



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Natália Cristina Castro Santos

**Convenção processual sobre o objeto da cognição:
a delimitação das questões de fato e de direito pelas partes
no art. 357, §2º do CPC**

Rio de Janeiro

2021

Natália Cristina Castro Santos

**Convenção processual sobre o objeto da cognição:
a delimitação das questões de fato e de direito pelas partes no art. 357, §2º do CPC**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidade, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral

Rio de Janeiro

2021

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S237c Santos, Natália Cristina Castro.
Convenção processual sobre o objeto da cognição: a delimitação das questões de fato e de direito pelas partes no art. 357, §2º do CPC / Natália Cristina Castro Santos. - 2021.
179 f.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito processual - Teses. 2. Cognição - Teses. 3. Processo civil - Teses. I. Cabral, Antonio do Passo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/95

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Natália Cristina Castro Santos

**Convenção processual sobre o objeto da cognição:
a delimitação das questões de fato e de direito pelas partes no art. 357, §2º do CPC**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidade, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em 20 de maio de 2021.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^a. Dra. Fernanda Medina Pantoja
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO

Prof^a. Dra. Sofia Orberg Temer
Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2021

AGRADECIMENTOS

“Tudo no mundo começou com um sim. (...) Que ninguém se engane, só consigo a simplicidade através de muito trabalho. Enquanto eu tiver perguntas e não houver resposta continuarei a escrever. (...) Não, não é fácil escrever. É duro como quebrar rochas. Mas voam faíscas e lascas como aços espelhados.” (Clarice Lispector em *A hora da estrela*).

Quando disse *sim* ao desafio de cursar o mestrado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, uma das melhores Faculdades de Direito do país, sabia que vinha pela frente muito trabalho. As inúmeras dificuldades que encontrei neste percurso não são nada quando comparadas a alegria que tenho de entregar este trabalho ao mundo, verdadeiro conjunto de faíscas e lascas de rochas, que somente consegui quebrar com ajuda de pessoas muito especiais, a quem quero agradecer profundamente.

Primeiramente, agradeço às mulheres que me antecederam, que ousaram sonhar e desbravar os caminhos necessários para que eu pudesse sonhar e voar com menos amarras. À minha mãe, Miriam, com todo meu amor e profunda admiração, por todos os esforços empreendidos na minha educação – sei bem que não foi fácil. Obrigada por acreditar em mim, me incentivar a estudar e a perseguir meus sonhos. À minha avó Jacobede, agradeço a ternura de suas mensagens diárias que me dão a certeza de um colo seguro à minha espera.

Às minhas irmãs Samara e Jéssica pela parceria, por respeitarem minhas ausências e tornarem minha vida mais fácil. Especialmente à Jéssica, agradeço a recepção semanal no Rio de Janeiro, com café e cama quentinhos para me acolher depois de exaustivas viagens.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, que tanto me ensinaram e incentivaram minha investida na academia. Aos professores do Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pela carinhosa acolhida, por todos os ensinamentos e qualificados debates.

Ao meu orientador Antonio do Passo Cabral, agradeço a coragem e generosidade de me conduzir nessa empreitada, acreditando que, sim, eu seria capaz de encontrar as palavras para responder às perguntas que me inquietavam.

Ao professor Leonardo Schenk, agradeço a participação na minha banca de qualificação, com contribuições essenciais para o arranjo deste trabalho. Agradeço, ainda, às professoras Fernanda Pantoja e Sofia Temer, por aceitarem compor minha banca de

defesa. É uma grande honra ser lida por um grupo tão qualificado, por quem nutro profunda admiração.

Aos colegas do Grupo Bauminas, pela agradável parceria na advocacia e pelo genuíno interesse no objeto desta pesquisa. Especialmente, agradeço ao Antonio Rufino pela gentileza em disponibilizar meu acesso à sua biblioteca pessoal, fundamental para o desenvolvimento desta pesquisa.

Às minhas grandes amigas Tamara Ribeiro, Lígia Caruso e Lorena Rodrigues, que, cada uma a seu modo, foram essenciais para a conclusão deste trabalho. Numa sociedade com relações cada vez mais líquidas, ouvidos atentos e encontros verdadeiros são exceções preciosas. Vocês são as minhas. Obrigada!

Aos meus companheiros de mestrado, especialmente Fernanda Vogt e João Leite, obrigada pelo prazer da companhia de vocês neste baile da vida. A inteligência e generosidade de vocês me encanta e me inspira a ser uma acadêmica melhor.

Aos meus amigos, minhas pílulas diárias de alegria, Anna Luiza Souza, Anna Elisa Souza, Jordânia Coutinho, Mayra Tavares, Sarah Zanetti, Jonas Bomtempo, Raíssa Lima, Marcela Franco, Bruno Rufino e Jéssica Cruz, que mesmo distantes fisicamente, se fizeram presentes com palavras de conforto, histórias engraçadas, desabaços dolorosos, paixões incansáveis e uma estranha mania de ter fé na vida. Obrigada por tanto.

Agradeço, ainda, à Cintia Bastos, que me ajudou a confiar nas minhas potencialidades, superar meus medos e acolher minhas inseguranças, principalmente nos dias tão duros que temos vivido.

Por vezes não encontrei as respostas que buscava, outras tantas, não achei as palavras corretas para expressá-las, mas se para escrever “*não-importa-o-quê*” o material básico é a palavra, deixo a todos as palavras mais simples que encontrei para expressar a minha franca gratidão e alegria em, *sim*, entregar este trabalho ao mundo.

RESUMO

SANTOS, Natália Cristina Castro. *Convenção processual sobre o objeto da cognição: a delimitação das questões de fato e de direito pelas partes no art. 357, §2º do CPC. 2021. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.*

O art. 357, §2º, do CPC/15 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de a organização do processo ser realizada por iniciativa das partes, que, no exercício de sua autonomia da vontade, poderão delimitar o objeto da cognição judicial, definindo as questões de fato, sobre as quais recairá a atividade probatória, e as questões de direito relevantes ao julgamento do mérito. Diante dessa nova fronteira de gerenciamento processual pelas partes, o presente trabalho apresenta um panorama das convenções processuais no direito brasileiro e dos principais aspectos e objetivos da organização do processo, para, então, propor a releitura do brocardo *iura novit curia*, o princípio dispositivo em sentido processual e a normatividade das convenções processuais como premissas para que a vontade das partes seja compreendida e respeitada na atividade cognitiva orientada pela decisão de mérito. Pretende-se, assim, traçar as diretrizes para o enfrentamento das possibilidades e dos limites das convenções processuais sobre o objeto da cognição, analisar o papel do juiz na sua homologação e conhecimento, bem como os reflexos gerados sobre terceiros não convenientes.

Palavras-chave: Convenção processual. Organização do processo. Cognição. Questão de fato. Questão de direito.

ABSTRACT

SANTOS, Natália Cristina Castro. *Procedural agreement on the cognitive object: the delimitation of the matters of fact and law by the parties on the article 357, §2º of CPC. 2021. 179 f.* Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

The art. 357, §2º, of CPC/15 has introduced on the Brazilian system of laws the possibility of the organization of the procedure to be carried out by the parties, who, in the exercise of their autonomy of the will, may delimit the object of the cognition of the proceeding, defining the matters of fact, on which the evidence activity will remain, and the matter of law relevant to judging the merit. In view of this new frontier of the manage of the procedure, this paper delivers an outlook on the procedural agreement in the Brazilian law system and the main aspects and purposes of the procedural organization, to then propose the reinterpretation of the brocade *iura novit curia*, of the disposition principle in the procedural and obligatoriness of the procedural agreement as premises for the will of the parties to be understood and respected in the cognitive activity guided by the judge of the merits. It is aimed, therefore, to outline the guidelines for facing the possibilities and limits of procedural conventions on the object of cognition, to analyze the role of the judge in its ratification and cognitive, as well as the repercussion for unrelated third parties.

Keywords: Procedural Agreement. Procedural organization. Cognition. Matter of fact. Matter of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONVENÇÕES PROCESSUAIS	13
1.1 O problema da divisão de trabalho no processo	13
1.2 A flexibilização do processo para a efetividade da tutela jurisdicional	21
1.3 Dos fatos jurídicos às convenções processuais	26
<u>1.3.1 Negócios jurídicos processuais</u>	28
<u>1.3.2 Convenções processuais</u>	31
1.3.2.1 Requisitos para celebração das convenções processuais	34
1.3.2.2 Critérios de controle do objeto das convenções processuais	39
1.3.2.3 Vinculação do juiz às convenções processuais	42
2 SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO	45
2.1 As insuficiências do saneamento no direito brasileiro	47
2.2 Saneamento e organização do processo no CPC/15	52
<u>2.2.1 Relações entre organização do processo e cognição</u>	57
<u>2.2.2 Consensualidade na organização do processo</u>	59
<u>2.2.3 Convenção processual sobre questões de fato e de direito</u>	62
3 PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE O OBJETO DA COGNIÇÃO	68
3.1. Primeira premissa: <i>iura novit curia</i> na jurisdição contemporânea	70
3.2 Segunda premissa: princípio dispositivo em sentido processual	79
3.3 Terceira premissa: convenção processual como metanorma	87
3.4 Conclusões parciais	93
4 CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE O OBJETO DA COGNIÇÃO: QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO	96
4.1 Questão de fato e questão de direito: uma dicotomia?	97
4.2 Convenções processuais sobre questões de fato	103
<u>4.2.1 Possibilidades das convenções processuais sobre questões de fato</u>	107
4.2.1.1 O juízo de relevância convencional	109

4.2.1.2. O juízo de incontrovérsia convencional	113
4.2.2 Limites específicos das convenções processuais sobre questões de fato	115
4.3 Convenções processuais sobre as questões de direito	117
4.3.1 A experiência francesa.....	120
4.3.2 A experiência estadunidense	124
4.3.3 Contratos internacionais e arbitragem	129
4.3.4 Possibilidades das convenções processuais sobre questões de direito	134
4.3.4.1 Conflito de leis e normas fronteiriças.....	136
4.3.4.2 Lacunas e indeterminações	138
4.3.4.3 Negócios de certificação.....	140
4.3.4.4 Leis estaduais.....	143
4.3.4.5 Leis estrangeiras	147
4.3.5 Limites específicos das convenções sobre questões de direito.....	149
4.4 Momento de celebração	151
4.5 Forma adequada	153
4.6 O juiz e as convenções processuais sobre o objeto da cognição	154
4.6.1 O papel da homologação pelo juiz	154
4.6.2 Cognoscibilidade de ofício e cumprimento das convenções processuais.....	157
4.6.3 Possibilidades recursais	160
4.7 Reflexos sobre terceiros	162
CONCLUSÃO	165
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	168

INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro desenvolveu-se historicamente sob influência do processo civil romano-germânico, tendo como paradigma o publicismo e sua compreensão de processo como coisa pública, exercitado a partir das normas impostas e concretizadas pelo Estado. Às partes, cabia agir em espaços estritamente regulados e em pequenos sítios de autonomia e liberdade quanto às escolhas processuais.

Pode-se dizer que os papéis desempenhados pelas partes e pelo juiz no processo civil eram estanques e bem delimitados: às partes assegurava-se o exercício direito de ação, princípio dispositivo em sentido material, competindo-lhes tão somente à delimitação dos fatos, a exposição das situações reais e concretas fundamentadoras da controvérsia objeto da prestação jurisdicional, ao passo que ao Estado-juiz cabia o poder-dever de qualificar juridicamente os fatos apresentados e resolver as questões discutidas. *Da mihi factum, dabo tibi us e iura novit curia.*

A despeito de ter gozado de ampla aceitação durante os séculos XVIII e XIX, a doutrina publicista foi reformulada pela constitucionalização do direito durante o século XX, vindo a reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais e a primazia da dignidade da pessoa humana também nas relações processuais. Neste prisma, o processo civil passa a admitir e estimular espaços para o exercício da liberdade das partes, resgatando a autonomia privada sem, contudo, entregar às partes o controle formal e substancial do processo.

Percebe-se, então, um novo paradigma para ciência processual, o paradigma do princípio cooperativo, que visa a promover a participação e colaboração de todos os sujeitos processuais na realização da justiça, compatibilizando espaços para o exercício do autorregramento da vontade das partes e das prerrogativas do juiz no controle da atividade jurisdicional, afastando a conhecida dicotomia publicismo-privatismo.

