividade da tutela jurisdicional – a tutela justa.

Igualmente, se convencionarem a redução do mesmo prazo para 5 horas, estarão inviabilizando o contraditório e a ampla defesa, de modo a também ferir a tutela justa. Inescapavelemente, análises dessa natureza ficarão entregues à discricionariedade do magistrado.

4.2.10 CRIAÇÃO DE HIPÓTESES DE CABIMENTO PARA AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória, igualmente, retrata uma matéria taxativamente reservada à lei, sendo absolutamente vedada a criação de novas hipóteses para sua proposição. Sendo matéria de reserva legal exsurge, portanto, ausência de legitimidade negocial para as partes, na medida em que a situação não é por si titularizada.

Os argumentos a justificarem essa proibição são, em verdade, os mesmos a sustentarem a vedação de criação de recursos ou hipóteses de

---

[1195] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 464.

cabimento, na medida em que aqui, assim como lá, o que se busca assegurar é a estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica.

Permitir o ajuizamento de ações rescisórias de acordo com supostos negociados pelas partes importaria em admitir que a lide se prolongasse indefinidamente, contrariando o escopo fundamental da jurisdição: pacificação social.

Há interesse público em restringir a apenas algumas circunstâncias, cuidadosamente pensadas pelo legislador, a rediscussão de uma lide que já transitou em julgado.

Outrossim, os recursos públicos, consoante se sabe, são excassos, não sendo racional que eles sejam despendidos com o processamento de um mesmo litígio, cujo equacionamento já foi realizado.

Por fim, de se anotar que maiores discussões acerca da temática são desprovidas de necessidade, na medida em que não se localizou orientação doutrinária alguma a considerar viável o instituto.

4.2.11 CRIAÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS

De se pensar, ainda, a possibilidade de criação negociada de título dotado de executividade, isso é, dilatação do rol de incisos elencados pelo artigo 784[1196] do Código de Processo Civil.

Antonio do Passo Cabral[1197], nesse sentido, sustenta não haver óbice normativo para que referida pactuação ocorra, ilustrando, ainda,

---

[1196] Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:
I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;
III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;
IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;
V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;
VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte;
VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio;
VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;
IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;
XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;
XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

ser pratica reiterada em outros ordenamentos jurídicos a adoção de cláusulas de exequibilidade em documentos, a dispensar a necessidade de assinatura de duas testemunhas para perfectibilizar um contrato.

Sustenta o autor que "a lógica de que não haverá execução sem título (*nulla executio sine titolo*, forte no art. 783 do CPC/2015) nada diz respeito da proveniência deste título, se de fonte legal ou negocial"[1198].

Ocorre, contudo, que o artigo 784, em seu inciso XII, expressamente consigna a possibilidade de criação de novos títulos mediante disposição expressa de lei a atribuir força executiva. Assim sendo, com a devida vênia, discorda-se do mencionado autor no que concerne ao ponto, concluindo-se pela impossibilidade de dilatação negocial dos títulos executivos extrajudiciais, em razão da existência de reserva legal condicionando a matéria.

A convenção esbarra, portanto, no critério da legitimidade negocial, vez que reservada sua regulamentação à lei.

4.2.12 ONERAÇÃO DE CUSTAS

Negócios processuais envolvendo prévia repartição – ou, ainda, atribuição exclusiva[1199] – de custas processuais[1200] entre as partes consistem na mais enfática exemplificação da possibilidade de verdadeiros contratos processuais – considerando-se a acepção do termo que exija valor pecuniário envolvido.

Ressalvadas eventualidades de "manifesta situação de vulnerabilidade" ou "inserção abusiva", não se verifica, a *priori*, que a prática poderia encontrar qualquer óbice de natureza constitucional ou, até mesmo, infra-constitucional.

[1197] Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 316.

[1198] CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317.

[1199] Contudo, "se os acordos transferirem integralmente os custos do processo a uma das partes, podem acabar por reduzir o acesso à justiça e a ampla defesa a nada por importarem em um fardo financeiro tão grande que pode dissuadir o aderente a postular seus direitos na justiça estatal. Isso é especialmente sensível em contratos de adesão ou em matéria trabalhista e consumerista, em que frequentemente um dos polos da negociação apresenta um hipossuficiente econômico". (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 337).

[1200] Paulo Mendes de Oliveira defende sua viabilidade. Cf.: OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 433.

Em verdade, ela valida o raciocínio antes esposado acerca da imprescindibilidade da igualdade material. Veja-se: se em um contrato envolvendo duas empresas, uma de vultuoso porte, e outra de porte diminuto, estabelecesse que a primeira arcará com a integralidade das custas processuais resultantes de eventual e futuro litígio, não se tem, em absoluto, qualquer violação à paridade de armas, na medida em que referido negócio não importará em vulnerabilidade da pessoa jurídica abastada. O que essa gastará com as custas não representa uma cifra considerável quando tomado em conta o seu orçamento; fator a diferenciá-la da empresa de inferior porte econômico, para quem o pagamento das custas poderia representar um ônus demasiado.

Contudo, a depender da contraprestação que se pretenda negociar em troca dessa oneração exclusiva, referido negócio poderá vir a ser maculado, se atingir o núcleo indispensável de garantias processuais ou, ainda, vir a colocar a parte adversa em "manifesta situação de vulnerabilidade".

Citando exemplo fornecido por Antonio do Passo Cabral[1201], uma convenção processual que intencione elevar as custas iniciais de uma demanda a um patamar apto a inviabilizar a propositura da exordial, importaria em flagrante obstáculo ao acesso à Justiça, revelando-se, portanto, inválida.

Novamente, a análise casuística virá a nortear o exame do caso concreto, restando a incumbência dessa ao magistrado.

4.2.13 ÔNUS DE AFIRMAÇÃO FÁTICA

Discute-se acerca da possibilidade de convenção transmitindo o ônus de narrar os fatos a terceiro, isto é, dispensar as atividades desenvolvidas em exordial e contestação como aptas a informar suas versões dos fatos ao Juízo, vindo ambas as partes a escolherem um terceiro para desenvolver a função.

O intuito de buscar um denominador comum para realizar a atividade descritiva consiste em conferir objetividade à narrativa fática. Assim, por exemplo, em causa envolvendo um acidente de trânsito, pedestre ou guarda de trânsito que houvesse presenciado o sinistro ficaria responsável em informar o juízo da sequência fática.

Outro exemplo: em contrato de seguro, seguradora e segurado previamente convencionam que, em caso de sinistro, uma empresa

[1201] Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 337.

determinada realizará laudo técnico, o qual informará ao magistrado a descrição dos fatos.

É necessário ter em mente, contudo, que a delegação a terceiro se restringe apenas à seara fática. A esse não é autorizado a formação de um juízo de valor, tampouco de análise jurídica, a qual restará incumbida ao magistrado. Assim, no exemplo da convenção entre seguradoras, o laudo técnico não apresentaria ao magistrado suas conclusões técnicas acerca do acidente – quem o causou –, mas meramente a descrição de como o acidente se deu.

Em que pese essa distinção exista, insofismável reconhecer que os limites são tênues. A linguagem dificilmente consegue se manter puramente objetiva, isto é, sem transmitir implicitamente juízos de valor involuntariamente formados.

Ainda que consiga, há um segundo obstáculo a ser superado. Em inúmeras ocasiões, perceber-se-á que a versão fática apresentada por esse terceiro consistirá, em verdade, em uma prova, previamente ou incidentalmente, valorada acima das demais.

Veja-se: no exemplo do acidente de trânsito, o terceiro cuja narrativa será creditada como verdade objetiva nada mais seria, em condições normais, que uma testemunha ocular do evento danoso. Igualmente, se pensado em ações de guarda de menor em que tomado o depoimento de babá da criança como fornecedora judicial do enredo fático em que essa se encontra inserida, tem-se, novamente, uma antecipação de prova testemunhal.

A antecipação da prova, em si, não consiste em um óbice, mas sim em verdadeira vantagem, na medida em que desistimulará o ingresso judicial em causas em que anunciada pelo terceiro livremente escolhido uma versão fática que flagrantemente beneficie uma das partes. Em determinadas causas em que a munição fática revela-se deveras determinante ao equacionamento jurídico do feito – como no exemplo de acidentes de trânsito –, essa prévia fulminará antecipadamente as intenções judiciais de um dos litigantes, favorecendo a realização de acordo acerca da situação litigiosa.

Teria-se, portanto, fenômeno semelhante ao observado no direito inglês denominado *disclosure*[1202], no qual, anteriormente ao ingresso judicial, as partes revelam-se reciprocamente quais as provas titularizam em desfavor da parte adversa, de modo a avaliarem quais suas reais chances de sucesso na eventualidade de ser proposta a demanda.

[1202] Acerca do instituto e da possibilidade de sua convencionalização falar-se-á no tópico seguinte.

Em contrapartida ao aspecto vantajoso do desencorajamento na propositura de demandas fadas ao insucesso, tem-se que a convencionalização de uma fonte afirmativa tomada enquanto fornecedora da verdade absoluta para a descrição fática de determinado caso estaria a contrariar o sistema probatório vigente, no qual inexiste valoração estática das provas, isto é, uma prévia definição de qual prova prepondera sobre as demais.

Permitir tal convencionalização interferiria sobremaneira no convencimento motivado do magistrado[1203], na medida em que o vincularia a taxar enquanto verdadeira uma prova, independentemente de sua convicção. Consoante já anteriormente analisado, as convenções envolvendo situações processuais devem se ater a ônus, poderes, deveres e faculdades dos pactuantes, não podendo, portanto, comprometer poder-dever do magistrado – na espécie, o de julgar pautado no ordenamento jurídico e conforme sua convicção.