Nessa senda, tem-se o Código de Processo Civil de 2015 como um consolidador desta virada paradigmática na compreensão do processo civil. Com um primeiro capítulo específico para as normas fundamentais, linhas mestras de interpretação e aplicação das normas processuais, o CPC erigiu como norma fundamental o princípio da cooperação processual (art. 6º), ao lado dos princípios do contraditório participativo, como poder de influência e dever de consideração (art. 7º, 9º e 10), da boa-fé (art. 5º), além de criar um dever geral de estímulo a consensualidade (art. 3º, §§2º e 3º), no intuito de indicar os objetivos que o processo civil brasileiro pretende alcançar: o fortalecimento de uma comunidade de trabalho processual, que

reconhece a autonomia das partes e considera suas ações e percepções para o melhor desenvolvimento da justiça e composição dos conflitos.

O soerguimento da sistemática dos negócios jurídicos processuais no Brasil demonstra o empenho do ordenamento jurídico para estimular uma nova cultura processual, que outorga às partes poderes de flexibilização e adequação procedimental, para o desenvolvimento de um processo justo e efetivo, através de atividades compartilhadas entre juízes e partes autônomas. É o que se percebe a partir dos diversos dispositivos que criam e estimulam espaços de liberdade no processo, como o fomento aos meios adequados de solução de conflitos (arts. 3º, §2º e §3º; 165; 174; 334; 359; 694, dentre outros), a fixação de uma cláusula geral de negociação processual (art. 190) e a ampliação do rol de negócios processuais típicos (arts. 63; 191; 313, II; 357, §2º; 373, §3º, dentre outros).

Todavia, a liberdade dada às partes no processo contemporâneo desafia os processualistas e os operadores do Direito em geral a superarem construções há muito consolidadas, como a visão tradicional do *iura novit curia*, a subteorização do princípio do dispositivo em sentido processual e a concepção legalista das fontes de direito processual. Nesse contexto, o presente trabalho se dedica ao estudo da convenção processual típica prevista no art. 357, §2º, do CPC, tema que tem passado despercebido pela doutrina processual, talvez pela resistência que ainda existe às convenções processuais, talvez pelo parco entendimento de suas possibilidades. Em qualquer das hipóteses é fundamental a ampliação do debate.

No modelo tradicional de processo, compete às partes, em suas primeiras declarações, definir os fatos que serão discutidos no processo, ao passo que ao juiz compete a qualificação jurídica dos fatos e o poder de construção normativa *in concreto* no julgamento da causa. O art. 357, §2º, do CPC, altera esta dinâmica. Concede às partes importante instrumento de gerenciamento do processo, pois possibilita a ampliação ou redução convencional das questões fáticas discutidas no processo, assim como a escolha do direito aplicável, influenciando a cognição do juiz e a tomada de decisão processual.

O empoderamento das partes para a gestão procedimental é útil em muitos sentidos. Para além da previsibilidade, segurança jurídica e compreensão adequada do objeto do processo, o que, sem dúvidas, contribui para maior eficiência do processo e da função jurisdicional, a possibilidade de definição das questões de fato e de direito pelas partes oportuniza a criação de arranjos não diretamente regulados pelas leis estatais, o que permite, criar *in concreto* a norma mais adequada à controvérsia, incluindo ou excluindo do objeto da cognição judicial questões previamente definidas pelas partes no exercício regular de sua autonomia.

Como exemplo, imagine-se que duas contratantes convençionem para definir que, em caso de descumprimento de uma obrigação de pagar, eventual pedido judicial de desconsideração da personalidade jurídica da devedora será analisado à luz do Código de Defesa do Consumidor, ainda que não se trate de uma relação de consumo. Neste caso, ao examinar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, o juiz deve fazê-lo de acordo com as normas previamente indicadas pelas partes, o que implica num recorte de sua cognição quanto aos fatos e ao direito a ser aplicado.

A convenção processual sobre questões de fato e questões de direito permite que as partes convenientes celebrem contratos ainda mais inteligentes e dinâmicos, fazendo até mesmo trocas de prestações materiais por prestações processuais, como já exemplificado no caso acima, porém as possibilidades não se esgotam aí. Há inúmeras possibilidades de realização de recortes cognitivos pelas partes. Em outro exemplo, no curso de um processo judicial que visa ao pagamento de multa decorrente de atrasos na prestação dos serviços contratados, ainda que as partes não tenham interesse na autocomposição, podem convençionar que seja excluído do exame judicial as alegações sobre força maior, restringindo os fatos que serão apreciados pelo juiz e, conseqüentemente, a atividade probatória, o que poderia resultar num encurtamento do lapso temporal para a decisão de mérito, bem como na diminuição dos custos com a instrução.

Embora a doutrina processual brasileira tenha abraçado as convenções processuais e produzido diversos trabalhos de fôlego sobre o tema, observou-se que a convenção processual do art. 357, §2º, do CPC representa uma fronteira de trabalho ainda inexplorada, sobre a qual pairam mais dúvidas do que respostas. Qual o escopo do art. 357, §2º, do CPC? O que significa organizar o processo? Em que medida a atividade organizatória limita a cognição processual? Quais as possibilidades e limites para definição das questões de fato e de direito pelas partes? Quais os impactos que essa delimitação causa ao conhecimento do mérito do processo?

Na tentativa de responder razoavelmente a esses questionamentos, o presente trabalho se divide em duas partes: na primeira, busca analisar o desenvolvimento da temática das convenções processuais no direito brasileiro, as mudanças ocorridas no âmbito do saneamento e organização processual e as premissas para compreensão adequada das convenções processuais sobre questões de fato e de direito; na segunda parte, o trabalho pretende contribuir para a definição das possibilidades e limites da convenção processual do art. 357, §2º, do CPC, como forma de promover o debate sobre o tema e estimular a utilização do instituto pelos operadores do direito.

O primeiro capítulo fixa as bases para a compreensão das convenções processuais no Brasil, a partir do modelo de processo civil cooperativo, proposto pelo Código de Processo

Civil de 2015. Discute o novo formato de divisão de papéis no processo, o papel da autonomia das partes no processo para o equilíbrio e superação da dicotomia entre publicismo e privatismo; revisita os diversos mecanismos de flexibilidade e adaptabilidade procedimental e cuida de inserir as convenções processuais na sistemática dos fatos jurídicos, a fim de conhecer os seus requisitos de existência, validade e eficácia, requisitos estes que são retomados quando da análise da convenção processual típica prevista no art. 357, §2º do CPC.

Por se tratar de negócio jurídico processual incidente especialmente na fase de saneamento e organização do processo, o capítulo segundo dedica-se a refletir sobre as principais modificações da disciplina do saneamento processual no Brasil, especialmente pelo destaque da organização como objetivo máximo desta fase processual. Discute, então, a importância da organização para a eficiência da instrução do processo e julgamento do mérito, com destaques à consensualidade e possibilidade de autorregramento pelas partes, através organização convencional (art. 357, §2º, do CPC) e da organização compartilhada (art. 357, §3º, do CPC) do processo, indicando, ao fim, o estado da arte sobre organização convencional do processo no Brasil.

A partir daí, o capítulo terceiro se propõe a discutir as premissas essenciais para o tratamento adequado das convenções sobre questões de fato e de direito, quais sejam, a ressignificação do adágio *iura novit curia*, o exercício pelas partes do princípio dispositivo em sentido processual e o reconhecimento da convenção processual como metanorma, capaz de indicar as normas que devem ser aplicadas no caso concreto. As três premissas são essenciais ao processo de compreensão, interpretação e aplicação do direito aos fatos narrados no processo.

O capítulo quarto inicia a discussão sobre as principais possibilidades de delimitação convencional do objeto da cognição, além de indicar alguns limites, o momento e a forma de realização do acordo, a relação da convenção com o juiz e com terceiros não signatários do pacto, a fim de servir como uma ferramenta útil para utilização do instituto pelos processualistas brasileiros.

Distante da pretensão de exaurir o tema, o presente trabalho almeja lançar luz sobre um tema pouco explorado pela doutrina processual brasileira e que se apresenta como uma das maiores inovações em termos de flexibilização, gestão processual pelas partes e democratização do processo. De *lege lata*, é possível que as partes realizem a organização convencional do processo, limitando o exercício da cognição do juiz às questões de fato e de direito verdadeiramente controvertidas, o que contribui para a eficiência da tutela dos direitos.

1 CONVENÇÕES PROCESSUAIS

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº. 13.105/2015 – CPC) pode ser considerado um dos diplomas mais evoluídos em termos de autonomia e participação das partes em toda a história processual brasileira. Para além de fortalecer instrumentos já existentes em diplomas anteriores, o CPC rompe com a dualidade e aparente contradição entre a matriz publicista e privatista de processo, para que o exercício da tutela jurisdicional através do processo, como instrumento para se buscar a efetividade dos direitos, ocorra num ambiente de cooperação recíproca, que respeita e promove a influência das partes para a construção de uma decisão de mérito justa e em tempo razoável.

Nesse intuito, a sistemática das convenções processuais é um dos grandes avanços do processo civil brasileiro, seja pela inserção de uma cláusula geral de convencionalidade (art. 190 e 200, do CPC), seja pela manutenção dos tipos específicos de convenções processuais já existentes em códigos anteriores ou pela criação de novos tipos, para admitir de forma ampla a gestão adequada do procedimento pelas partes.¹ Logo, é essencial compreender as premissas das convenções processuais, sua sistemática e seus impactos para o exercício da função jurisdicional.

1.1 O problema da divisão de trabalho no processo

À escorreta compreensão das convenções processuais interessa o estudo da *autonomia privada* ou *autorregramento da vontade*² no âmbito do processo civil, um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana. Por ser o processo civil ramo do direito público foi tradicionalmente marcado pela apropriação do Estado da função de fazer justiça e do monopólio da legislação processual, contudo, o resgate da autonomia privada no processo aponta para o direito e liberdade das partes de fazerem escolhas, colocando à mesa, ainda e sempre, o problema da divisão de trabalho no processo³.

¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In *Negócios processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 3ª ed. t. 1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 53-54.

² DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 18.

³ A divisão de tarefas no processo, problema há muito apontado pelo ilustre José Carlos Barbosa Moreira em seu célebre texto O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos, publicado na *Revista de Processo*. v. 41, p. 7-14, jan-mar/1986, é ponto fulcral para a correta compreensão das convenções processuais, especialmente daquelas que dizem respeito a questões tradicionalmente delegadas, com exclusividade, ao juiz, como ocorre nas questões de direito. O processualista carioca apontava para a necessidade de superação da compreensão estanque da divisão de papéis entre as partes e juízes, especialmente para questionar

O conteúdo atual dignidade da pessoa humana é fruto do desenvolvimento histórico, filosófico, social e político da humanidade. Em seus primórdios, a ideia de dignidade estava intrinsecamente atrelada à religião, fundada no respeito ao homem, concebido à imagem e semelhança de deus. Os ideais iluministas transpuseram o eixo filosófico da discussão para definir o homem como o eixo central e autônomo.

Os horrores vivenciados nas guerras, as mazelas sociais sentidas durante e após o encerramento dos conflitos, reabriram o debate sobre a necessidade de se compreender o homem como um fim em si mesmo, retomando a aproximação entre o direito e a moral⁴. Por sua vez, a reaproximação entre direito e moral culminou na fixação da dignidade da pessoa humana como fundamento de todas as cartas e pactos internacionais de direitos humanos no pós-guerra e, no âmbito nacional, o conceito passou a figurar nos preâmbulos e no rol de direito das constituições. Os estados ocuparam-se de fixar a dignidade da pessoa humana como um princípio jurídico⁵, elevado ao status de eixo interpretativo dos sistemas jurídicos, como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Por ser uma expressão porosa e polissêmica, a dignidade da pessoa humana é muitas vezes utilizada sem rigor científico. Grande parte dessa dificuldade encontra-se no fato de que a dignidade não se resume a aspectos específicos da existência humana, como a integridade física ou a proteção da intimidade e do domicílio, ela vai além, compreendendo um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa condições existenciais mínimas, que a proteja contra todo e qualquer ato de cunho degradante e humano e que propiciem e

as máximas de que às partes caberia apenas a descrição e comprovação dos fatos, ao passo que o juiz estaria incumbido de gestar a produção probatória e definir as questões jurídicas. Discutindo os modelos adversariais e inquisitoriais de processo civil, não somente nesta obra, mas em outras diversas Barbosa Moreira apontava caminhos para superação dos paradigmas tradicionais de distribuição de “fazeres” no processo. Veja-se: Os poderes do juiz na direção e instrução do processo. Texto de conferência pronunciada em 14.9.1984, no *V Simpósio de Direito Comparado Luso-Brasileiro* (Rio de Janeiro); Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, p. 58-72, 2003; O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003.

⁴ Aproximação, aqui, no sentido proposto por Immanuel Kant que sustentava como imperativo categórico, e – por assim o ser – universalizável, a autonomia e a dignidade, afirmando que “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.” KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. 2007, p. 68.

⁵ A carga axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana é tamanha que pode ser compreendida como um princípio de natureza jurídica dúplice, ora se comportando como regra, ora como princípio. Na qualidade de regra, deve sempre ser aplicada, em preferência a outros princípios. Como princípio, constitui-se como um mandado de otimização, de modo que deve ser realizado na maior medida possível. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

promovam a participação ativa e corresponsável dos indivíduos nos destinos de sua própria existência⁶.

Possui, então, uma eficácia negativa, que resguarda os cidadãos da coisificação e das arbitrariedades e agressões sociais e/ou estatais, e, também, uma eficácia positiva, que implica num *facere* do ordenamento jurídico⁷, para promover a autodeterminação dos indivíduos nas diversas esferas de sua vida. No âmbito do processo civil, a eficácia positiva da dignidade da pessoa humana manifesta-se na tutela da liberdade, através dos mecanismos de exercício da autonomia privada, pilar da democracia no processo.

A autonomia privada, por sua vez, deve ser compreendida como uma liberdade positiva, que pressupõe a capacidade real dos indivíduos de determinar os rumos da própria vida, seguindo seus projetos e preferências, por mais que esses desafiem tradições e costumes enraizados na sociedade. Como ramo do direito público, o direito processual civil também é regido pela liberdade como dimensão da dignidade da pessoa humana, de modo que a autonomia da vontade deve ser respeitada como forma de se assegurar o devido processo legal⁸, para legitimar o exercício da jurisdição e constituir garantias para as partes diante do poder estatal.

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu novo eixo sistemático-interpretativo na busca da realização de um modelo constitucional de processo, especialmente pela positivação das normas fundamentais (arts. 1º a 12, do CPC), verdadeiras *linhas mestras*⁹, por meio das quais o processo civil deve se estruturar e ser interpretado e aplicado. Estabeleceu novos instrumentos processuais alinhados aos conteúdos mínimos da dignidade, ao mesmo passo que deu o tom para a interpretação dos institutos já existentes, visando ao fortalecimento, ressignificação e compatibilização destes institutos processuais com a norma fundamental do sistema, de modo que o juiz, ao aplicar o ordenamento, deverá *resguardar e promover a dignidade da pessoa humana*.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do Direito penal e processual penal no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. 7, p. 633-662, ago/2015.

⁷ ROSENVALD, Nelson. *A dignidade da pessoa humana no CPC/15*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/12/18/A-dignidade-da-pessoa-humana-no-CPC15>>. Acesso em 23 fev. 2020.

⁸ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. afirma que “um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira.” DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Op. cit.*, p. 19.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4ª. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 152.

Não cabe, pois, conceber o processo civil como um instrumento do Estado, de defesa e tutela do interesse público, mas como instrumento de tutela dos direitos à disposição dos indivíduos.¹⁰ A conexão entre dignidade da pessoa humana, direito à liberdade e à autonomia privada impede que as partes sejam tomadas como objeto da atividade jurisdicional, são, na verdade, sujeitos ativos do processo, com capacidade de autoregramento e influência no debate processual, o que viabiliza que o processo civil contemporâneo se desenvolva de modo cooperativo, numa justa e equilibrada divisão de trabalho no processo¹¹.

Admitidas as partes como sujeitos ativos do processo, dotados de autonomia e, portanto, de liberdade dentro do exercício da função pública jurisdicional, surgem alguns pontos de tensão no desempenho dos papéis processuais, tais como a iniciativa para a instauração do processo, a delimitação do objeto litigioso e do julgamento, o impulso processual, a formação do material de fato e de direito, a motivação da sentença, a extinção do processo por ato dispositivo e outras diversas questões que confrontam o espaço de atuação tradicionalmente concedido ao juiz e o espaço almejado pelas partes para exercício de sua liberdade no processo.

É comum que os sistemas jurídicos sejam categorizados a partir da distribuição de funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais¹², existindo modelos caracterizados pela atribuição de maiores poderes às partes e seus advogados (*adversarial system*) e outros marcados pelos poderes acentuados do juiz na condução do processo (*inquisitorial system*)¹³. Em ambos os casos, percebe-se que a opção para conceder o gerenciamento de determinadas questões às partes ou ao juiz está intimamente relacionada com as ideologias orientadoras de determinada sociedade e, conseqüentemente, de seu ordenamento jurídico, vindo a calhar a metáfora de que “o direito processual é um espelho da cultura da época”¹⁴. De fato, o direito

¹⁰ De fato, não basta afirmar que o processo é um instrumento, é necessário destacar a sua finalidade, qual seja, a tutela dos direitos, tendo em vista “a viabilização de uma decisão de mérito justa, adequada, efetiva e tempestiva para um caso”. MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 25.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Op. cit.*, p. 10.

¹² DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, v. 198, p. 213-225, ago./2011.

¹³ A proposta de categorização dos modelos processuais como adversariais e inquisitoriais serve bem à explicitação de características gerais que podem estar mais ou menos presente em sistemas reais de processos civil, mas é ingênuo imaginar que os sistemas processuais se vinculem unicamente a um dos modelos apresentados. De fato, não existem sistemas processuais puro, tanto em relação à sua tradição histórica (*common law e civil law*) como em relação à divisão das funções entre os sujeitos processuais (adversarial e inquisitorial). BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Op. cit.*, p. 55-69. O máximo que se pode dizer é que alguns sistemas tendem mais ao modelo adversarial e outros ao inquisitorial. JOLOWICZ, John Anthony. Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 52, n. 2, p. 281-295, abr/2003.

¹⁴ KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungenim Prozesse*, apud CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de processo*, v. 65, p. 127, jan/1992. Quanto à correlação entre o modelo de processo e as concepções ideológicas dominantes, veja-se ainda os trabalhos de GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de processo*. v. 164, p. 29, out/2008, e no direito

processual civil, braço da ciência social aplicada que é o Direito, não existe como as ciências exatas e matemáticas, é fruto de uma construção social e é influenciado pelas ideologias e projetos de poder existentes em cada época.¹⁵

Durante o Estado Liberal, o processo estava comprometido com os direitos subjetivos dos cidadãos, cabendo ao juiz uma postura passiva diante do interesse das partes. Como ensina Leonardo Greco, a desconfiança em relação ao juiz era tanta que esse sequer podia examinar os pressupostos processuais ou fazer o processo avançar em fases, sua atividade dependia do impulso concreto de uma das partes.¹⁶ A ideologia liberal contribuiu para reforçar a autonomia privada das partes no processo e garantir a menor intervenção do Estado sobre a atividade jurisdicional, o que levou à identificação do processo como “coisa das partes”, traço típico do modelo adversarial de processo e de sua compreensão privatística.

Neste modelo, a iniciativa e a condução processual são entregues às partes, restando ao Estado uma intervenção mínima e subsidiária. Juan Montero Aroca, grande defensor da doutrina privatista no processo, argumenta que o juiz deve agir como um garantidor do processo, prezando pela inércia da jurisdição e autonomia das partes, a fim de que sejam evitadas ingerências desnecessárias e autoritarismos no processo.¹⁷

Os privatistas presumem que as partes possuem iguais condições de litigar, o que dispensa a tutela paternalista do Estado. O juiz liberal e garantista deve se limitar a tonar efetivo o direito buscado pelas partes, sem desequilibrar a relação de igualdade e contaminar a atividade judicial.¹⁸ Permitir que o juiz conduza a atividade processual e ordene provas e diligências não requeridas pelas partes, compromete a imparcialidade para o julgamento em razão da contaminação cognitiva do juiz, tendencioso a dar mais valor às provas que produziu a fim de provar as hipóteses por ele estabelecidas.¹⁹

italiano TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestale di diritto e procedura civile*. v. 63, n. 1. p. 63-92, mar/2009.

¹⁵ SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Processo e ideologia. *Revista de processo*, v. 110, p. 19-36, abr-jun/2013.

¹⁶ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Op. cit*, p.30.

¹⁷ MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria. In *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 149-150.

¹⁸ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Op. cit*, p.30.

¹⁹ ZUCKERMAN, Adrian. No Justice Without Lawyers - The Myth of an Inquisitorial Solution. *Oxford Legal Studies Research Paper*, v. 66, set/2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2503867>>. Acesso em 20 mar. 2020. No mesmo sentido, Leonardo Greco destaca a importância de se respeitar as esferas de atuação de cada sujeito processual para preservar a imparcialidade. “A eficiência e a justiça da decisão exigem que as partes e o juiz tenham esferas de atuação precisamente delimitadas e que se afaste diligentemente a mais remota confusão de papéis no processo. A desigualdade entre as partes não deve ser remediada através de uma atitude paternalista do juiz, mas pela intervenção de outros sujeitos”. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Op. cit*, p.31.

Nesse quadro, os privatistas consideram que a gestão estatal sobre o processo, especialmente em busca da ‘verdade real’ dos fatos, compromete a parcialidade do juiz e cede espaço ao autoritarismo, por autorizar que o juiz exaspere a vontade das partes, o que foge às finalidades do processo. No privatismo, a missão básica do processo é manter a paz social, a justiça é sempre relativa²⁰, por isso, reserva-se às partes o papel dominante na condução do processo, através do exercício do princípio dispositivo²¹. O processo civil interessa às partes, inaugura-se por sua iniciativa e se desenvolve a partir dos limites por ela fixados.²²

De outro lado, a partir das concepções sociais de processo, fortalecida no período de guerras, desenvolveu-se a doutrina do publicismo processual, compromissada com a defesa de um modelo inquisitorial, com acentuada participação e influência do juiz na direção do processo e na instrução probatória.

A doutrina publicista defende que ainda que as partes discutam interesses privados no processo, a provocação da atividade jurisdicional estatal reveste a discussão de interesse público²³, uma vez que são empregados recursos públicos na definição do conflito e o seu resultado poderá afetar terceiros não envolvidos na relação processual, o que justifica o reforço da autoridade do juiz como representante do Estado em busca da pacificação dos conflitos.²⁴ Dessa feita, sob o prisma do processo como “coisa pública” admite-se o alargamento dos poderes do juiz, demonstração do compromisso estatal com a descoberta da verdade e com a realização de um processo justo, com o menor dispêndio de tempo e energias.²⁵

²⁰ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Op. cit.*, p.31.

²¹ As diferentes dimensões do princípio dispositivo no direito brasileiro, ora compreendido como princípio da demanda, no que diz respeito à disposição material das partes sobre as questões discutidas, e ora compreendido em seu aspecto processual, como princípio do debate, são essenciais à compreensão das convenções processuais previstas no art. 357, §2º, do CPC, razão pela qual serão discutidas como premissa em item próprio. Ver item 3.2 – segunda premissa (infra).

²² “Na ausência de uma intervenção direta e portanto de controle do juiz sobre o desenvolvimento do processo, as partes e seus defensores tornaram-se seus árbitros praticamente absolutos. (...) qualquer espécie de poder judicial era ignorado ou pelo menos muito atenuado: o juiz deveria permanecer totalmente estranho à direção do processo.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66-67.

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, v. 30, n. 122, p. 9–21, abr/2005.

²⁴ “O litígio será talvez privado, mas daí não se segue que seja igualmente privado o processo a ele relativo. Tenho consciência de estar proclamando obviedades, dignas do Conselheiro Acácio: o óbvio, entretanto, é às vezes a coisa mais difícil de se enxergar com nitidez. Bastaria, desde logo, atentar em que, seja qual for a natureza da lide, ao instaurar-se processo, vai ocupar-se dela um órgão estatal, com a conseqüente necessidade, que se impõe ao Estado, de manter para esse fim um aparelho dispendioso, valendo-se de recursos da contribuição de toda a sociedade.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? *In Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 13.

²⁵ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Op. cit.*, p. 4.