Poder-se-ia argumentar, contudo, que a delegação do ônus de afirmar não vincularia a formação da convicção do magistrado, devendo o terceiro ao qual esse foi delegado ser tomado enquanto mero transmissor de fatos, sem conotação probatória. Assim, se o acervo probatório contrariasse o por ele afirmado, estaria o juiz livre para adotar diversa ordenação fática, contrária à informada pelo terceiro detentor do ônus de afirmar, assim como o está a creditar versão fática distinta das informadas por autor e réu, no procedimento tradicional.

Nestes termos a adoção de convenção nesse sentido parece possível, contudo, de se indagar seu valor estratégico para as partes, na medida em que estariam a abdicar de uma prova a ser valorada no equacionamento da lide.

É bem verdade que a adoção de mencionada convenção atrai, assim como toda restrição cognitiva, simplicidade para o processo, fomentando objetividade em detrimento de troca de farpas entre autor e réu.

Por outro lado, reduz-se consideravelmente a riqueza informacional gerada pelos contrapontos elencados por autor e réu ao realizarem suas atividades de delimitação fática.

Contudo, nada obsta a tomada de depoimento das partes, se assim o juiz entender pertinente, em exercício de seu próprio direito de produção de provas, sem, portanto, invalidar a convenção das partes.

[1203] Art. 370 do CPC/2015: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Por fim, de se mencionar, ainda, a possibilidade de frustração da convenção, caso, por exemplo, seja essa delegada a laudo técnico a ser produzido, o qual, por sua vez, seja inconclusivo mesmo na colheita das premissas fáticas – ou, ainda, a testemunha ocular eleita para narrar os fatos que posteriormente descubra-se daltônica ou com outra dificuldade visual a lhe desacreditar a narrativa.

Contudo, essas são questões referentes a eficácia da convenção, e não a sua validade propriamente dita. Portanto, conclui-se que, uma vez que a atividade desenvolvida pelo terceiro seja tão somente de descrever uma versão fática, a qual não vincula a formação da convicção do magistrado, visto que não recebida enquanto prova, possível é a convencionalização do ônus de afirmar, visto se tratar de ônus titularizado pelas próprias partes.

Ademais, aprioristicamente, a convenção não abala a igualdade material, se ambas as partes desconhecerem a versão que será apresentada pelo terceiro, bem como não importa em constrangimento de qualquer das garantias formativas do processo justo. Ao contrário, fomenta a efetividade da tutela jurisdicional na medida em que confere maior objetividade à descrição fática, imprimindo, com isso, celeridade ao desenrolar da tramitação.

4.2.14 CONVENÇÃO SOBRE *DISCLOSURE*

Mais interessante que a controvertida convenção acerca da delegação do ônus de afirmar os fatos, parece ser a convenção que estipule a obrigatoriedade de etapa pré-processual conhecida como *disclosure*, a qual consiste em uma prática pré-litígio inglesa que permite – e por muito tempo exigiu – às partes potenciais divulgarem reciprocamente a lista de documentos que exibirão judicialmente na eventualidade de efetivamente instaurarem a ação, bem como permite a inspeção desses documentos pela outra parte.

É um instituto processual que garante igualdade de acesso às informações, facilita a realização de acordos, evita o "julgamento por emboscada" (quando uma das partes não está em condições de responder adequadamente a uma revelação surpresa na audiência final) e, por fim, auxilia o tribunal a conhecer detalhes precisos a respeito dos fatos, quando for o momento de julgar o mérito.

Neil Andrews[1204] destaca que as informações prestadas na *disclosure* ainda não são provas, pois só se tornam provas quando evocadas por uma das partes para efeito de um processo judicial. Explica o autor:

> A *disclosure* dos documentos inclui: documentos sobre os quais se baseará a parte A; ou que afetam negativamente a parte A; ou que afetam negativamente a parte B; ou que apóiem a parte B; ou quaisquer outros documentos em que a parte A é obrigada a revelar uma informação relevante. Para esse efeito, "documento" é "aquilo em que as informações de qualquer natureza estejam registradas", incluindo fontes que não sejam documentos escritos em papel, como, por exemplo, a informação eletrônica.

Ao destinatário das informações divulgadas no âmbito jurídico é expressamente vedado que as divulgue a estranhos, comportando, entretanto, algumas exceções:

> Assim, o chamado "compromisso implícito" prevê que "a parte detentora das informações use o documento somente para efeitos do processo em que esta é divulgada, exceto (a) quando o documento foi lido pelo tribunal, ou referido pelo mesmo, em uma audiência que tenha sido realizada em público; ou (b) quando o tribunal conceder permissão; ou (c) quando a parte que revela o documento ou a pessoa a quem o documento pertence estiver de acordo"[1205].

A convencionalização em contrato de etapa pré-judicial em que as partes reciprocamente revelarão os documentos e demais evidências que possuam e que levarão a juízo em eventual demanda demonstra-se não apenas possível, como incentivável, na medida em que estimula a

---

[1204] ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 57-58.

[1205] ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

realização de acordos frente à previsibilidade do resultado final que fornece.

Não se observa qualquer obstáculo de índole constitucional ou infralegal, uma vez que a convenção tenha sido firmada em livre manifestação de vontade das partes[1206].

Não afronta a inafastabilidade do Poder Judiciário[1207] na medida em que as partes poderão ingressar perante ele, apenas tendo de efetuar essa etapa pré-processual antes. Caso alguma das partes venha a inadimplir com a convenção, poderá o magistrado, verificando sua existência, determinar que seja ela cumprida, conferindo-a eficácia. Outro mecanismo a evitar seu inadimplemento consiste no estabelecimento de cláusula penal para seu descumprimento.

Contudo, acredita-se que convenção de tal natureza seja tão benéfica a ambas as partes que sequer interesse em frustrá-la haverá por parte dos potenciais litigantes, visto que, independentemente do polo ocupado, é mais vantajoso conhecer o arsenal probatório da parte adversa e demonstrar o seu antes de instaurada a relação jurídica processual, podendo-se, ainda que o conjunto probatório revele seu decaimento em relação ao direito da outra parte, compor acordo com significativa redução dos custos que a relação processual acarretaria, sem falar na otimização de tempo.

Assim, tem-se que a mencionada convenção não é apenas possível, como frutífera ao sistema – na medida em que poderá reduzir significativamente o número de litígios instaurados fadados ao insucesso –, como das próprias partes – que resolverão seus conflitos de direito material com considerável celeridade.

4.2.15 DISPENSA RECÍPROCA DE INTIMAÇÕES

O tema não é dos mais espinhosos e não gera tanta curiosidade quanto outros aspectos antes abordados, nada obstante, revela um potencial otimizador de celeridade processual desconhecido por muitos.

[1206] Pela viabilidade do instituto, veja-se, também: MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 116; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

[1207] Nesse aspecto de se anotar que, se nem a instalação da arbitragem afasta, que o dirá mera convenção postergando a instauração da relação processual perante o Estado em razão de etapa de transparência probatória.

Estudos[1208] apontam que cerca de 60% (sessenta por cento) do tempo despendido no decurso do processo é destinado à realização de intimações das partes. Em tempos em que a celeridade desponta no cenário jurídico nacional como artigo de luxo, ambicionada por muitos e alçada, inclusive, a ditame constitucional – duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVII da CRFB) –, possibilitar às partes o manuseio de tal recurso representa um salto qualitativo na prestação da tutela jurisdicional, na medida em que, consoante já alertava Rui Barbosa: "Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada".

Assim, mediante convencionamento prévio ou incidental, as partes podem dispensar reciprocamente a necessidade de intimação acerca dos atos processuais, comprometendo-se a acompanhar o processo e iniciando-se automaticamente a contagem dos prazos legais ou convencionais no dia útil posterior ao da publicação do ato.

4.2.16 DISPENSABILIDADE DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA – EXCETO QUANDO PREVISTA EM LEI

A capacidade postulatória não integra o conjunto dos poderes, faculdades, deveres ou ônus das partes, de modo que não podem elas dela abdicar. Mencionado negócio esbarra, portanto, na legitimidade negocial.

Assim, negócio jurídico processual não pode, em absoluto, afastar a capacidade postulatória – exceto se tal requisito já houver sido afastado por lei[1209].

Por fim, cumpre mencionar a existência de entendimento acerca da viabilidade de pactos de inexigibilidade de honorários sucumbenciais[1210]. Contudo, acredita-se que, por envolver situação jurídica não titularizada pelas partes, esses devem contar com o respaldo dos causídicos envolvidos. Flávio Luiz Yarsehll, nesse sentido:

> Ainda quanto ao advogado, eventuais disposições no negócio processual sobre a destinação dos honorários fixados em juízo e, portanto, cabentes

[1208] YARSHELL, Flávio Luiz. Aulas da disciplina "Os impactos do processo civil nos contratos e nas sociedades empresariais. Uma abordagem interdisciplinar da ordem jurídica do mercado" ministradas no PPGD/USP.

[1209] Cf: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 271

[1210] Cf.: OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 433.

> aos advogados (Lei n. 8906/94, art. 24 § 4º), são ineficazes e inoponíveis perante os causídicos, salvo se eles expressamente tiverem comparecido ao ato anuído[1211].

Assim, mencionadas pactuações, via de regra, envolverão necessariamente a figura dos causídicos, passando a configurar negócios plurilaterais, os quais escapam ao recorte da presente pesquisa.

4.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES SUBJETIVOS AO NEGÓCIO PROCESSUAL

Após realizar uma análise bibliográfica do negócio processual, através da qual buscava-se responder à indagação acerca de quais objetos seriam passíveis de negociação, agora questiona-se quem está apto a negociar.

A resposta, *a priori*, é simples. Aqueles dotados de capacidade processual – consoante, inclusive, já delineado em tópico próprio a examinar os requisitos de validade da pactuação.