Embora não exista, como afirma Barbosa Moreira, um ordenamento processual “quimicamente puro”²⁶, é possível perceber as influências de cada modelo, publicista ou privatista, nos ordenamentos jurídicos, na medida em que se assentam sobre premissas diversas, especialmente quanto à divisão de trabalho entre partes e juiz.

O modelo publicista reconhece as desigualdades materiais entre as partes, ignoradas pelo sistema adversarial. Diante das desigualdades existentes nos níveis econômicos e sociais, é verdade que tais desigualdades se reproduzem no plano processual, o que, para os publicistas, exige uma postura mais interventiva do juiz para suprir as deficiências das partes e assegurar a igualdade concreta.²⁷ Defende-se um olhar atento do juiz para equilibrar a relação processual, repelir abusos de direito processual e trabalhar em busca da verdade no processo, o que se dá, especialmente, através da iniciativa probatória do juiz, como importante fator de equalização das desigualdades processuais.²⁸ Tais concepções justificam uma divisão de funções processuais com protagonismo do juiz em relação às partes.

De fato, não é possível conceber um sistema processual unicamente vinculado à doutrina publicista ou à doutrina privatista. O processo não é “coisa das partes”, tampouco “coisa pública”. Como ensina Leonardo Greco, o processo civil do nosso tempo tem um fundamento liberal essencial, comprometido em realizar com plenitude a eficácia dos direitos particulares tutelados pela ordem jurídica, de modo que é preciso explorar os espaços de liberdade que as partes podem e devem exercer no processo, afastando qualquer pretensão de paternalismo e autoritarismo judicial.²⁹ O interesse público na realização da justiça tem de coexistir com o interesse privado e admitir a disposição das partes quanto aos direitos materiais e processuais.

No entanto, o processo civil brasileiro por muito tempo esteve atrelado a uma concepção publicista de processo. Especialmente no Código de Processo Civil de 1939 percebia-se a ampla concessão de poderes ao juiz para a direção do processo, por exemplo, a permitir a realização de diligências de ofícios e a formação de convencimento livre a partir de fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes.³⁰ No Código

²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Op. cit.*, p.57.

²⁷ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Op. cit.*, p. 10.

²⁸ “A busca da verdade não é autoritária, desde que respeitada a liberdade das partes de dispor dos seus próprios interesses, a sua dignidade humana e a de quaisquer outras pessoas, e desde que não seja preconceituosa e direcionada tendenciosamente a demonstrar apenas uma determinada verdade. Em caráter subsidiário, para suprir as deficiências probatórias das próprias partes, especialmente o abismo de comunicação que separa as partes do juiz, ela constitui um importante fator de equalização das desigualdades processuais.” GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Op. cit.*, p. 11.

²⁹ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Op. cit.*, p. 16.

³⁰ É o que destaca Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre o CPC/39, “a vigorosa concepção publicista da jurisdição, que presidiu à preparação do Código, faz-se sentir nas disposições dedicadas ao procedimento,

de Processo Civil de 1973, o rigor formal e temporal do procedimento eram as bases de construção do processo, embora se reconhecesse o caráter essencial do contraditório para declarar que a vontade do juiz não era soberana, mas condicionada à iniciativa, vontade e comportamento das partes, operando como um fator de contenção do arbítrio do juiz.³¹

A despeito das modificações operadas pelo contraditório no processo civil brasileiro sob a égide do CPC/73, notadamente por estimular a comunicação e a influência reflexiva entre os sujeitos processuais, ainda se percebia, como denunciava Antonio do Passo Cabral, uma inclinação ao “processo de resultados”, sem grandes preocupações com o procedimento em si.³² Era preciso redirecionar o foco para a legitimação e justiça do procedimento, a fim de que o ordenamento jurídico criasse e adaptasse suas estruturas e instituições para a criação de sistemas capazes de assegurar a influência reflexiva e a deliberação racional.³³

O Código de Processo Civil de 2015 inova por instituir um sistema integrado de democratização processual, o que se vê no estabelecimento de linhas-mestras, verdadeiros eixos sistemáticos de compreensão do processo, e no fortalecimento de instrumentos de participação e de exercício de liberdade pelas partes, combinando autonomia e heteronomia. Sem embargos, é possível afirmar que há um verdadeiro microssistema de proteção do exercício da livre vontade das partes no processo³⁴, o que impõe uma nova divisão de trabalho no processo. Questões tradicionalmente concedidas à análise solitária do juiz são, agora, compartilhadas, admitindo-se maior espaço de influência das partes e exercício de sua liberdade.

Tendo a cooperação como eixo sistemático, o processo civil contemporâneo estabelece que todos os sujeitos devem cooperar entre si para a efetividade da prestação jurisdicional e da tutela dos direitos. No modelo cooperativo de processo civil não há espaço para a dicotomia entre a concepção pública e privatista do processo³⁵, coexistem instrumentos processuais de heteronomia e autonomia, assegurando um procedimento circulatório

atribuindo-se ao juiz o dever de conduzi-lo por sua própria iniciativa e do modo mais rápido, evitando a chicana das partes.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Op. cit.*, p. 85.

³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Op. cit.*, p. 153-159.

³² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 171-173.

³³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno. Op. cit.*, p 173.

³⁴ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Op. cit.*, p.21.

³⁵ Como afirma Godinho, há maturidade cultural suficiente para que o processo passe a ser uma coisa com partes. “O novo Código de Processo Civil pode ser um relevante marco nessa tentativa de equilíbrio entre o publicismo e o privatismo, promovendo mudanças estruturais na processualística.” GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *Negócios processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 3ªed. t. 1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 580.

multidirecional³⁶, no qual os sujeitos se influenciam reciprocamente para o desenvolvimento do processo.

Nesse quadro, é que se inserem as convenções processuais, claramente incentivadas pelo Código de Processo Civil de 2015, seja pela previsão de uma cláusula geral de negociação (art. 190, do CPC), que permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, seja pelo número significativo de negócios jurídicos processuais típicos, tais como o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II), a eleição negocial do foro (art. 63), a convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º), a renúncia ao recurso (art. 999) e a convenção sobre o objeto da cognição judicial (art. 357, §2º), objeto específico deste trabalho. As convenções processuais descortinam-se como um dos maiores espaços para o exercício da liberdade das partes no processo e para o reconhecimento de novas formas de organização e divisão de tarefas processuais, perfeitamente alinhada ao paradigma do princípio cooperativo e ao contraditório como influência reflexiva.

O paradigma publicista de processo como coisa pública, direcionado exclusivamente pelo juiz, é substituído pela noção de comunidade de trabalho, de comportamentos retro-operantes e reflexivos entre os sujeitos processuais. De fato, erigir a cooperação como eixo sistemático do sistema processual é um avanço para a busca da tutela efetiva dos direitos e organização de um processo que reflita os compromissos do Estado Constitucional, notadamente para o fortalecimento dos mecanismos de gestão do processo pelo juiz e pelas partes, em contraposição ao rigor formal típico da concepção publicista de processo.³⁷

1.2 A flexibilização do processo para a efetividade da tutela jurisdicional

Desde o fim do século XX, o direito processual tem passado por severa reformulação na tentativa de atualizar seus institutos e categorias para a melhor adequação à realidade social, em busca de garantir uma maior efetividade da tutela jurisdicional.³⁸ A

³⁶ “É que as formas têm como uma de suas funções o regramento do debate. A difusão dos estímulos subjetivos, que tem a virtude de não aprisionar o condicionamento a modelos binários (direito-dever etc.), não representa desordem. Trata-se de combinar autonomia e heteronomia não numa ordem jurídica hipostática, mas heterárquica, a partir de um procedimento circulatório multidirecional.” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. *Op. cit.*, p 171.

³⁷ A estrutura do processo cooperativo é o primeiro fundamento para o gerenciamento processual, assim compreendido não somente os poderes concedidos ao juiz, mas também as técnicas disponíveis às partes para gestão do procedimento. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 172.

³⁸ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas de gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de processo*, v. 193, p. 167-200, 2011. p. 171.

constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, uma série de regras mínimas que se convencionou chamar de *garantias fundamentais do processo*.³⁹ Como garantia fundamental do processo, a tutela jurisdicional adequada comporta uma análise ampla de diversos aspectos processuais, mas que, em suma, significa ser bem ajustada à realidade do direito material⁴⁰, considerando aspectos como o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material, enfim, os meios colocados à disposição das partes e do Estado para a declaração e atuação do direito⁴¹.

A tutela jurisdicional adequada deve, pois, considerar a natureza do direito material, a forma como esse direito se apresenta no processo e a situação processual de urgência, a fim de que o procedimento se apresente devidamente estruturado para tratar dos direitos discutidos. Nas lições de Leonardo Greco, já se percebia a inclusão do procedimento legal, flexível e previsível como uma garantia estrutural da tutela jurisdicional adequada. Embora defendesse a plena regulação do procedimento pela lei, até mesmo como uma forma de assegurar previsibilidade às partes para a defesa de seus interesses, Greco excepcionava a rigidez e inflexibilidade ao afirmar que a lei deveria facultar ao juiz uma certa margem de adaptabilidade dos instrumentos processuais para assegurar a paridade de armas entre as partes e possibilitar o cumprimento de técnicas mais idôneas ao exercício do contraditório pelas partes.⁴²

Por sua vez, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao tratar do formalismo como o conjunto de regras disciplinadoras da atividade processual, cravava a distinção entre o formalismo no processo civil moderno e a forma ou a formalidade, para compreender aquele num sentido mais amplo de delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, incumbido da tarefa de “indicar o início e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”⁴³, desde já fixando a adaptação do procedimento como uma base interna de relativização do formalismo no processo, diante da

³⁹ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em <https://www.academia.edu/32957628/Garantias_fundamentais_do_processo_o_processo_justo_pdf>. Acesso em 05 jan. 2020. p. 227-228.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 214.

⁴¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 167.

⁴² GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *Op. cit.*, p. 265-266.

⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. *Op. cit.* 28. Sobre a doutrina do formalismo do professor Alvaro de Oliveira, Fredie Didier Jr. enuncia que trata, em linguagem simples, “do regulamento da disputa”, de descrever como funciona o processo e quais são as regras do jogo. DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_%20formatado.pdf>. Acesso em 01 fev. 2021.

necessidade de o direito processual atingir a maior efetividade possível para a tutela do direito material e outorga da justiça.⁴⁴

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o legislador e a doutrina processual já ensaiavam um fortalecimento dos mecanismos de adaptabilidade ou flexibilização do procedimento⁴⁵, contudo, o processo civil ainda estava compromissado, ou, por que não dizer, fundamentado, com a *ordinariedade*, fruto da ideologia racionalista incidente no processo civil, largamente difundida pela escola exegética, na tentativa de transformar o direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável quanto uma equação algébrica.⁴⁶

A *ordinariedade*, denunciava Ovídio A. Baptista da Silva, representava a crença de que o processo se desenvolveria através de um caminho único, no qual um juiz neutro e imparcial atuaria para descobrir a verdade e proclamá-la na sentença, emitindo um juízo de certeza, expressão da vontade do legislador, capaz de conferir a melhor tutela aos direitos e garantir segura jurídica, aplicando-se a todos indistintamente.⁴⁷ No entanto, a experiência demonstrou que a *ordinariedade* não passava de um mito, que terminava por não reconhecer as diferentes necessidades dos procedimentos e enclausurar a prática processual, contribuindo para o reforço de grandes problemas de justiça, como a morosidade.⁴⁸

Embora o procedimento ordinário não fosse suficiente ao tratamento de todas as demandas, vez que muitas questões poderiam ser resolvidas com menos etapas processuais e de modo mais célere, ao passo que outras necessitavam de medidas não previstas pela lei, a regularidade formal ordinária era a regra e se constituía como obstáculo no sistema processual legalista. A alternativa encontrada foi a instituição e positivação de mecanismos de tutela diferenciada, de procedimentos especiais para atender a uma situação específica⁴⁹ ou com algum traço que os distinguissem do comum, refletindo uma situação relacional⁵⁰.

Os fundamentos para instituição de procedimentos especiais eram louváveis, residiam na efetividade, na necessidade de conferir instrumentos idôneos e adequados à tutela

⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. *Op. cit.*, p. 160-161.

⁴⁵ Como bem pontua Antonio do Passo Cabral, a tendência de permissividade à flexibilização procedimental já era sentida no campo da jurisdição voluntária, a teor do art. 1.109 do CPCP/73, que autorizava a adaptação da forma dos atos processuais pelo juiz. Também no Estatuto da Criança e do Adolescente observava-se, a partir do art. 153, a possibilidade de o juiz escolher as formalidades mais adequadas ao procedimento de cada caso. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 223.

⁴⁶ SILVA, Ovídio Araujo Baptista. *Processo e ideologia*. *Op.cit.*, p.8.

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 12.

⁴⁸ RAATZ, Igor, LOPES, Ziel Ferreira, DIETRICH, William Gale. O que é isto: a *ordinariedade*? Perspectivas de superação no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, vol. 272/2017, p. 127 – 161, out / 2017.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 21.

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 22. Os autores exemplificam a relação a partir do procedimento da ação civil pública: no microsistema da tutela coletiva é comum, porém diante do Código de Processo Civil é especial.

dos diferentes direitos⁵¹, no entanto, acabaram por não corresponder aos objetivos que se propuseram. Isto porque os procedimentos especiais foram tratados a partir das mesmas premissas do procedimento comum, tendo como características a legalidade, taxatividade, excepcionalidade, indisponibilidade, inflexibilidade, infungibilidade e exclusividade⁵², o que culminou por engessá-los, à semelhança do que ocorreu com o procedimento ordinário.

A incapacidade do legislador de prever e regulamentar, antecipada e adequadamente, todas as situações da vida social e as variantes do direito material, resultaram em dezenas de procedimentos especiais, incapazes de oferecer uma solução satisfatória às diversas necessidades de direito material e processual submetidas ao Poder Judiciário.⁵³ Verificava-se a insuficiência do procedimento ordinarizado e também o esgotamento das potencialidades do modelo de procedimentos especiais.⁵⁴ Urgia uma reforma completa, capaz de substituir a ordinariiedade como força motriz.

Inicialmente, as propostas de flexibilização do processo⁵⁵ apresentavam-se como uma prerrogativa dos juízes, autorizados a adaptar e gerir o processo e o procedimento para melhorar a qualidade do produto judicial, orientando-se pela efetividade da tutela dos direitos.⁵⁶ O sistema processual indicava um rompimento com a ordinariiedade e rigidez típicas de uma concepção puramente publicista, contudo, continuava a crer no protagonismo do juiz para as adequações procedimentais. Percebia-se, então, o problema da divisão de trabalho entre partes e juiz no campo da flexibilização processual: em um modelo de processo regido pelos princípios do contraditório, cooperação e boa-fé, por que não admitir que as flexibilizações processuais ocorressem por iniciativa das partes?⁵⁷

⁵¹ LEITÃO, José Ribeiro. Aspectos da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJ/DF*, Brasília, p. 29, abr/1985.

⁵² DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. *Op. cit.*, p. 32-39.

⁵³ REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 90-92. Destaques para a crítica de Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que as reformas pontuais na legislação processual, ignoraram a necessidade de uma reforma global, mais abrangente, integrando uma “verdadeira estratégia de guerrilha contra pontos débeis do sistema.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil (LGL/1973/5)*. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 220.

⁵⁵ Camilo Zufelato analisa a adequação ou adaptação do processo sob dois primas, o da flexibilização e o da gestão procedimental, considerando-os figuras processuais tecnicamente distintas. A flexibilização se atrela à ideia de alterações, adaptações ou até mesmo criações de modelos procedimentais previamente estabelecidos em lei, ao passo que a gestão se volta a uma atuação judicial do próprio processo, englobando flexibilizações procedimentais *stricto sensu*. ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro. In: *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245. Aqui estamos tratando da flexibilização em sentido amplo.

⁵⁶ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas de gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de processo*, v. 193, p. 167-200, 2011. p. 171.

⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 225.

O Código de Processo Civil de 2015, ao mesmo tempo em que realizou a reforma estrutural necessária para substituição do dogma da ordinariedade para a promoção da adaptabilidade, rompeu com as concepções puramente publicistas de que uma solução jurisdicional eficiente e adequada residia no gerenciamento do processo pelo juiz, para admitir a flexibilização processual por iniciativa das partes.⁵⁸ Encampando um modelo de processo cooperativo (art. 6º, do CPC), onde todos os sujeitos devem estimular a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §3º, do CPC) e reconhecendo a necessidade de retro-influência no diálogo processual para construção de decisões justas (art. 9º e 10, do CPC), o CPC/15 oferece diretrizes para o gerenciamento processual que reforçam o compromisso com uma equilibrada divisão de trabalho entre juiz e partes.

Assim, no paradigma do processo cooperativo, o gerenciamento processual deve ser compreendido, de forma ampla, como o conjunto de técnicas e mecanismos a serem aplicados pelo juiz e/ou pelas partes, em cooperação com os demais sujeitos processuais, para a melhor condução do processo em perspectiva procedimental e substancial.⁵⁹ No intento de identificar o ferramental disponível para o gerenciamento processual no sistema do CPC/15, Érico Andrade enuncia três importantes instrumentos, quais sejam, a flexibilização processual a partir da escolha de “circuitos” processuais, com mudança na estruturação dos procedimentos judiciais, a possibilidade de calendarização do processo e a “contratualização” do processo, esta última para admitir o gerenciamento processual a partir de acordos celebrados entre as partes.⁶⁰

Ao lado dos instrumentos de gestão processual pelo juiz, encontram-se novos mecanismos de gestão processual pelas partes, como as convenções processuais típicas, algumas em temas antes entregues ao exclusivo gerenciamento do juiz (a exemplo da definição das questões de direito no art. 357, §2º do CPC), e a cláusula geral de negociação processual atípica (art. 190, do CPC), para que as partes possuam liberdade para adaptar o procedimento

⁵⁸ ABREU, Rafael Sirangelo. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de processo*, v. 257, p. 51-76, jul/2016.

⁵⁹ ALVES, Tatiana Machado. *Gerenciamento processual no Novo CPC: mecanismos para gestão cooperativa do processo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 221. Também defendendo que a adequação pode se dar no âmbito do processo e do procedimento, REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. *Op. cit.*, p. 64. “Assim é que tanto o *procedimento*, quanto o *processo* – independentemente do conceito que se admite para um ou para outro instituto – podem ser passíveis de *adequação* pelo juiz e pelas partes em um caso concreto, desde que atendidos os pressupostos e os requisitos necessários para a adequação.”

⁶⁰ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas de gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Op. cit.*, p. 173.

aos seus interesses e necessidades, ainda que não importe ajustes às especificidades do caso concreto.⁶¹

Sem embargos, os acordos processuais representam um incremento democrático à realização da função jurisdicional, compatível com o estímulo à consensualidade processual.⁶²

“Ao invés de impor às partes uma justiça *prêt-a-porter*, admite-se uma justiça ‘sob medida’ (*tailor made*).⁶³

Enfim, a adaptabilidade do sistema processual através das convenções processuais, mecanismos de gerenciamento processual de iniciativa das partes, contribui para a eficiência do sistema processual, prestigiando os princípios do contraditório, cooperação e boa-fé. Tanto para as convenções típicas como para as convenções atípicas, é possível verificar um *plus* de previsibilidade no exercício da função jurisdicional, na medida em que são aptas a condicionar comportamentos processuais⁶⁴, estão voltadas para as necessidades dos litigantes e podem ainda sinalizar possíveis correções nas regras legisladas, considerando que as regras convencionadas podem chamar a atenção para novas formas de soluções de conflitos, talvez despercebidas pela atividade legiferante.⁶⁵

1.3 Dos fatos jurídicos às convenções processuais

A dogmática das convenções processuais se insere na teoria dos fatos jurídicos aplicada ao processo. Embora não tenha desenvolvido uma teoria específica para os negócios jurídicos processuais, Pontes de Miranda identificou a estrutura lógica das normas jurídicas para a adjetivação de fatos em fatos jurídicos, a partir da compreensão de que o mundo jurídico é formado por fatos sociais de relevância, os quais o direito logra disciplinar e atribuir consequência jurídica.

Ao descrever hipoteticamente um ou mais fatos (*suporte fático*) e imputar consequências (*preceito*) para o caso de se materializarem ocorre a qualificação normativa do

⁶¹ Nesse sentido, veja-se o enunciado 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa.”

⁶² ANDRADE, Érico. As novas perspectivas de gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Op. cit.* p. 175.

⁶³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* 226.

⁶⁴ A preocupação com a economia da justiça pode se voltar contra si mesma quando leva a escolhas que não são consistentes com toda a evolução contemporânea dos arranjos processuais. CADIET, Loïc. Case management judiciaire et déformalisation de la procédure. *Revue Française D’Administration Publique*. n. 125, p. 133-150, 2008. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133.htm?contenu=article>>. Acesso em 22 fev. 2020.

⁶⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* 227.

fato, sem a qual o fato seria puramente natural. Logo, o fato jurídico pode ser compreendido como *o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica*⁶⁶. Sobre os fatos jurídicos *lato sensu*, Pontes de Miranda os sistematiza em quatro diferentes categorias: fato jurídico *stricto sensu*; ato-fato jurídico; ato jurídico *lato sensu*, que se subdividem em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico e o ato ilícito, diferenciando-as pela presença ou ausência de ato humano e volitivo no elemento nuclear do fato⁶⁷.

A construção ponteana da teoria dos fatos jurídicos não é suficiente para abranger as especificidades do direito processual, mas é possível sistematizá-la para o melhor entendimento dos fatos jurídicos verificáveis no fenômeno processual, especialmente a partir da análise da vontade para caracterização do negócio jurídico. Nesse mister, embora ciente de que a categorização dos fatos jurídicos não está imune a críticas, ocupa-se de apontar as principais figuras dos fatos jurídicos processuais, adotando-se a sistemática proposta por Antonio do Passo Cabral que divide os fatos jurídicos processuais em sentido amplo em: *fatos jurídicos processuais stricto sensu* e *atos jurídicos processuais lato sensu*, estes subdivididos em *ato jurídico processuais stricto sensu* e *negócios jurídicos processuais*⁶⁸.

O fato jurídico processual *stricto sensu* é o evento que assume caráter jurídico pela incidência de uma norma processual. A norma jurídica atribui consequência aos efeitos de sua produção, mas não disciplina seu modo de produção, que é natural, regido pela lógica do ser, de modo que o suporte fático da norma sobre ele incidente não contempla ato humano como elemento essencial. É uma categoria extremamente controvertida⁶⁹.

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000, p. 126.

⁶⁷ A teoria ponteana inspirou a diversos processualistas brasileiros no estudo do tema, de modo que seria presunçoso e, por que não dizer, incompleto compilar aqui os principais apontamentos de vasto estudo no direito brasileiro. Para o aprofundamento da teoria dos fatos jurídicos aplicada aos negócios processuais: NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁶⁸ Note-se que a figura do ato-fato jurídico não é analisada no âmbito processual porque, como ensina Antonio do Passo Cabral, parece se assentar em premissas minimamente antiquadas e incompatíveis com o Direito do século XXI. Segundo a doutrina de Pontes de Miranda o *ato-fato jurídico* é um ato humano cuja manifestação de vontade para a sua prática é desprezada pelo Direito, importando apenas as consequências de seu resultado. Em que pese a teoria ponteana encontrar guarida no direito privado e ser compartilhada por muitos no Brasil, a figura do ato-fato jurídico confunde os elementos vontade e intenção. São elementos distintos e embora seja interessante a análise para a interpretação dos atos processuais não é possível transferi-la para o plano da existência sem desconsiderar a racionalidade das bases fundamentais do CPC/15 em que a cooperação, a boa-fé e o autorregramento formal exigem consideração da vontade do agente. Decerto, a vontade é um elemento presente nos atos jurídicos em geral e não pode ser desconsiderada. A preocupação com os mecanismos de controle da subjetividade dos indivíduos deve residir na racionalidade dos discursos, não nos esforços para negar a importância da vontade no direito. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 47-49 (nota de rodapé n. 10).

⁶⁹ Calmon de Passos nega a sua existência. Diz que no campo do processo só há espaço para os atos processuais, pois decorrem de uma atividade humana qualificada pela lei. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65. No mesmo sentido, Pedro Nogueira ensina que o fato jurídico processual só existe na pendência do procedimento, pode até haver um fato jurídico, mas não será fato jurídico processual. “A processualidade fica condicionada ao surgimento

Por atos jurídicos processuais em sentido amplo entende-se todo aquele comportamento humano volitivo que é apto a produzir efeitos jurídicos num processo, atual ou futuro. A vontade compõe o núcleo da *fattispecie* da norma processual, porém a possibilidade de modulação dos efeitos decorrentes da manifestação da vontade só existe para os negócios jurídicos processuais. Quando a vontade é dirigida somente para a prática do ato, tem-se o ato jurídico processual *stricto sensu*. Ocorrendo a vontade de regular os efeitos do ato ou a categoria jurídica em que se enquadrará, tem-se o *negócio jurídico processual*, categoria fundamental deste estudo.