Contudo, a resposta simples não satisfaz a indagação subjetiva quando a questão dirigi-se a pessoas jurídicas tais quais a Fazenda Pública e o Ministério Público, entes envolvidos em uma série de peculiaridades decorrentes de sua natureza pública.

Assim sendo, esses limites de ordem subjetiva passarão a ser analisados detidamente em tópicos apartados, na sequência, nada obstante não se tenha pretensão de exaurimento.

4.3.1 Fazenda pública

Durante longo intervalo temporal compreendeu-se doutrinariamente que os entes públicos eram inabilitados a transacionar, atuar negocialmente ou convencionar arbitragem, em observância à supremacia do interesse público, o qual, por sua vez, é caracterizado por sua indisponibilidade.

Com efeito, o interesse público é, de fato, indisponível – tanto é que em diversas oportunidades atua enquanto severo limite para as convenções processuais, mesmo quando realizadas apenas entre pessoas

---

[1211] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 76.

privadas, a exemplo de direitos fundamentais que possuam acepção objetiva.

Contudo, a indisposnibilidade do interesse público[1212] não pode ser confundida com intransigibilidade do direito, restando esse instransigível somente quando a lei expressamente assim o reputar[1213].

Em verdade, o que se observa é que o interesse público é privilegiado quando as pessoas – sejam elas privadas ou públicas – utilizam-se de ferramentas de resolução ou condução do processo consensuais, de modo que o conceito de interesse público passa de obstáculo a incentivo para a adoção de negócios processuais por entes estatais, inclusive[1214].

Tal perspectiva é facilmente observável quando se dedica atenção ao giro paradigmático representado pela promulgação da Lei nº 13.129/2015, que passou a expressamente permitir a instauração da arbitragem para a Administração Pública – quando a causa versar sobre direitos patrimoniais disponíveis[1215].

Ademais, em diversas situações a Fazenda Pública já vinha adotendo práticas perante o Poder Judiciário que se assemelham a negócios jurídicos processuais, a exemplo de requerimentos de dilação de prazos, sem falar nas efetivas convenções processuais praticadas, como as referentes à suspensão do processo para tentar realizar conciliação[1216].

[1212] Em sentido contrário, Antonio do Passo Cabral compreende que: "Trata-se da vitória da concepção atualmente disseminada que reconhece uma disponibilidade parcial dos interesses públicos, desfazendo a equivocada compreensão de que o interesse, por ser público, seria indisponível. Ao contrário, há graus de (in)disponibilidade e, em alguma medida, permitem-se que mesmo as regras estabelecidas no interesse público sejam flexibilizadas". (CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 543).

[1213] Cf.: CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 492.

[1214] Cf.: CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 493.

[1215] § 1º do art. 1º: "A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

[1216] Cf.: CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 495.

Assim sendo, se a Administração Pública já vinha efetuando negociações processuais típicas, não há razão a justificar que não esteja habilitada a realizar as atípicas.

Reconhece-se, portanto, que a "indisponibilidade dos interesses públicos não implica uma automática indisponibilidade de todos os diereitos da Administração. Basta pensar nos bens dominicais e nas prestações de assistência social (...) para se constatar isso"[1217].

Com efeito, essa disponibilização é possível, contudo tem de se dar condicionadamente a certos requisitos, tais quais previsão em lei e prática por autoridade competente.

Flávio Luiz Yarshell também compreende pela viabilidade da celebração de negócios processuais pela Fazenda Pública, ressalvando, contudo, que o espaço para o autorregramento da vontade aqui é menor. Veja-se:

> Aí se incluem a Fazenda Pública e pessoas integrantes da Administração Pública direta e indireta: embora elas tenham margem muito restrita para autocomposição, em tese essa possibilidade existe. Sendo assim, não parece haver óbice legal para que ela celebre eventual convenção em matéria processual, ressalvadas disposições substanciais ou processuais que se entendam cogentes[1218].

De fato, o autorregramento da vontade possui, na seara processual, menos espaço que possui no âmbito privado; e possui, quando efetuado por agentes públicos, ainda menos espaço do que possui quando realizado por pessoas privadas.

Nada obstante essa redução da margem de negociabilidade, o Fórum Permanente dos Processualistas Civis editou o Enunciado 265, o qual taxativamente proclama que: "A Fazenda Pública pode celebrar negócio processual".

Diferentemente, Érico de Pina Cabral coloca que "O campo de atuação da autonomia privada é o dos interesses. Compreende-se, assim, que onde há interesses públicos ou superiores não há campo para a

---

[1217] CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 492.

[1218] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70.

autonomia privada, eis que tais interesses não podem ser por ela regulados".

Contudo, ao se enquadrar a possibilidade de os agentes estatais realizarem negócios jurídicos processuais, necessário refletir acerca de qual interesse público se está a falar. Nesse ponto, cabe distinguir meios de fins. Aqui, o negócio processual seria meio para se atingir o interesse público final, qual seja: a pacificação social efetiva e justa.

Como enfatiza Tatiana Simões dos Santos[1219]:

> Não há mais espaço para uma Fazenda Pública engessada por burocracias e conceitos ultrapassados. É preciso acompanhar a evolução e tendências do sistema jurídico a fim de se adequar e melhor prestar o serviço público, cujo objetivo maior deve ser atender ao cidadão de maneira eficiente e célere.

Ademais, nesse afã não poderá sacrificar outros interesses públicos, sem contudo, que mencionada limitação importe em esvaziação do instituto. Isso porque, consoante já delineado, a indisponibilidade de um direito não implica, necessariamente, na sua intransigibilidade.

Em verdade, a assecuração da preservação dos interesses públicos é redobrada em se tratando de pactuações a envolverem a Fazenda Pública, na medida em que, para além dos limites atribuíveis a todo e qualquer negócio processual, terão de ser observadas, também, os requisitos para a prática de atos administrativos – agentes competentes, objetos adequados, finalidades legítimas, motivos razoáveis e, principalmente, formas transparentes e controláveis. [1220]

Para a preservação desse controle, a forma do negócio jurídico, quando celebrado pela Fazenda Pública, será, necessariamente, escrita, "pois é por meio deste escrito que se controlam os demais atributos dos atos da Administração, notadamente a motivação do ato".

A licitude do objeto, por sua vez, está condicionada, além dos atributos normais do objeto lícito, à observância dos princípios que

---

[1219] SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios Processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 518.

[1220] CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 495.

regem a administração pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

De se anotar, também, que a presença do interesse público não automaticamente transmuda os interesses processuais em necessárias matérias de ordem pública. "Este 'interesse público processual' (ou 'interesse processual do público') é nada mais que o interesse de atingir as finalidades públicas, de forma legal, impessoal, moral, transparente e eficiente"[1221].

No que concerne à eficiência, essa só tem a ganhar com a adoção das práticas negociais, consoante vem se sustentando no decorrer de todo esse estudo. A legalidade resta superada com o advento da cláusula geral de convencionalização processual, a qual não inclui enquanto um de seus requisitos de validade a ausência da presença subjetiva da Fazenda Pública. A moralidade do ato, igualmente, não apresenta maiores obstáculos, uma vez que a pactuação atenha-se à boa-fé processual, sendo que, se não respeitar mencionado ditame, já seria inválida de qualquer forma. A dificuldade no manejo do instituto, contudo, reside na impessoalidade, a qual é umbilicalmente correlacionada com a isonomia.

Com efeito, todos os jurisdicionados têm de ser beneficiados com a possibilidade de poderem pactuar com a Administração Pública igualmente, uma vez que se encontrem para com ela em situação fática e jurídica semelhante – tenham a mesma pretensão.

Mirna Cianci e Bruno Lopes Megna[1222] sugerem que a isonomia seja assegurada por meio de regulamentações próprias de cada ente da federação, as quais estabeleçam, por exemplo, que em determinadas naturezas de causas, os representantes da Fazenda Pública ofertem a possibilidade de determinado acordo processual. Levando em consideração uma ação para o fornecimento de medicamentos, por exemplo, pode-se regulamentar que a prova será unicamente pericial, ou que os prazos serão reduzidos, de modo a acelerar a tramitação de matéria normalmente dotada de urgência.

Tatiana Simões dos Santos acrescenta o fator ações de massa, a compor o imenso acervo de litígios patrocinados pelos advogados públicos, asseverando que "uma das possíveis soluções que se afigura

---

[1221] CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 494.

[1222] CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 497.

nesse cenário seria a de regulamentação interna pelos órgãos de Representação da Fazenda Pública quanto a opções simplificadas para os procedimentos que regerão ações de massa"[1223].

Realizados esses apontamentos, conclui-se a plena viabilidade de realização de negócios processuais por representantes da Fazenda Pública, uma vez que atentidos os requisitos de validade do negócio processual, bem como os requisitos inerentes à prática dos atos administrativos.

4.3.2 Ministério público

No que concerne à possibilidade de o Ministério Público realizar negócios processuais, maiores discussões são dispensáveis. Isso porque o Conselho Nacional do Ministério Públicou editou, antes mesmo da entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil, a Resolução nº 118, de dezembro de 2014.

Mencionada resolução incentiva os membros do *parquet* a buscarem técnicas de autocomposição, expressamente autorizando-os a efetuar negócios processuais em seu artigo 16[1224].

O artigo 15, por sua vez, recomenda o uso das convenções processuais com o fim de adequar o procedimento, proporcionando uma tutela jurisdicional efetiva.

Antonio do Passo Cabral, ao abordar a temática, revela que mesmo anteriormente à regulamentação da matéria pelo CNMP, já se observavam práticas negociais em ações coletivas – através de termos de ajustamento de condutas –, e, até mesmo, no direito penal, no qual tradicionalmente vigora a absoluta indisponibilidade[1225].

[1223] SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios Processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 515.

[1224] Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

[1225] "Este movimento pela contratualização ou convencionalidade chegou até o processo penal, campo do direito processual onde talvez sejam mais evidentes os interesses públicos. De fato, a justiça criminal clássica sempre foi imposta e não negociada, simbolizada na indisponibilidade da ação penal e no princípio inquisitivo, com a consequente prevalência do juiz. Todavia, contemporaneamente, a partir do modelo acusatório, tem aumentado a contratualização também do processo penal. Vê-se o crescimento de uma "justiça penal consensual", com reforço da autonomia da vontade que favorece a busca de resultados concertados entre os diversos sujeitos processuais (o agente criminoso, o Ministério Público, a vítima). Surgem cada vez mais possibilidades de mediação penal, composição amigável dos danos entre agente e vítima, inclusive com aplicação particiátiva e negociada da pena". (CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério

A presente pesquisa, no entanto, cinge-se a abordar a questão nos limites do direito processual civil, de modo a centrar-se a possibilidade negocial dos membros do Ministério Público em ações coletivas.

Nesse aspecto, novamente impera distinguir a disponibilidade dos direitos processuais da relativa aos direitos materiais, visto que: "Em se tratando de convenções atinentes a direitos processuais ou ao procedimento, não há propriamente a disposição de direitos materiais da coletividade" [1226].

Referidas práticas processuais não importam, portanto, em disponibilizações de direitos indisponíveis, mas sim em fomentações desses direitos, na medida em que viabilizam uma tutela mais célere e efetiva.

Importante registrar, nesse aspecto, que o Ministério Público – em sua esfera civil e administrativa de atuação – não tutelará direitos personalíssimos, isto é, direitos fundamentais sem correspondente acepção objetiva, de modo que nunca poderá realizar negócio processual que implique em prejuízo aos direitos tutelados, sendo o seu contrário, contudo, não apenas possível como incentivado, isto é, realizar negócios processuais para fomentar a efetividade desses direitos.

Uma ressalva, no entanto, deve ser realizada. A Lei nº 8.429/92[1227] veda a possibilidade de transações em ações versando acerca de improbidade administrativa, de modo a compreender-se pela inviabilidade negociações processuais atípicas, na medida em que um dos requisitos de validade mencionados pelo art. 190 reside justamente em a causa admitir autocomposição.

Há, contudo, entendimento doutrinário em sentido contrário:

> (...) é possível fixar mudar o procedimento ou fixar calendário diferenciado para os procedimentos de ação civil pública por improbidade administrativa, seja por envolverem causas complexas, com diversos fatos ou vários demandados, ou até mesmo para suprimir a necessidade de prévia notificação para defesa preliminar (art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992),

---

Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 545). O objeto da presente pesquisa, no entanto, foca-se no processo civil.

[1226] CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 550-551.

[1227] § 1º do art. 17: É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

> quando a supressão dessa fase não causar prejuízo à defesa e ela concordar expressamente, inclusive para que o processo tramite em prazo razoável[1228].

Adotando igual posição, Antonio do Passo Cabral compreende pela viabilidade das mencionadas pactuações:

> (...) esta possibilidade parece-nos ainda mais evidente depois da edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que, em seus arts. 16 e 17, prevê a celebração de acordos de leniência com os infratores que praticaram o ilícito. A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/2013 tem intersecção com o da Lei nº 8.429/92. A corregulação dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa[1229].

Nada obstante os entendimentos colacionados, compreende-se que a norma prescrita pelo § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 não foi revogada e, uma vez vigente, deve ser respeitada, na medida em que expressamente veda práticas transacionais. Se essa é a melhor regulação, ou não, para as ações de improbidade administrativa, consiste em outra questão, a qual essa pesquisa não possui a pretensão de responder, mas da leitura do ordenamento exsurge a proibição para a prática negocial, no ponto.

Tal impossibilidade não esvazia, entretanto, a aplicabilidade do instituto para o Ministério Público, na medida em que seus membros poderão valer-se da técnica negocial em demandas aforadas em outras áreas, tais quais as ambientais e atinentes às relações de consumo.

Diante desse cenário, reforça-se a conclusão de que as convenções processuais constituem ferramenta que, quando manejada adequadamente, em respeito aos limites constitucional e legalmente impostos, não obstaculiza o processo justo. Ao contrário, fornece insumos para que a tutela jurisdicional alcance patamares de efetividade

---

[1228] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 243.

[1229] CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 547.

e adequação às peculiaridades do direito material posto em litígio até então impensáveis, razão pela qual se acredita que o autorregramento da vontade não apenas auxilia, mas, verdadeiramente, integra o modelo constitucional de processo.

CONCLUSÃO

A análise das implicações da vontade no sistema jurídico revela que essa atua, concomitantemente, como causa e consequência da formação dos Estados Modernos, encerrando em si um ciclo dualmente responsável pela existência deles, visto que eles apenas se formaram em decorrência da convergência de vontades, bem como justificam sua formação em razão do fim de normatizar a solução da divergência de vontades, isto é, o litígio.

Com efeito, a normatividade está inexoravelmente vinculada à vontade, na medida em que o Direito possui a função de impor limites às vontades individuais, ao mesmo tempo que se utiliza delas como instrumento para a obtenção do almejado desenvolvimento da sociedade, nos seus mais diversos segmentos.

Visando a alcançar a compreensão de autorregramento da vontade, a pesquisa perpassou por breves considerações acerca da autonomia da vontade, da autonomia privada e das teorias objetivas do negócio jurídico, com o fito de esclarecer os diferentes delineamentos que a vontade assumiu em distintos momentos da produção jurídica.

Nesse afã, o autorregramento da vontade restou delineado como o espaço que o ordenamento jurídico concede aos jurisdicionados para que regulem seus próprios interesses, dentro de limites previamente por aquele fixados.

Realizados apontamentos acerca da incidência do autorregramento da vontade, conferindo-se especial enfoque à liberdade contratual e aos seus desdobramentos no plano da existência (cumprimento dos deveres de informação e de transparência), bem como no plano da validade (liberdade exercida dentro das limitações valorativas constitucionalmente impostas), destacou-se para a presente pesquisa a principal expressão do autorregramento da vontade, a residir na figura do negócio jurídico. Nesse diapasão, impreterível a análise da teoria do fato jurídico, segundo a qual as normas jurídicas incidem sobre os fatos da vida, pinçando aqueles que lhe interessam e os juridicizando. Desse fenômeno exsurgirá, somente para os atos jurídicos lato sensu, o trânsito entre os planos da existência, da validade e da eficácia, os quais poderão ser verificados concomitantemente, ou não.

Em razão de se tratar de conceituação lógico-jurídica fundamental, a teoria do fato jurídico se aplica a diversos campos albergados pela Teoria do Direito, a exemplo da seara processual civil. Dentre as plurais classificações do fato jurídico processual, acolheu-se a da refiribilidade, de modo que o fato jurídico será processual sempre que

se referir a um processo, presente ou futuro, intencionando emanar efeitos sobre ele. O negócio jurídico processual, dessa forma, será observado sempre que o suporte fático de um ato processual lato sensu exigir o autorregramento da vontade enquanto elemento nuclear a caracterizá-lo. Isto é, o poder de escolha conferido aos pactuantes para que elejam categorias eficaciais diferentes daquelas tipicamente previstas pelo ordenamento, mas compreendidas pelos limites previamente por ele fixados.

De se destacar, nesse aspecto, que a circunstância de o negócio processual não chegar a atingir o plano da eficácia não o descaracteriza enquanto tal, na medida em que o intuito negocial embutido na vontade dos pactuantes já se revela suficiente para que essa modalidade de ato jurídico processual lato sensu se distinga dos atos jurídicos processuais stricto sensu.

Uma vez localizada a sua inserção nos planos da existência, da validade e da eficácia, oportunas as distinções tipológicas concernentes à temática, bem como uma breve incursão histórica acerca da sua presença em diversificados ordenamentos jurídicos. Dentre as variadas possibilidades negociais, destacaram-se para o presente estudo os negócios processuais atípicos bilaterais, de modo a recortar a amplitude do tema.

A intelecção do dispositivo legal a disciplinar as convenções atípicas compreende 2 (dois) campos de atuação à prática negocial: a primeira delas direcionada à criação, à modificação ou à extinção de direitos subjetivos processuais (ônus, faculdades, deveres e poderes das partes); e a segunda delas focada na redefinição de contornos procedimentais (forma ou ordem dos atos processuais). Em que pese se trate de fenômenos individualizados, a alteração negocial do procedimento inevitavelmente influenciará as situações jurídicas titularizadas pelos sujeitos processuais, bem como o seu contrário, de modo que são indissociáveis as modalidades.

Trabalhados esses conceitos estruturais inerentes à convencionalização processual de situações jurídicas, importante, ainda, enfatizar que as partes somente estão autorizadas a dispor de ônus, deveres, poderes e faculdades titularizadas por si próprias, não podendo comprometer os protagonizados por terceiros.

Superados esses delineamentos, imprescindível a investigação da natureza jurídica do negócio processual, a qual revelou que esse ostenta caráter misto, sendo regulado, concomitantemente, por normas de natureza processual, material e, sobretudo, constitucional.

Isso se deve ao fato de o negócio jurídico processual ser espécie do gênero negócio jurídico, de modo que aquele deve respeitar pressupostos e requisitos deste, tipicamente previstos na legislação civil. Nada obstante, o critério da especialidade igualmente o sujeita ao regime jurídico processual, fazendo-o, inclusive, prevalecer quando incompatíveis as disciplinas civil e processual (critério de resolução de antinomias). Ressalvadas as distinções, ambas as disciplinas se sujeitam ao delineamento constitucional, o qual estabelece as linhas limítrofes a regular o manejo do instituto em comento.