A expressão *negócio jurídico* origina-se do direito alemão do século XVIII (*Rechtsgeschäft*). O direito romano utilizava termos mais rudimentares, como *negotium, gestum, factum*⁷⁰. O negócio jurídico é o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas. O sujeito manifesta ou declara sua vontade, a lei incide sobre a manifestação ou a declaração e o negócio jurídico está criado.

Tecnicamente, após a livre manifestação da vontade pelo agente, através de sua declaração, a regra jurídica introduz a vontade declarada no mundo jurídico. A manifestação da vontade é o suporte fático para a criação do negócio jurídico. Logo, o negócio jurídico pode ser compreendido como o “ato humano consistente em manifestação, ou manifestações de vontade, como suporte fático, de regra jurídica, ou de regras jurídicas, que lhe deem eficácia jurídica”⁷¹. Assim, o ato humano negociado entra no universo dos fatos jurídicos como negócio jurídico (vender, casar, trocar), pois realiza os elementos do suporte fático de uma norma e é por ela apreendido, passando a ter relevância no mundo jurídico.

1.3.1 Negócios jurídicos processuais

Inicialmente, pode-se dizer que os negócios jurídicos processuais são aqueles negócios jurídicos que produzem efeitos processuais⁷². Longe de se tratar de uma definição tautológica, o que se quer dizer é que a característica marcante e diferenciadora dos negócios

(que poderá ser anterior, concomitante ou posterior ao fato) de um procedimento a que se refira o fato (manifestação de vontade, conduta, ou simples evento).” NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. *Op. cit.*, p. 52

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. *Op. cit.*, v. 1, p. 140.

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. *Op. cit.*, v. 1, p. 145.

⁷² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. *Op. cit.*, p. 138.

jurídicos processuais é a sua processualidade⁷³, a referibilidade a um processo, em todo o mais preserva como características gerais as mesmas trabalhadas pela teoria geral do direito.

Diante da clássica dicotomia entre a teoria subjetiva e objetiva dos negócios jurídicos⁷⁴, boa parte da doutrina processual brasileira negava reconhecimento à categoria dos negócios jurídicos processuais, situação alterada a partir do reconhecimento do autorregramento da vontade e do princípio da cooperação como linha mestra do processo civil contemporâneo, especialmente para compreender o processo como uma comunidade de trabalho que reconhece às partes espaços de protagonismo na solução de seus próprios conflitos, permitindo a adaptação e regulação de certas situações jurídicas processuais e do próprio procedimento.

Nesse contexto, o negócio jurídico processual deve ser compreendido como o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhido em função da vontade do sujeito que o pratica⁷⁵. Importa a processualidade do negócio jurídico, havendo divergência doutrinária quanto aos fundamentos desta processualidade, ora identificando-os no *locus* do negócio jurídico, ora nos *sujeitos* da relação processual, ora na *natureza da norma* aplicada ou, ainda, nos *efeitos* que podem produzir no processo⁷⁶.

O critério do *locus* admite como necessária a intraprocessualidade para que o negócio jurídico seja qualificado como processual, o que se revela inadequado por olvidar que questões processuais relevantes podem ser definidas *extra* e *ante* processo. De fato, há negócios jurídicos que não se formam no curso do processo, mas sobre ele incidem, organizando previamente o procedimento, especificando e gerenciando a técnica processual adequada, a exemplo da cláusula compromissória e do foro de eleição.

⁷³ Aqui, adota-se o conceito finalístico de ato processual, para indicar o comportamento destinado a produzir efeitos e influenciar o processo, com eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva da relação processual. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. *Op. cit.*, p. 133.

⁷⁴ Em linhas gerais, a teoria subjetiva fundamenta a existência do negócio jurídico na vontade (“o dogma da vontade”), de modo que o negócio é visto como uma declaração de vontade com a finalidade imediata de constituir, modificar ou extinguir as relações jurídicas. Assim, os efeitos do negócio jurídico são exatamente aqueles externados no querer do agente. Em contraposição, a teoria objetiva, ou preceptiva, aponta o negócio jurídico como fruto da disposição da autonomia, de modo que o negócio jurídico tem uma essência normativa, através da qual o particular não se limita a querer, a manifestar vontade, mas estabelece um regulamento vinculativo para a produção dos interesses desejados. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. *Op. cit.*, p. 124-131.

⁷⁵ Pedro Henrique Nogueira o define como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, confira ao sujeito praticante o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre os limites fixados pelo ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. *Op. cit.*, p. 152.

⁷⁶ A esse respeito veja-se CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. p. 63. DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 31-32. GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 108-109.

Qualificar o negócio jurídico processual em razão de ter sido formado pelos sujeitos da relação processual, de igual modo, não satisfaz, na medida em que os sujeitos podem estabelecer um negócio jurídico fora do processo e a questão jamais vir a ser judicializada, o que não descaracteriza, por si só, a natureza jurídica do acordo.

Quanto ao critério de diferenciação fundado na natureza das normas, seria processual o negócio jurídico cujo objeto fosse normas ou situações de direito processual, assim como seriam públicos aqueles negócios jurídicos cujo objeto fosse a aplicação de regras ou situações jurídicas de direito público. A diferenciação proposta não trata do tema de maneira consistente, porque a classificação das normas negociadas, se de natureza material ou de natureza processual, nada diz sobre a natureza do negócio que sobre elas se realiza⁷⁷.

De fato, o critério de qualificação mais abrangente e conformador do tema é aquele que identifica na possibilidade de produzir efeitos no processo a característica diferenciadora do negócio jurídico processual, pouco importando se tais efeitos são diretos ou reflexos, principais ou acessórios. É que pode haver entre as partes um acordo sobre o local de cumprimento de uma obrigação, com efeito indireto de alterar a competência territorial⁷⁸, ainda assim será um acordo processual⁷⁹.

Do mesmo modo, a manifestação de vontade das partes é suficiente para conformar os efeitos pretendidos⁸⁰, conforme disposto no art. 200, CPC/15, dispensando manifestação de outros sujeitos. Assim, considera-se negócio jurídico processual aquele que guarda referibilidade a algum processo, atual ou vindouro, apto a gerar efeitos nessa relação. O consentimento das partes é suficiente para atingir o efeito processual pretendido.

⁷⁷ A bem da verdade, a distinção entre normas de direito material e de direito processual só pode ser realizada a partir da função que cada uma desempenha no processo. A norma material identifica-se na função de determinar o conteúdo de uma decisão, ao passo que a norma processual define o critério do proceder, regulando o procedimento de produção da decisão, seus atos e efeitos jurídicos (as chamadas situações jurídicas). Uma mesma norma pode desempenhar, em momentos distintos, função processual e função material. Paula Sarno Braga ilustra a situação a partir de uma norma processual que fixa as regras procedimentais de um processo legislativo, em sendo desrespeitada passa a atuar como critério de julgamento em processo jurisdicional de controle de constitucionalidade formal desta lei. BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 169-174.

⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 68-69.

⁷⁹ A discussão é especialmente relevante para a possibilidade de escolha do direito aplicável pelas partes. Como se verá adiante, esse tipo de convenção processual é muito útil no âmbito das negociações empresariais, nas quais o objeto principal do contrato não é a regulação do procedimento de um processo futuro ou das normas de direito material sobre ele incidentes, mas antecipando as hipóteses de inexecução contratual, as partes optam por inserir cláusulas que se mostram como verdadeiras convenções processuais.

⁸⁰ As partes podem se unir num propósito convergente para criar, modificar e extinguir situações processuais, bem assim alterar o procedimento, sem necessidade de manifestação de outros sujeitos. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 69.

Por fim, acrescente-se que os negócios jurídicos processuais podem ser *unilaterais*, quando praticados por apenas um sujeito e continente de somente uma manifestação de vontade, ou *plurilaterais*, quando praticados por mais de um sujeito, contendo mais de uma manifestação de vontade. Aqui estão inseridas as convenções processuais⁸¹.

1.3.2 Convenções processuais

Ainda sobre a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Barbosa Moreira já anunciava a possibilidade de convenção das partes no processo, destacando a escassa discussão do tema no âmbito nacional e alertando para a insuficiência da legislação quanto a elementos de determinação dos pressupostos de existência, validade e eficácia das convenções processuais⁸². A partir dos trabalhos de elaboração e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 o tema passou a receber maior atenção pelos processualistas brasileiros, que se esmeraram para elaborar uma definição de convenção processual e apresentar os elementos necessários para a sua existência, validade e eficácia.

Atualmente, é sabido que as convenções processuais são um tipo de negócio jurídico plurilateral, cujas vontades conformadoras das partes dirigem-se a um interesse comum de gerar efeitos em um determinado processo, presente ou futuro, podendo conter regras de direito processual e de direito material, dispositivas ou ainda obrigacionais, sem necessidade de intermediação⁸³. Decorrem do exercício da liberdade das partes no âmbito processual, que se materializa no gerenciamento do processo em razão da autonomia privada.

O reconhecimento da autonomia da vontade no processo é tal que as convenções processuais são bastantes para flexibilizar os mecanismos processuais e vincular a atividade

⁸¹ A utilização do termo convenções processuais é preferível a outros termos utilizados pela doutrina como “contrato” e “pacto”, alinhando-se à terminologia proposta por Antonio do Passo Cabral, para conferir uniformidade terminológica ao texto, vez que a nomenclatura interfere muito pouco nos efeitos de cada categoria.

⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*. v. 33, p. 182-191, jan-mar/1984. No ano de 2007, Leonardo Greco lançou suas primeiras reflexões sobre os atos de disposição das partes, conceituando as convenções processuais como “atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subseqüentes”. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 1, n. 1, out-dez/2007. Muito embora se admitisse o exercício da autonomia da vontade das partes em questões de direito processual e de direito material, preocupava-se com os limites dos atos de disposição, receoso de que se tornasse um instrumento de privatização do processo.

⁸³ Adota-se neste trabalho o conceito de convenção processual definido por Antonio do Passo Cabral. “Convenção (ou acordo) processual é o 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”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 74.

judicial sem a necessidade de intermediação, diferentemente do que ocorre nos demais atos postulatorios conjuntos⁸⁴. As convenções processuais são autoaplicáveis, resguardando o exercício posterior de um controle relativo aos aspectos de validade do acordo. Configuram-se, pois, como atos determinantes, enquanto os atos conjuntos são atos estimulantes, que não atingem por si só uma determinada situação processual, carecendo de deferimento do juiz para gerarem os efeitos pretendidos⁸⁵.

No entanto, é possível que os acordos processuais contenham elementos incidentais pactuados pelas partes, como o termo, encargo ou condição, ou ainda estejam sujeitos a condições legais de eficácia, como nos casos em que se faz necessária a homologação⁸⁶, situação específica que será tratada mais a frente deste trabalho.

As convenções processuais podem ser classificadas como *obligacionais*, quando se firmarem sobre situações jurídicas processuais, ou *dispositivas*, quando se referirem a atos do procedimento, com a finalidade de adaptação às peculiaridades da causa⁸⁷. Podem ainda ser *prévias*, quando celebradas antes da instauração do processo, com o objetivo de desenhar as soluções para um futuro litígio, ou *incidentais*, quando celebradas no bojo de um processo como instrumento de gestão do procedimento pelas partes⁸⁸. As convenções processuais celebradas em caráter antecedente devem respeitar o princípio da previsibilidade e da determinação, a fim

⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 74-78. Os atos conjuntos das partes fundam-se no consenso e somente através de decisão judicial poderiam impactar na esfera jurídica de outrem.