A aplicação da teoria do fato jurídico na seara processual implica, ainda, a necessária desmitificação do publicismo inerente ao ambiente processual, bem como da ideologia pregada ao seu entorno, com o fim de demonstrar a compatibilidade de instituto de natureza até então vinculada ao âmbito privado (negócio), com as estruturas de ramo do direito público (processo civil). Tal desmitificação perpassa, invariavelmente, pela compreensão de que nem todas as normas reputadas como cogentes veiculam em seu teor conteúdo que expresse ou justifique interesse público, vindo a compreender dentro de si uma categoria menor correspondente às normas que visam a assegurar a observância das garantias processuais, à qual denomina-se ordem pública.

Diante dessa conclusão, exsurge a existência de margem para a negociabilidade mesmo em âmbito público, constatação que se alia à detecção da imensa necessidade de se prestigiar a adequação do procedimento em detrimento da forma rígida e inflexível, de modo a conferir maior efetividade à tutela jurisdicional, cuja presença, por sua vez, contribui para a asseguração do processo reputado justo.

Em que pese admitido o potencial oferecido pela cláusula geral de negociação processual, sua textura aberta – a qual, inclusive, não consiste em exclusividade sua, caracterizando, também, inúmeros termos a compor e a circundar o instituto –, conduz ao reconhecimento do importante papel a ser desempenhado pelo magistrado quando da aplicação dos negócios processuais.

Tal atribuição decorre da insuficiência do modelo codicista tipicamente representado pelo juiz-mecanicista boca da lei, exsurgindo a constatação de que o magistrado atua no indissociável processo de produção da norma iniciado pelo legislador. Nesse cenário, desponta a temida discricionariedade judicial, a qual, contudo, não pode ser confundida com juízo de conveniência ou oportunidade, pois tais conceitos são de todo incompatíveis com a função jurisdicional exercida pelo magistrado.

Ademais, a interpretação cognoscitiva indiscutivilmente integra o processo hermenêutico, de modo que a literalidade com que redigidos os artigos 190 e 200 do Código de Processo Civil evidencia a desnecessidade de homologação judicial para que convenção processual atípica firmada pelas partes atinja prontamente o plano da eficácia. Eventual desrespeito à convenção poderá gerar, para além de impugnação via agravo de instrumento ou mandado de segurança por ausência de recurso cabível, a responsabilização pessoal do magistrado, em âmbitos civil e administrativo, observado o descumprimento de seu dever jurídico, normativamente previsto, de aplicar a convenção.

A atuação do magistrado no que concerne aos negócios processuais se restringe, portanto, ao plano da validade, na medida em que ele efetua o controle dos requisitos previstos pelo sistema jurídico para que o negócio adentre esse plano. Essa incumbência, contudo, não é nada simples, mormente quando considerada a complexidade imprimida pela natureza mista do instituto, a comportar disciplina civil, processual e, principalmente, constitucional.

Nesse vértice é que desponta o principal enfoque da pesquisa, a qual buscou catalogar, sem pretensão de exaurimento, critérios balizadores a diagnosticar limites rígidos à livre pactuação processual.

A necessidade de delineamento desses limites é inconteste, na medida em que progressos flertam perigosamente com retrocessos quando a liberdade conferida à vontade é absoluta, premissa essa confirmada pelo discurso histórico. Com efeito, experiências obtidas por meio de um processo histórico-dialético tornam perceptível que o reconhecimento dos direitos individuais advém justamente das atrocidades cometidas em virtude da concentração exacerbada e desregulada de poder. Em decorrência da constatação das consequências deletérias que esse poder descomedido e ilimitado causou, estabelecem-se parâmetros para a sua atuação e se reconhecem direitos aos subordinados a esse poder, visando a impedir que eventos semelhantes se repitam.

Nesse cenário é que os direitos fundamentais são afirmados enquanto um piso mínimo inderrogável a fornecer sustentação a todo o ordenamento jurídico. O fenômeno das limitações valorativas de índole constitucional, no entanto, não se apresenta como exclusivo do direito material, visto que incide insofismavelmente no direito processual civil, que passou a se balizar na teoria dos direitos fundamentais, dentre os quais se encontra o autorregramento da vontade. Nesse viés, desponta o negócio processual, que atua como instrumento fomentador dos direitos fundamentais e é, concomitantemente, por eles limitado.

Diante desse panorama paradoxal, torna-se imprescindível compreender a interdependência estabelecida entre o interesse público e o interesse privado, dado que o primeiro apenas se legitima se coincidir, em alguma medida, com as pluralidades do segundo.

No âmbito do processo, esse equilíbrio entre público e privado se efetiva pela adoção de um modelo cooperativo, a mesclar características dos modelos assimétrico e isonômico. O modelo colaborativo substitui os modelos retro mencionados, alcançando um meio termo entre eles, porquanto a relação do juiz para com as partes não é integralmente paritária ou hierárquica. A condução do processo é compartilhada entre magistrado e partes, mas o ato decisório desloca o primeiro para posição de superioridade frente aos demais. Tal modelo de processo oferece fértil solo para a prática negocial processual. Com efeito, o processo cooperativo é requisito indispensável para a atuação dos negócios processuais, bem como estes consistem em expressão do exercício daquele, na medida em que a cooperação se relaciona indissociavelmente com a valorização da participação e do envolvimento das partes no processo.

Firmadas essas premissas, a pesquisa passou a investigar as linhas fronteiriças a delimitar a matéria passível, ou não, de negociação processual. Os primeiros limites ao negócio processual a serem delineados foram aqueles de índole puramente constitucional, isto é, aqueles que decorrem diretamente da Constituição da República Federativa do Brasil, conformando todo o sistema jurídico enquanto matizes fundamentais, de observância inescapável.

Da análise da redação empregada ao instituto, concluiu-se que a circunstância de o litígio versar acerca de direitos fundamentais, por si só, não afasta a incidência do negócio processual, sendo esse vedado somente se, no caso concreto, importar em disposição de direito fundamental que possua correspondente acepção objetiva. Isso porque os direitos fundamentais possuem uma dimensão a extrapolar a subjetiva individual. Existe interesse público na preservação dos direitos fundamentais na medida em que o seu desrespeito afeta a estrutura das bases sob as quais se fundamenta o Estado Constitucional. Sempre que o controle de conteúdo da negociação processual envolver direitos fundamentais, a análise de sua validade se dará casuisticamente, ocasião em que o magistrado deverá questionar se aquele direito fundamental comporta acepção objetiva. Positiva a resposta, deverá recusar-lhe aplicabilidade. Já em o sendo negativa, deverá realizar um juízo de razoabilidade entre o direito fundamental que se pretende flexibilizar

frente ao direito fundamental de autorregramento da vontade, dessa equação vindo a resultar a viabilidade, ou não, do negócio realizado.

De outra sorte, negócios processuais podem ser realizados indiscriminadamente em litígios que envolvam direitos fundamentais, para os fomentar. Em outras palavras, o fato de a demanda versar acerca de direitos indisponíveis, por si só, não representa óbice à prática negocial processual, até mesmo porque ela tem o condão de facilitar a proteção dos direitos fundamentais, e não a intenção de prejudicá-los.

Já em se tratando de direitos fundamentais processuais, isto é, as chamadas garantias processuais conformadoras do modelo constitucional de processo, imperioso destacar que todas elas possuem acepção objetiva, de modo a existir interesse público constante na sua preservação. Nada obstante o reconhecimento desse núcleo duro e insuprimível, necessário distinguir o viés formal do viés material das garantias processuais. Veja-se: as garantias, mesmo as processuais, possuem um aspecto formal (desenhado procedimentalmente visando a protegê-las), e um aspecto material (consistente no valor protegido). Assim sendo, a flexibilização da forma não implica, necessariamente, a mitigação da materialidade da garantia, sendo que a primeira é amplamente passível de negociação processual, uma vez que não repercuta em violação à segunda.

Em cada caso concreto, deverá o magistrado realizar sua análise pautado no postulado de proporcionalidade, verificando em que medida o negócio processual poderia vir a vulnerabilizar alguma das garantias processuais formadoras do processo justo e, caso verifique que a materialidade da garantia resta comprometida em virtude do negócio, deverá afastá-lo em razão de sua inconstitucionalidade. Exsurgindo do exame dúvida acerca da fragilização, ou não, que o negócio poderia implicar ao processo justo, acredita-se que o último deve ser prestigiado em detrimento daquele; isto é, manter-se o desenho processual tradicional, em zelo ao principal escopo da jurisdição.

O processo reputado justo, por sua vez, é conceituado enquanto aquele conformado valorativamente pelas garantias previstas na Constituição da República Federativa do Brasil. A negociação processual, a seu turno, é ferramenta que auxilia o atingimento do processo justo, visto que apenas por meio da flexibilização do procedimento rigidamente previsto em lei é que se alcança o processo adequado ao equacionamento de plurais relações jurídicas controvertidas, ou seja, adaptado às vicissitudes do direito material sobre o qual se litiga.

Buscar encontrar um único e atemporal critério a determinar a justiça, ou não, do processo, contudo, consiste em tarefa fadada ao insucesso, observada a permanente construção em que se encontra envolvido o conceito. Nada obstante a dificuldade em precisá-lo, a interpretação do conteúdo do processo justo fatalmente se dará sob as lentes da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual estabelece, ela própria, parâmetros para o seu alcance.

Sem qualquer pretensão de exaustividade, a pesquisa abordou as potenciais garantias formativas do processo justo, inseridas na Constituição da República Federativa do Brasil, tais quais igualdade (paridade de armas), contraditório, ampla defesa, direito à prova, competência, juiz natural, imparcialidade do juiz, licitude probatória, matérias constitucionalmente reservadas à lei, fundamentação das decisões, publicidade dos atos jurisdicionais e duplo grau de jurisdição.