⁸⁵ A diferenciação entre ato estimulante e determinante é bem explicada por Paula Costa e Silva com escoro na doutrina de Goldschmidt, que entende o processo como uma realidade dinâmica, parcialmente causada pelos atos processuais das partes, atos estes que se diferenciam quanto ao esforço e empenho que precisam fazer para produzir uma decisão com conteúdo concreto. Os atos processuais estimulantes, ou indutivos, são praticados pelo agente para estimular ou induzir o resultado por ele desejado, através do convencimento do juiz. Por sua vez, os atos determinantes, ou causativos, são praticados para determinar ou causar o resultado desejado pelos agentes, independentemente do convencimento de outro. “Às *Erwirkungshandlungen* contrapõe GOLDSCHMIDT as *Bewirkungshandlungen*. *Bewirken* significa exatamente causar (*verursachen*), razão pela qual este tipo de acto é designado na doutrina italiana como acto causativo. Serão *Bewirkungshandlungen* todos os actos que se não destinam a obter uma decisão com determinado conteúdo através do exercício de influência sobre o juiz. (...) Afirma-se normalmente que as *Erwirkungshandlungen*, porque destinadas ao exercício de influencia sobre o juiz, veriam os seus efeitos condicionados ao eventual acolhimento na decisão final. Ao invés, as *Bewirkungshandlungen* produziriam efeitos imediatos, uma vez que não se destinariam a ser acolhidas na sentença.” SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulatorio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 185.

⁸⁶ Há no CPC a previsão de negócios jurídicos que carecem de homologação judicial para que possam produzir os efeitos almejados pelas partes. São exemplos, a desistência da ação (art. 200, parágrafo único, do CPC) e a delimitação convencional das questões de fato e de direito (art. 357, §2º, do CPC). O tema será novamente abordado no item que trata da vinculação do juiz às convenções processuais.

⁸⁷ A classificação é proposta para fins de sistematização, vez que não é sempre evidente o conteúdo dispositivo ou obrigacional do acordo processual, existindo, muitas vezes, obrigações correlatas. Como exemplo, uma convenção sobre a competência relativa (foro de eleição), que não somente modifica o procedimento, como cria para as partes a obrigação de demandarem somente no foro eleito. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 82.

⁸⁸ Sobre esta classificação, abordaremos melhor no item específico sobre o momento da convenção processual do art. 357, §2º, do CPC, no capítulo 4 deste trabalho.

de que sejam claras e precisas viabilizando a total cognoscibilidade pelo conveniente⁸⁹, sob pena de serem reputadas nulas.

Quanto às vantagens geradas para os convenientes, as convenções processuais serão classificadas como *gratuitas* quando importarem em benefício para uma parte e sacrifício para a outra, ao passo que serão *onerosas* quando ambas as partes suportarem sacrifícios, ainda que não seja em níveis equivalentes e proporcionais⁹⁰. Caso os acordos onerosos fixem sacrifícios e benefícios recíprocos, serão tidos como *comutativos*. Inexistindo equivalência nas prestações, serão *aleatórios*, uma vez que os convenientes não têm certeza sobre as vantagens e sacrifícios que dele podem advir.⁹¹

Como produto do exercício da autonomia privada no ambiente processual, as convenções processuais podem ser celebradas com liberdade, a fim de permitir que as partes façam arranjos diferenciados para melhor atender suas conveniências e necessidades específicas⁹², independentemente de previsão legal específica, com fundamento na cláusula geral de convencionalidade do art. 190, do CPC, da qual se extrai o subprincípio da atipicidade de negociação processual⁹³. São as convenções processuais atípicas.

Entretanto, há casos em que o legislador expressamente prevê e disciplina alguns aspectos essenciais das convenções processuais, determinando-lhes os sujeitos envolvidos, os pressupostos e/ou os requisitos de validade e eficácia, como ocorre, por exemplo, na sistemática da convenção para eleição de foro do art. 63, do CPC, na qual o legislador não somente prevê a possibilidade de modificação de competência por acordo das partes, como define que deverá ser celebrada por escrito e com referência expressa a determinado negócio jurídico.

Para todos os casos, o exercício da autonomia privada no processo não é ilimitado. O balizamento da autonomia privada molda o conceito de negócio jurídico processual e assim

⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 87.

⁹⁰ Aqui, há que se respeitar a autonomia das partes para convencionar em troca de benefícios que não se expressam como contraprestações. É o que se vê, por exemplo, numa convenção que envolva disposições materiais e processuais. Os convenientes podem acordar uma cláusula de eleição de foro no domicílio do contratante, em troca de um prazo maior para entrega das mercadorias fornecidas pelo contratado. Não há como se realizar um balanço concreto dos benefícios e custos que cada um terá com o acordo.

⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 90-91.

⁹² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. *Negócios Processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 56.

⁹³ “O dispositivo é resultado do uso da técnica legislativa da cláusula geral, caracterizada por revelar disposições normativas que utilizam em sua linguagem uma tessitura aberta e vaga, promovendo a abertura do sistema.” NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. *Op. cit.*, p. 226. Segundo Fredie Didier Jr., trata-se de um subprincípio porque serve à concretização do princípio principal que é o autorregramento da vontade no processo. DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos atípicos no CPC-15*. *Op. cit.* p. 29.

o configura, como característica básica e como limite.⁹⁴ Algumas limitações existem em decorrência do sistema processual, outras da natureza do objeto convencionado, em todos os casos os limites impostos pela lei devem ser observados como mecanismos de controle e para efetividade dos direitos fundamentais das partes, sem o objetivo de minimizar o papel da liberdade no processo, pois “um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido”⁹⁵.

1.3.2.1 Requisitos para celebração das convenções processuais

Como espécies de atos jurídicos, as convenções processuais podem ser analisadas nos mesmos três planos da teoria geral, existência, validade e eficácia, os quais vão indicar os requisitos para a celebração das convenções processuais

No plano da existência, é essencial à formação da convenção processual a manifestação de vontade de duas ou mais pessoas e o consentimento entre elas para a produção dos efeitos pretendidos pela convenção.⁹⁶ É que o negócio jurídico processual objetiva produzir efeitos sobre o processo e impactar regras ou situações jurídicas para além dos efeitos já previstos na lei, de modo que pretende definir e moldar o conteúdo dos efeitos dele decorrentes, os quais devem ser, necessariamente, produto de manifestação de vontades convergentes.

Manifestar uma vontade não implica, fundamentalmente, em declará-la. É possível que ocorra a identificação de uma manifestação de vontade tácita, decorrente de um comportamento, comissivo ou omissivo, não declarado. Quanto à conduta comissiva, imagine-se uma situação em que uma proposta para a celebração de um acordo seja enviada por um sujeito a outro que, por sua vez, dá início imediato à execução da avença: de fato, não houve manifestação de vontade declarada, mas o comportamento de iniciar o cumprimento das obrigações sinaliza para o assentimento à convenção processual. Do mesmo modo, o comportamento omissivo pode ser conclusivo quando inserido num contexto em que se permita detrair a vontade negocial.⁹⁷

⁹⁴ GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. *Op. cit.* p. 133.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Op. cit.* p. 19.

⁹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 290.

⁹⁷ Antonio Cabral tem demonstrado especial cuidado com o tema das omissões no direito processual brasileiro, especialmente para estimular a interpretação das condutas omissivas. Sustenta que nos casos em que é possível detrair do contexto da prática do ato um elemento volitivo, o negócio pode ser considerado válido, ainda que diante de uma omissão. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. *Op. cit.*, p 151-158.

A manifestação da vontade tem que ser clara e séria, para expressar efetivamente os efeitos que as partes pretendem produzir.⁹⁸ Declarações de vontade que não sejam sérias ou meras tratativas preliminares que não demonstrem a real intenção em convencionar não são suficientes para preencher o suporte fático do negócio jurídico no plano da existência. Na falta de declaração séria, há ausência de voluntariedade negocial. Na falta de seriedade da conduta dos convenentes, entende-se pela inexistência de consentimento. Em ambos os casos, o acordo processual inexistente.⁹⁹

No entanto, vale destacar que meras tratativas preliminares em nada se confundem com a possibilidade real, e extremamente vantajosa para o bom andamento processual, de celebração de convenções processuais em fase prévia e fora do procedimento judicial. O momento que antecede o processo é valioso para o desenho da disputa enquanto as partes ainda não estão com os ânimos exaltados pela contenda. No momento pré-processual, questões fundamentais podem ser definidas para moldar uma futura relação jurídica processual, sendo a elas reconhecido o *status* de processual¹⁰⁰.

Muito embora seja possível a celebração de convenções pré-processuais nem sempre tais convenções serão disciplinadoras de todas as questões envolvidas entre as partes. É possível que a convenção preliminar, aqui entendida como sinônimo de convenção antecedente¹⁰¹, fixe um acordo mínimo entre as partes que, em momento futuro, de maior maturidade sobre suas questões, poderá ser complementado, mas desde então resguardado um consenso inicial para a eliminação de eventuais crises de direito material ou processual. De outro lado, é possível que a convenção processual seja exaustiva manifestação do consenso das partes, ainda que parcial no tocante aos diversos aspectos da relação processual, porque a autonomia das partes pode alcançar somente alguns particulares da relação, relegando os demais às disposições das normas gerais.

⁹⁸ Valendo-se da teoria de Goldschmidt, Paula Costa e Silva esclarece que na caracterização do *ato postulativo*, o problema da vontade conduzido à produção de efeitos, deve ser compreendido na metáfora do processo como guerra, iniciada pelo autor quando da propositura da ação. De fato, o autor intenta vencer, influenciando a decisão no sentido dos efeitos que orientam sua atuação, porém não deseja todos os efeitos da guerra, apesar de ter de suportá-los. Assim, reconhece-se que alguns efeitos dos atos processuais queridos pelas partes não decorrem de manifestações de vontade, mas são efeitos colaterais. O efeito produz-se pela simples circunstância de existir um ato processual. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. *Op. cit.*, p. 190.

⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 299.

¹⁰⁰ DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 33-34.

¹⁰¹ Cabral utiliza o termo convenção preliminar em sentido diferente. Para o autor a convenção preliminar traduz um compromisso de se concluir uma convenção principal. Fixa uma obrigação civil de celebrar um novo acordo, devendo conter um prazo para que os convenentes manifestem sua vontade, pois que ao fim do prazo a inércia de uma das partes dará direito ao manejo da tutela específica para fazê-la cumprir o pacto. Trata-se, portanto, de uma convenção regulada pelo diploma civil, nos termos dos artigos 462-466. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 302-303.

No plano da validade, não basta verificar se a manifestação de vontade é suficiente, deve-se analisar se existe algum defeito capaz de impedir que o acordo produza efeitos.

Para tanto, Antonio do Passo Cabral defende ser necessário combinar os requisitos definidos pelo direito material – agente capaz; objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei – aos requisitos do direito processual, criando três filtros de análise: subjetivo, para análise da capacidade e da legitimidade do agente para celebração do acordo; objetivo, para análise da licitude do objeto e, por fim, um filtro de observância da forma prescrita ou não vedada por lei.¹⁰²

O não atendimento de um destes requisitos implica na invalidade do negócio jurídico processual, sem, contudo, comprometer eventual negócio jurídico principal no qual o acordo analisado esteja inserido¹⁰³, pois, em princípio, aplica-se o sistema de invalidades próprio do processo civil, cujo escopo é o de evitar a decretação de nulidades¹⁰⁴.

Pressuposto para a celebração de uma convenção processual é o exercício da autonomia da vontade dos acordantes, o que implica em reconhecer que as partes não estão autorizadas a deliberar sobre situações externas à sua esfera de autonomia. Desse modo, como um primeiro filtro subjetivo à análise da validade da convenção processual destaca-se a legitimidade do agente para o ato de celebração do acordo, para verificar se o objeto da convenção processual é uma situação jurídica que envolve apenas as partes convenientes ou se dispõe sobre situação jurídica de terceiros, caso em que será considerada ineficaz em relação aos terceiros.¹⁰⁵

Ainda no âmbito da subjetividade necessária à validade das convenções processuais deve-se analisar a capacidade das partes sob três prismas: capacidade de ser parte (aptidão genérica para ser sujeito de direitos processuais), capacidade de estar em juízo (capacidade de fato para o exercício autônomo de direitos) e capacidade postulatória (aptidão para dirigir requerimentos e manifestações ao estado juiz).¹⁰⁶ Ao contrário do que defendem alguns, atestar a capacidade do direito material não é suficiente para a validade das convenções processuais, é necessário investigar, notadamente, a capacidade processual¹⁰⁷, isto é, a possibilidade de

¹⁰² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 304.

¹⁰³ Veja-se o enunciado n. 409 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserida, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual”.

¹⁰⁴ GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 138.

¹⁰⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 305-310.

¹⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 312.