A manutenção da igualdade material restou claramente firmada enquanto um dos limites inultrapassáveis ao negócio processual. Contudo, é preciso ter em mente que essa somente é considerada ferida quando afetado o exercício de alguma outra garantia cara ao ordenamento. Isso porque o que se protege não é a igualdade pela igualdade, mas, sim, as repercussões que o desequilíbrio implica aos ditames do processo justo. A detecção do desequilíbrio, por sua vez, depende do efetivo prejuízo, visto que, consoante se sabe, dentro do processo, inexiste nulidade sem prejuízo.

O contraditório substancial e efetivo, insofismavelmente, figura também como um limite intransponível à figura do negócio processual. Em que pese a indispensabilidade da presença do contraditório, entretanto, são possíveis mitigações recíprocas à sua forma. O que não pode, absolutamente, restar atingido é a materialidade da garantia, de modo a preservar-se que ambas as partes continuarão a influenciar a formação da convicção do magistrado em igual medida.

Intimamente relacionadas à ampla defesa – a qual, igualmente, não pode ter sua materialidade mitigada –, encontram-se as restrições probatórias. No que diz respeito à temática, o critério da legitimidade negocial ganha destaque, na medida em que se conclui que, muito embora possam as partes negocialmente descartar alguma modalidade probatória, mencionada convenção não detém o condão de interferir no poder de produção de prova pertencente ao magistrado, o qual, caso considere a prova excluída imprescindível à formação do seu convencimento, poderá determinar a sua realização ex officio. Com efeito, não se pode olvidar que o fim precípuo da jurisdição não se esgota em fornecer uma tutela efetiva, mas, também, uma tutela justa,

para o alcance da qual se há de reconhecer a existência de uma verdade real, empiricamente verificável através dos mecanismos probatórios.

No que concerne às competências absolutas, inexiste discussão doutrinária quanto à imperiosa impossibilidade de convenção disciplinando a atribuição da competência distintamente dos termos preconizados na norma constitucional. Tal inviabilidade se deve a plurais fatores, tais quais os princípios da tipicidade e da indisponibilidade da competência, os quais, em verdade, repercutem diretamente no princípio do juiz natural. O magistrado não é parte do negócio e não pode dispor de sua competência, em razão do princípio supra referenciado, de modo a não pender dúvida quanto à inviabilidade de negócio envolvendo sua competência ou imparcialidade.

Os pactos de non petendum, diferentemente, encontram disciplina na esfera negocial, podendo se efetivar no que tange às cargas eficaciais mandamentais e executivas. O objeto do pactum de non petendum é, antes da tutela jurisdicional do direito, a própria pretensão jurídico-material, de modo que não se estaria a abdicar do direito de ação em sua acepção abstrata (processual). Igualmente, mencionada convenção não importa em extinção da obrigação de direito material (remissão), dado que o direito material continuará dotado de efetividade por meio do exercício de outras plurais prerrogativas concernentes ao direito de crédito.

Com o fim de enfatizar o não comprometimento da efetividade do direito material, recomendável que a pactuação considere um prazo de vigência inferior ao lapso prescricional previsto pela legislação para a fulminação da pretensão sobre o direito material. Assim, mencionada convenção não estará, via de regra, obstaculizando a efetividade jurisdicional enquanto corolária do processo justo.

A licitude das provas também revela terreno fértil à convencionalização processual, devendo o exame, contudo, se operar de modo casuístico, ponderando os diferentes valores envolvidos em cada caso concreto. Concluiu a pesquisa, nessa seara, que a inclusão de gravações presenciais ou telefônicas não consentidas pode ser objeto de negócio jurídico processual, o mesmo não se aplicando à admissão negociada de cartas psicografadas ou documentos fruto de falsidade ideológica.

No que tangencia às convenções pretendendo dispensar ou vincular a fundamentação das decisões judiciais, flagrante a sua impossibilidade. Não apenas por estarem influenciando na atividade de ator processual não pactuante da convenção – o juiz –, mas, principalmente, porque, ainda que esse assim quisesse, não poderia

dispor de tal dever a si imputado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Não são permitidas, também, convenções processuais que intencionem afastar a publicidade típica ao ambiente processual. Isso porque existe interesse público na manutenção da publicidade, a qual serve de instrumento à fiscalização da manutenção de todas as demais garantias processuais previstas. Ela é, portanto, uma garantia instrumental à observância das demais garantias instrumentais ao alcance da tutela justa.

O último dos critérios a ser examinado enquanto integrante do modelo constitucional de processo foi o duplo grau de jurisdição, cujo caráter fundamental, no entanto, restou refutado. Diante do reconhecimento de que a irrecorribilidade das decisões não contraria o processo justo, revelou-se possível pactuação processual excluindo o duplo grau de jurisdição, bem como o transpondo para acessar diretamente a Corte Constitucional.

Realizado esse exame direcionado às garantias conformadoras de um processo justo, dedicou-se atenção à possibilidade negocial de estruturas infraconstitucionais comumente reputadas como matéria de ordem pública, quais sejam, pressupostos processuais e condições da ação. A análise demonstrou que nem todos os desmembramentos dessas categorias teóricas possuem vedação negocial, podendo, inclusive, o exercício de determinadas convenções em campos tais quais o do formalismo processual e o da legitimidade extraordinária revelar potencial em incrementar a efetividade do processo e o acesso à Justiça.

Dos balizamentos realizados no terceiro capítulo, exsurgiram 3 (três) critérios aptos a determinar a viabilidade da via negocial. São eles, de modo sistematizado: a) tutela justa: a convenção processual não pode prejudicar instrumentos inerentes à persecução da tutela justa, devendo, pelo contrário, fomentá-la; a.1) efetividade: dentre os elementos formativos da tutela reputada justa se encontra a efetividade, de modo que o negócio processual será inválido se, por meio do seu manejo, restar sacrificado o direito material em que se funda o litígio; e b) legitimidade ad negotium: a convenção deve articular a respeito de situações processuais titularizadas pelos contendedores pactuantes, não comprometendo posições ocupadas pelo Estado-juiz.

O critério "efetividade" é decorrente de "tutela justa". O critério "legitimidade ad negotium", por sua vez, em que pese também possua inegável vinculação com a justiça da tutela (afinal, nada mais injusto do que permitir que um sujeito processual comprometa situações jurídicas titularizadas por sujeito diverso), pode ser aferido paralelamente, na

medida em que, antes de um condicionante para a tutela justa, é um pressuposto lógico do sistema jurídico.

Assim sendo, acredita-se que os critérios listados são suficientes, ainda que tomados isoladamente, a determinar a viabilidade, ou não, de um negócio processual. Isto é, ainda que se pense na hipótese de uma convenção processual que não implique prejuízo à persecução da tutela justa, mas que pretenda comprometer situação jurídica detida por terceiro não pactuante, inválida será. O contrário também se verifica, pois negócio que respeite a "legitimidade negocial", mas que implique em vulneração material de qualquer das garantias envolvidas no núcleo irredutível fomentador da tutela justa, inválido também será.

Supridos os requisitos de índole constitucional analisados, deverá o negócio, da mesma forma, vencer as limitações impostas pelas disciplinas civil e processual. A última prescreve, no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil, que o controle da validade das convenções está vinculado a 1 (um) pressuposto positivo – o processo deve versar sobre direito que admita autocomposição –, e 3 (três) pressupostos negativos – isto é, que não podem estar presentes para que a pactuação seja válida: a) nulidades; b) inserção abusiva em contratos de adesão; e c) parte em manifesta situação de vulnerabilidade.

A legislação civil, por sua vez, enumera, enquanto indispensáveis à validade do ato, somente a reunião de: a) capacidade do agente; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e c) forma prescrita ou não defesa em lei. O mesmo diploma reconhece posteriormente, contudo, diversos vícios de consentimento a invalidar os efeitos do negócio realizado, consagrando a vontade livre e de boa-fé enquanto um quarto requisito indispensável à validade do negócio celebrado.

Um requisito comum imposto para a prática de ato jurídico e para a atividade negocial, tanto pela legislação civil quanto pela processual, consiste na capacidade do agente pactuador. Contudo, em razão da especialidade, a capacidade exigida, in casu, trata-se da capacidade processual, desmembrada em capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo (e não a relativa ao direito material).

Em relação à "forma prescrita ou não defesa em lei", ambos os regramentos a estabelecem como livre. Nada obstante, o ramo processual da ciência jurídica exige, consoante se sabe, certo grau de formalismo apto a lhe conferir segurança jurídica e previsibilidade. Mais do que isso, apto a possibilitar a viabilidade do manejo da convenção, visto que o magistrado, para poder realizar seu controle, necessita poder consultá-la com facilidade. Contudo, deve se destacar que, dentre os diversos meios de registro, permanece imperando a liberdade das

formas, isto é, as partes possuem a liberdade de escolher por qual meio pretendem registrar a convenção e integrá-la nos autos.

A licitude do objeto vem descrita explicitamente enquanto requisito formativo do negócio no Código Civil e implicitamente no Código de Processo Civil, decorrendo de trecho do parágrafo único do artigo 190 em que se destaca que o juiz negará a aplicação de convenções processuais em casos de nulidade. O objeto também tem que ser possível, o que significa que tem de ser factível e jurídico. A possibilidade do objeto compreende tudo aquilo que não seja expressamente proibido pelo ordenamento jurídico, confundindo-se, portanto, com sua licitude. Por fim, a determinibilidade do objeto está relacionada com a sua mensurabilidade.

O Código de Processo Civil trouxe, enquanto limitação explícita, a exigência de que a matéria objeto do pacto seja não apenas lícita, possível e determinada, mas, ainda, que admita autocomposição, isto é, transação, renúncia ou submissão. Exsurge conclusão, nesse aspecto, de que somente mediante consignação normativa um direito pode ser admitido como não passível de autocomposição.

As nulidades se inserem no plano da validade, consistindo, na ótica do direito processual, em uma consequência ao desrespeito à forma, tão somente quando tal acarretar prejuízo ou não atingimento da finalidade buscada com a prática do ato, vindo o reconhecimento judicial da nulidade a subtrair a possibilidade de o ato inquinado emanar efeitos próprios sem, no entanto, retirar-lhe seus efeitos impróprios.

O regime de nulidades dos negócios processuais necessita ser misto, de modo a contemplar, concomitantemente: a) os vícios de consentimento – não previstos pela norma processual e amplamente contrários ao ideal de tutela justa preconizado pelo Estado Constitucional; b) as normas características de direito processual, segundo as quais os negócios inválidos surtirão efeitos até o momento em que decretada a invalidade pelo juiz, mesmo que expressem uma nulidade absoluta.

Partindo-se da premissa de que o regime jurídico dos negócios processuais é misto, as regras civis que tratam das nulidades incidem sobre os negócios jurídicos processuais, sendo, contudo, interpretadas a partir da ótica das regras de natureza processual, o que significa dizer que: a) a nulidade apenas se verificará mediante prejuízo; b) verificado o prejuízo, ela será absoluta; e c) em sendo absoluta, ela poderá ser decretada de ofício pelo magistrado. Conclui-se, portanto, que, no regime dos negócios processuais, a nulidade sempre será absoluta. Se

não houver decretação de invalidade, então não haverá invalidade relativa a ser sanada.

As inserções abusivas e a manifesta vulnerabilidade consistem em vedações expressas do artigo 190 do Código de Processo Civil e, ao mesmo tempo em que figuram enquanto um limite rígido, permanecem com conteúdo indefinido. Nesse vértice, a pesquisa concluiu que a condição de consumidor, per se, não implica obrigatória vulnerabilidade do sujeito na acepção processual do termo, o mesmo se aplicando a outros sujeitos tipicamente considerados materialmente vulneráveis – trabalhador, idoso etc. Diz-se isso em razão de a convenção poder trazer vantagens para esses sujeitos, de modo que não há que se reconhecer sua invalidade se ela estiver justamente contribuindo para o alcance da ambicionada igualdade no processo. Em sendo o cenário contrário, contudo, a convenção seria inválida de qualquer forma. Isso porque a existência de desequilíbrio entre as partes que importe em abstenção da paridade de armas consiste em fator limitador não apenas dos negócios processuais formulados no bojo dos contratos de adesão, mas de quaisquer convenções entabuladas entre quaisquer litigantes.

Impende salientar, ainda, a exigência imposta pelo ordenamento jurídico pátrio de observância à boa-fé objetiva, bem como a vedação expressa ao abuso de direito, os quais consistem em claros limites ao negócio jurídico processual, observado o seu regime jurídico misto.

Superados os delineamentos dos requisitos constitucionais e legais a condicionar a validade dos negócios processuais, a pesquisa se dedicou a analisar a interface desses com diferentes institutos jurídicos, norteando-se pelos critérios adotados enquanto aptos a revelar a viabilidade da pactuação e ressalvando a necessidade do exame casuístico.

Com base na legitimidade negocial, foram descartadas as hipóteses de negócios processuais pretendendo invadir searas cuja regulamentação é reservada ao legislador, a exemplo de criação de recursos ou hipóteses de cabimento para esses, idêntico raciocínio se empregando para a possibilidade de criação de hipóteses de cabimento para a propositura de ação rescisória e à hipótese de criação convencional de títulos executivos. Em razão do mesmo critério, foi afastada a possibilidade de negócios processuais pretendendo dispensar a capacidade postulatória ou excluir as intervenções do Ministério Público ou de terceiros, ressalvada essa possibilidade apenas para os casos de denunciação da lide ou chamamento ao processo, visto que tais consistem em mecanismos titularizados pelas próprias partes pactuantes, além de eventuais abdicações nesse sentido não prejudicarem a

efetividade do direito material discutido, uma vez comportada a possibilidade de ajuizamento de ações regressivas.

Também em razão da preocupação com a preservação da efetividade do direito material posto em juízo, foi negada a hipótese de convenções pretendendo vedar a concessão de tutela de urgência, considerando-se possível a hipótese, contudo, de negociação afastando a estabilização da tutela antecipada requerida de modo antecedente.

Por representarem obstáculo ao processo justo, foram afastados negócios processuais que intencionem dispensar as partes dos deveres inerentes à litigância de boa-fé e colaborativa.

De outra senda, por não ofender a nenhum dos critérios investigados, constatou-se a viabilidade de negociações ambicionando ampliar o rol das condutas caracterizadoras da má-fé. Aferiram-se como viáveis, ainda, pactuações tais quais acordar a penhorabilidade de bens reputados impenhoráveis, pactos de não execução dentro de determinado lapso temporal, oneração convencionada de custas, transmissão convencional do ônus de afirmação fática, inclusão negociada de disclosure enquanto pressuposto processual e dispensa recíproca de intimações convencionalizada.

Por derradeiro, analisaram-se, brevemente, alguns limites subjetivos à convenção processual, concluindo-se que Fazenda Pública e Ministério Público estão aptos a negociar processualmente, uma vez observados alguns requisitos extraordinários a serem aliados aos comuns, como agentes competentes, objetos adequados, finalidades legítimas, motivos razoáveis e, principalmente, formas transparentes e controláveis. Para a preservação desse controle, a forma do negócio jurídico, quando celebrado pela Fazenda Pública, será, necessariamente, escrita, visto que é através desse documento que se torna possível a fiscalização dos demais atributos dos atos da Administração, principalmente a motivação do ato. A licitude do objeto, por sua vez, está condicionada, além de aos atributos normais do objeto lícito, à observância dos princípios que regem a administração pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ao analisar o manuseio de negócios processuais pela Fazenda Pública e pelo Ministério Público, evidencia-se que a referida prática processual não importa, portanto, em disponibilização de direitos indisponíveis, mas, sim, em fomentação desses direitos, na medida em que viabilizam uma tutela mais célere e efetiva.

Diante desse cenário, reforça-se a conclusão de que as convenções processuais constituem ferramenta que, quando manejada adequadamente, em respeito aos limites constitucional e legalmente

impostos, não obstaculiza o processo justo. Ao contrário, fornece insumos para que a tutela jurisdicional alcance patamares de efetividade e adequação às peculiaridades do direito material posto em litígio até então impensáveis, razão pela qual se acredita que o autorregramento da vontade não apenas auxilia, mas, verdadeiramente, integra o modelo constitucional de processo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia à Direito Fundamental**, São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. 247 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

_____. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

ALVIM, Arruda. Impossibilidade de substituição voluntária face ao Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p. 215-225, 1977.

_____. **Manual de direito processual civil**. v. 1.8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM, J. E. Carreira. Recurso per saltum: sugestão para a justiça do terceiro milênio. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, RT v.10, jul. 2002, p. 86-93.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. **Revista de processo**, São Paulo: RT, a. 36, n. 193, mar. 2011.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil:** formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ASSIS, Araken de. Eficácia civil da sentença penal, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito**. São Paulo: Lúmen, 2002.

_____. Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé: uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, *Magister* v.5, mar. 2005.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.246, p. 219-238, ago./2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.7, n.27, p. 11-34, out./dez. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**. Vol. 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out-dez. 1990.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, v.22, n.86, p. 127-142, abr./jun. 2014.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.15, n.57, p. 59-94, jan./mar. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991

_____. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. rev. Baurú/SP: EDIPRO, 2008.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 148, jun/2007.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Regulamento 737**, de 1850. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. **Decreto-lei n. 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm Acesso em: 09 mai. 2016.

_____. **Lei Federal n. 5.869**, de 10 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. **Lei Federal n. 8.429**, de 02 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. **Decreto n. 678**, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Lei Federal 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm Acesso em: 08 dez. 2016.

_____. **Lei Federal n. 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. **Lei Federal n. 10.406**, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. **Lei Federal n. 11.441**, de 04 de janeiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm Acesso em: 22 out. 2016.

_____. **Lei Federal n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. **Lei Federal n. 13.129**, de 26 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 209.954/SP**, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 15 de setembro de 1998. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=285424 Acesso em: 28 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 81.963-RS**, Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de junho de 2002. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881963%2ENUME%2E+OU+81963%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zxenp4n Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 248869**, Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 07 de agosto de 2003. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28248869%2ENUME%2E+OU+248869%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h57p8yc Acesso em: 19 dez. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 470.935/RS**, Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Brasília, 10 de dezembro de 2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201235477&dt_publicacao=01/03/2004 Acesso em 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 617.722/MG**, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 19 de agosto de 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302355960&dt_publicacao=29/11/2004 Acesso em 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 756.885/RJ**, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 14 de agosto de 2007. Disponível em: ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500757742&dt_publicacao=17/09/2007Acesso em 26 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 750.805/RS**, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 14

de fevereiro de 2008. Disponível em: ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500808450&dt_publicacao=16/06/2009 Acesso em 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1106971/PR**, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802626494&dt_publicacao=03/08/2010 Acesso em 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 69.988/RJ**, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 25 de outubro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601054050&dt_publicacao=07/11/2016 Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70016184012**. Relator: Desembargador Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 11 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70016184012%26num_processo%3D70016184012%26codEmenta%3D3243824+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70016184012&comarca=Comarca%20de%20Viam%C3%A3o&dtJulg=11/11/2009&relator=Manuel%20Jos%C3%A9%20Martinez%20Lucas&aba=juris Acesso em: 18 nov. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. 2. ed. Campinas/SP: LZN, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno:** contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Convenções Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

_____. **37º Encontro do Grupo Arruda Alvim de Debates sobre o Novo CPC**, Disponível em: http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/37o-encontro-do-grupo-arruda-alvim-de-debates-sobre-o-novo-cpc/?utm_medium=email&utm_campaign=Debate&utm_source=newsletter&utm_content=link-transmissao; Acesso em: 30/11/2016.

CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 83-129.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das Convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ISSN 0391-1896, Vol. 62, Nº Extra 3, 2008, págs. 7-36. Disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1313 Acesso em 14/12/2016.

_____. La qualité de la norme juridictionnelle. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 181, mar. 2010.

_____; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procés**. Paris: Presses Universitaries de France, 2010.

_____. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualizaión del proceso y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**. V. 3, n. 3, p. 3-35, aug-dec. 2012 disponível em http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true Acesso em 15/10/2016.

_____. In: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 219-259, out./dez. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. I. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004.

_____. **Lições de direito processual civil**: volume III. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 2002.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.228, p. 359-376, fev./2014.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antonio C. Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

_____. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2. Ed., São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento kelseneano e o conceito de vontade no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.13, n.51, p. 57-69, jul./set. 2012.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CAVALCANTI, José Paulo. **Da Renúncia no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 62 disponível em http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:1958;000018550 acesso em 22/12/2016.

CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis; MAZZEI, Rodrigo. Os negócios processuais e a arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo;

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, 6ª ed., vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2009.

CIANCI, Mirna; 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**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.37, n.212, p. 25-56, out./2012.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: Vontade das partes. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA; Pietro. **Soberania, representação e democracia:** ensaios de história do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Eler. **O Caráter Jurisdicional da Arbitragem e o Precedente Arbitral**. Disponível em: http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/159/147 Acesso em 17.09.2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O princípio contraditório e a cooperação no processo, 05.06.2013, p. 5. Disponível em http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/ .Acesso em 18.12.2016

_____. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.242, p. 273-282, abr./2015.

_____. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process**. Yale University Press, 1991.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: **Fundamentos do processo civil moderno**: tomo I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte I. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.247, p. 137-176, set./2015.

_____. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte II. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.248, p. 89-113, out./2015.

_____. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual: parte III. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.249, p. 141-172, nov./2015.

_____. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias - O exemplo da propriedade fiduciária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.17, n.67, p. 129-186, jul./2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito processual civil**. vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n. 187, p. 69-83, set. 2010.

_____. Os três modelos de Direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 198, São Paulo, 2011.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014.

_____; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.234, p. 33-61, ago./2014.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, 17ª ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: volume 2. 10. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e o processo nos tribunais**. v. 3, 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Org.) (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil:** de acordo com a Lei n. 13.256/2016. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Negócios processuais e seus novos desafios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.104, n.955, p. 211-227, maio/2015.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e o direito privado: A busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria general del proceso**. Aplicable a toda clase de procesos. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Milão: CEDAM, 1996.

FERNANDES, Jorge Luiz Reis. A cooperação no processo civil e a redação final do artigo 6° do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.111, n.421, p. 115-128, jan./jun. 2015.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2002.

FONSECA, Juliana Pondé. **The changing role of Courts and the Privatization of Procedure**. In: Anais do II Encontro de Verão do

Instituto Max Planck de Direito Processual Comparado e Regulatório. Luxemburgo, 10-13 jul 2016. 29 p.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental:** um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GODINHO, Robson Renault. A Autonomia das Partes no Projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. **Novas Tendências de Processo Civil: Estudos sobre o projeto do Novo CPC**. Vol.3, Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do "Leito de Procusto". **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, n. 235.

_____. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. V. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1 2013.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Negócio jurídico processual pericial e laissez-faire probatório no novo Código de Processo Civil. **Revista**

Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.13, n.73, p. 104-124, jul./ago. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed. out/dez de 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. Compreensão da vontade do direito: um problema da filosofia da linguagem. Atuação: **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v.6, n.15, p. 135-141, jul./dez.200.

HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.260, p. 49-71, out./2016.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Edipro: São Paulo, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

KERN, Cristoph A. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

LAMY, Eduardo de Avelar. A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüencias para o escopo de sistematização. **Revista de Processo**, São Paulo, RT v.118, nov. 2004, p. 289-302.

_____. **Princípio da Fungibilidade no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2007.

_____; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

_____. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ABREU, Pedro Manoel; LAMY, Eduardo de Avelar; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Ensaios de Processo Civil**, vol. I, São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais sobre a teoria processual. **Sequência**, vol. 38, n. 69, dez 2014. Disponível em https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301/28393 acesso em 15/09/2016.

_____; LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.260, p. 105-129, out./2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA,

Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Legitimacão pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e efetividade do processo**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Ed. RT. 2010.

_____. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento**. Vol. 2. 8 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, vol. III. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: volume 1 - teoria do processo civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, vol. II, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.51, p. 141-174, jan./mar. 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da validade. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do juiz Hércules: desafios da magistratura brasileira no contexto da Lei 13.105/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.250, p. 437-460, dez./2015.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ainda sobre a garantia da razoável duração do processo. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 78, set/2009.

_____. A força das decisões judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n.216, p. 13-34, fev./2013.

_____. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.112, n.423, p. 424-320, jan./jun. 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.29, jul. 2003, p. 450-490.

_____. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. Genesis - **Revista de Direito Processual Civil** Curitiba, GENESIS v.33, jul. 2004, p. 484-510.

_____. Polêmica sobre a Teoria Daulista da Ação (Ação de Direito Material – "Ação" Processual): uma resposta a GUILHERME RIZZO AMARAL. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.34, dez. 2004, p. 690-695.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**: volume II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

_____. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.35, jan. 2005, p. 46-69.

_____. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2007

_____. Juiz natural e julgamento colegiado. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.200, p. 273-277, out./2008.

_____. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 55-68, abr. 2011.

_____. Por uma reforma na Justiça Civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Capelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 199, p. 83-99, set. 2011.

_____. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.8, n.45, p. 22-34, nov./dez. 2011.

_____. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.37, n206, p. 61-78, abr./2012.

_____. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.229, p. 51-74, mar./2014.

_____. Autonomização e estabilização da Antecipação da Tutela no Novo Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 63, p. 24-28, nov/2014.

_____. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado** - RPC, São Paulo, v.1, n.2, p. 83-97, jul./dez. 2015.

_____. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. **O espírito das leis**. vol. XI 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, Renovar, v.20, maio 2001, p. 47-57.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil** (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), v. 05, 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**, 6ª ed., Berlin, Dunker & Humblot, 1995.

MÜLLER, Julio Guilherme. Acordo Processual e Gestão Compartilhada de Procedimento. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. **Novas Tendências de Processo Civil: Estudos sobre o projeto do Novo CPC**. Vol. 3, Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual:** análise jurídica e econômica**.** Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

NERY, Rosa Maria Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.16, n.64, p. 261-274, out./dez. 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese de Doutorado. UFBA. Orientador: Prof. Dr. Didier Jr. Salvador: 2011.

_____. A cláusula geral de acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). **Novas Tendências do Processo Civil** – Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodiwm, 2014.

_____. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, GENESIS v.27, jan. 2003, p. 22-51.

_____. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 10.10.2016.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Adaptabilidade Judicial:** a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de Direito Processual Civil**, 2 ed., Florianópolis: Conceito, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 1, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. II, 3ª ed., Rio, 1995.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4ª ed., tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Tratado das ações**, t. I, Campinhas: Bookseller, 1998.

_____; BERMUDES, Sergio. **Comentários ao Código de Processo Civil**: tomo VII. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo I. 1. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000

_____; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo III - parte geral. 1. Ed. Campinas/SP: Bookseller, 2000.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico:** noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. anot., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. Devido Processo "legal" e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 130, p. 09-16, jan. 2014.

_____. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.244, p. 167-193, jun./2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasilia, Senado Federal v.163, jul. 2004, p. 113-130.

ROMANO, Santi; DAL RI JÚNIOR, Arno (Tradutor). **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval. **A estabilização prevista no Novo CPC como um negócio jurídico processual qualificado**. Disponível em: http://portalprocessual.com/a-estabilizacao-prevista-no-novo-cpc-como-um-negocio-juridico-processual-qualificado/ Acesso em: 13/12/2016.

SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n.241, p. 95-109, mar./2015.

SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUMER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado:** uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

SAVIGNY. Friedrich Carl von. **Sistema delderecho romano actual**, v. II.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil:** volume 1 - teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC - Lei n. 13.105, de 16--3--2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**: atualizado de acordo com a nova Reforma Processual: Leis nº 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set./2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. **Revista Jurídica**, Porto Alegre , v.55, n.363, p.111-124, jan.2008.

STRECK, Lenio Luiz. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? **Revista de Processo**, v. 194, São Paulo: 2011.

STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, ESMPU v.10, jan. 2004, p. 53-72.

TALAMINI, Eduardo. Exposição oral proferida no **II Congresso de Processo Civil de Florianópolis**, em 29/07/2016, em palestra intitulada: "Coisa julgada no novo CPC".

TAVARES, João Paulo Lordelo Gimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 91-109, abr./2016.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.177, p.153-183, nov.2009.

_____. Verdade Negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 8, v. XIII, p. 634-657, jan/jun de 2014, Rio de

Janeiro. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928 acesso em 20/08/2016.

_____. Idelologie e teorie dela giustizia civile. **Revista de Processo Comparado** - RPC, São Paulo, v.1, n.1, p. 293-304, jan./jun. 2015.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Volume 1. 56ª edição rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**: volume I. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2ª edição reformulada e atualizada da obra controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WARAT. Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de Doutorado. URGS. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: 2005.