¹⁰⁷ Nesse sentido, Diogo Almeida defende que “a capacidade é regida pelo direito material quando a convenção é pré processual (estabelecida em cláusula de diferendo, por exemplo). *In A contratualização do processo – das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 130. Contudo, tal posição é acertadamente

exercício autônomo de situações processuais ativas¹⁰⁸, observadas as peculiaridades do fenômeno negocial quando não for possível aplicar todos os parâmetros de controle do direito processual, como ocorre com a capacidade postulatória.¹⁰⁹

A lei brasileira restringe a capacidade processual de crianças e adolescentes menores de dezoito anos de idade, assim como das pessoas com deficiência, consideradas vulneráveis em diferentes graus. Apesar disso, os vulneráveis não devem ser automaticamente alijados da possibilidade de convencionar sobre o processo, porquanto existem situações nas quais os acordos podem beneficiar os seus interesses e oferecer melhor oportunidade de tutela dos seus direitos em juízo, como ocorre nas convenções processuais que fixam um prazo maior em seu favor ou oferecem mecanismos de facilitação na produção de uma prova.¹¹⁰

A lógica da invalidade processual está vinculada à existência do prejuízo, logo, caberá ao juiz, no caso concreto, exercer o controle sobre a validade da convenção processual quando comprovado prejuízo da parte vulnerável.¹¹¹ Portanto, a existência de uma parte hipossuficiente não é suficiente para afastar a possibilidade de realizar uma convenção processual, deve-se oportunizar a representação e a assistência.¹¹²⁻¹¹³

A respeito da forma como requisito de validade das convenções processuais destaque-se o princípio da liberdade das formas, extraído do entendimento dos arts. 188 e 277, do CPC/15, no sentido de que os atos e termos processuais não dependem de forma determinada

contraposta por Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral, pois uma vez que a convenção processual guarda referibilidade a um processo futuro, deve ser verificada a capacidade processual dos convenientes para que sejam gerados os efeitos jurídicos acordados. A título de exemplo, veja-se o caso em que uma pessoa casada pretenda regular uma ação imobiliária sem a participação de seu cônjuge: a capacidade material do agente não suplanta a exigência da capacidade processual, conforme preceituam os art. 73, do CPC/15 e art. 1.647, do CC. DIDIER JR. Fredie. Negócios jurídicos atípicos no CPC-15. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* p., 314.

¹⁰⁹ A capacidade postulatória é a aptidão genérica para dirigir requerimentos ao Estado-juiz. Em regra, os negócios jurídicos processuais dispensam a assistência de advogado, a exceção dos casos em que lei expressamente exija ou se trate de convenção incidental a um processo já instaurado. CABRAL, Antonio do passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 316-318.

¹¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 315.

¹¹¹ EXPÓSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 174.

¹¹² “Incapazes serão representados ou assistidos, conforme o caso (CPC, art. 71), 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 de autonomia da vontade.” YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: *Negócios processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 88.

¹¹³ Sobre a possibilidade de celebração da convenção processual pela pessoa com deficiência intelectual considerada capaz, submetida ao sistema de tomada de decisão apoiada, Gabriela Expósito defende que “há plena capacidade para celebração de negócios jurídicos pré-processuais e processuais, sendo válida a celebração realizada pelo deficiente, independentemente da presença dos apoiadores.” EXPÓSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. *Op.cit.*, p. 162.

senão quando a lei expressamente a exigir e, ainda assim, se praticados de outra forma atingirem o objetivo proposto, o ato deverá ser considerado válido.

Logo, há que se observar para os acordos típicos a forma prescrita em lei, quando assim houver, já para os atípicos a forma será livre, desde que inequívoca a manifestação da vontade¹¹⁴. É possível que as convenções processuais sejam inseridas em contratos de direito material, cartas, telegramas e até mesmo e-mails, quando possível identificar e comprovar a sua autoria.¹¹⁵ Não é exigível que sejam celebradas por escrito, quando celebradas oralmente podem ser reduzidas a termo, documentadas em mídias digitais ou, até mesmo, objeto de prova em audiência de justificação.¹¹⁶

Talvez o ponto mais sensível e de maior controvérsia a respeito da validade das convenções processuais seja o objeto do acordo, a definição das possibilidades e limites para deliberação das partes sobre situações jurídicas processuais. A discussão sobre o que pode ser negociado e quais os limites da negociação é primordial no âmbito das convenções processuais atípicas, vez que, de modo geral, nas convenções processuais típicas seu conteúdo está definido no suporte fático da norma¹¹⁷, como ocorre na eleição de foro (art. 63, CPC/15) ou nas convenções sobre o ônus da prova (art. 373, §3º, CPC/15).

Tendo em vista o art. 166, II, do Código Civil, os negócios jurídicos em geral serão considerados nulos quando seu objeto foi ilícito, incerto e indeterminável. No âmbito dos negócios jurídicos processuais a primeira exigência é de que o objeto seja claro e preciso, indicando especificamente os efeitos pretendidos com o acordo, sob pena de ter seu resultado restringido no plano da eficácia.¹¹⁸

Com efeito, a grande discussão sobre a validade das convenções processuais encontra-se na licitude do seu objeto. Para a análise da licitude, Fredie Didier Jr. propõe como diretriz primária a avaliação do consenso das partes à luz do princípio *in dubio pro libertate*,

¹¹⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo*. *Op. cit.*, p. 133.

¹¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.* p. 328.

¹¹⁶ Como destaca Cabral, as razões que levam o legislador a prever a necessidade de forma escrita normalmente são de índole protetiva, para tornar a convenção mais clara e a negociação mais transparente, mas não é essencial à validade do acordo. *In Convenções processuais*. *Op. cit.* p. 330-331. Defendendo a necessidade de documentação da convenção processual: YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* *Op.cit.*, p. 77. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 96.

¹¹⁷ Utilizou-se a expressão “de modo geral” porque mesmo em convenções processuais típicas a análise do objeto negociado pode ser delicada, pois pode existir dúvidas sobre o verdadeiro alcance da norma, sendo necessário analisar a convenção sobre os mesmos parâmetros ora identificados. A exemplo, veja-se a convenção processual do art. 357, §2º do CPC: embora a lei defina como objeto do acordo as questões de fato e de direito importantes ao mérito, há intensa discussão sobre o que seriam tais questões e quais os limites para o controle do ato pelo juiz.

¹¹⁸ A convenção processual que não atenda aos requisitos de previsibilidade poderá até gerar efeitos no processo, pois existe no mundo jurídico, mas não com a força vinculativa que almejava. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p.336.

para que seja valorizada a vontade das partes como critério interpretativo e de controle.¹¹⁹ No entanto, dado o caráter público da relação processual, a autonomia da vontade é limitada pela lei, impondo a observância de alguns parâmetros adicionais.

Como fixado pelo art. 190, do CPC, a convenção processual é possível quando versar sobre direitos que admitam autocomposição. Diferentemente do que ocorre na arbitragem, as convenções processuais não estão sujeitas à disponibilidade do direito material. Os interesses materiais em disputa podem ser indisponíveis, mas ainda assim as partes podem acordar sobre aspectos processuais.¹²⁰ A ressalva recai sobre as convenções processuais nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou por verificar que alguma parte se encontra em manifesta situação de vulnerabilidade.

Em suma, as diretrizes para verificação da validade da convenção processual no aspecto da licitude do seu objeto envolvem as limitações em torno da autonomia privada das partes. Como se vê no art. 142, do CPC, reafirmado no enunciado n.º 410, do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹²¹, são ilícitos os acordos em que as partes abusam de sua estrutura para prática de atos simulados e para a obtenção de fins vedados pela lei. É que a vontade das partes não autoriza a derrogação da norma pela via da regra convencional.¹²² A convenção tem espaço *secundum legem* e não *contra legem*¹²³.

1.3.2.2 Critérios de controle do objeto das convenções processuais

Para o controle da validade das convenções processuais sob o prisma da licitude de seu objeto é necessário abandonar as formulações tradicionais, condicionadas ao excessivo publicismo processual, a questões político-ideológicas e a conceitos vagos e indeterminados, para avançar em direção a critérios objetivos e compatíveis com os princípios orientadores do

¹¹⁹ DIDIER JR. Fredie. Negócios jurídicos atípicos no CPC-15. *Op. cit.*, p. 36-39.

¹²⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 341. No mesmo sentido, o enunciado n. 135, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual.”

¹²¹ FPPC, Enunciado n.º 410: “Aplica-se o Art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais.”

¹²² A exemplo, seria inválida a convenção para criar novo tipo recursal, como também o seria o acordo que pretendesse alterar o cabimento dos recursos. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 360-361.

¹²³ “Neste sentido, a aceitação das convenções sobre o processo acaba por outorgar à justiça estatal maior legitimação social, na esteira do que hoje se pretende ser um Estado não apenas repressor, soberano e aplicador unilateral de normas a súditos que se submetem, mas um Estado que se engaja, coopera e que é indutor de comportamentos. (...) O fenômeno da convencionalidade processual estrutura o procedimento de elaboração normativa com a participação efetiva das partes que serão destinatárias da própria norma.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 191.

processo civil cooperativo, especialmente para melhor compreensão dos limites do exercício da autonomia da vontade no processo.¹²⁴

De fato, autorizar o autorregramento da vontade no processo não implica em dar às partes poderes irrestritos, capazes de desvirtuar o exercício da jurisdição e comprometer o devido processo legal. Existem limites, porém de difícil definição.¹²⁵

Há quem defenda que um bom parâmetro para aferir a validade das convenções é não ocorrência de colisão com direitos fundamentais que integram o conceito de devido processo legal.¹²⁶ No entanto, em razão dos efeitos que pretendem gerar no processo, é possível que as convenções processuais afetem o exercício de tais direitos e princípios fundamentais, razão pela qual é preciso buscar o arranjo que melhor preserve a adequação procedimental realizada pelas partes e o núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais restringidos.¹²⁷

Nesse sentido, como ensina Antonio do Passo Cabral, é necessário identificar as garantias processuais afetadas pela convenção e confrontá-las com os parâmetros estabelecidos pela lei para as convenções típicas, nas quais o legislador já realizou a prévia ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos e estabeleceu os limites da autonomia privada.¹²⁸ Em seguida, há que se identificar o núcleo essencial dos direitos fundamentais atingidos pela convenção processual e sua margem de disponibilidade, atentando para o fato de que convenções processuais podem ser mais onerosas a uma das partes, mas não podem suprimir garantias mínimas dos direitos fundamentais tutelados.¹²⁹

A análise da compatibilidade das convenções processuais aos direitos fundamentais é específica e deve ser feita no caso concreto, contudo é possível verificar a licitude do objeto dos acordos a partir de parâmetros gerais, especialmente em respeito à reserva de lei e à boa-

¹²⁴ Antonio do Passo Cabral defende que parâmetros como ordem pública, bons costumes, interesse público e normas cogentes não são bons balizadores para o controle da validade das convenções processuais. É que tais indicadores não estão pensados na lógica do processo cooperativo, de participação entre os sujeitos processuais, ao contrário estão ligados ao excessivo publicismo processual e, por vezes, a questões político-ideológicas, sem conteúdo normativo. Tais parâmetros criam um indesejado ambiente de insegurança e de subjetividade no controle das convenções processuais.

¹²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Op.cit.*, p. 191.

¹²⁶ Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell condiciona a autonomia da vontade à observância dos princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento, em analogia ao art. 21, §2º da Lei 9.307/96. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Op.cit.*, p. 82.

¹²⁷ MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e a desjudicialização da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 147.

¹²⁸ “De fato, a existência de acordos processuais típicos sinaliza para balizamentos que aquela prefiguração formal operada pelo legislador quis estabelecer. E, quando pensamos em parâmetros de controle, não se pode simplesmente desconsiderar o regramento das convenções típicas porque a existência de previsões legais expressas aponta possíveis barreiras à negociação processual pretendidas e implementadas expressamente pelo legislador.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 382.

¹²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 384-390.

fé. Como dito anteriormente, a norma convencional não tem o condão de derrogar as normas legais, mas retira dela o seu fundamento.

Além disso, as partes não podem dispor sobre situações jurídicas que não estão na sua esfera de autonomia, por exemplo, não podem suprimir de um processo a garantia da publicidade, impondo o segredo de justiça de modo convencional, porque a publicidade é estabelecida em favor de toda a sociedade e não somente das partes que integram a relação processual, ou ainda, não podem afastar a eficácia de precedentes vinculativos a processos de terceiros.¹³⁰ As partes só podem dispor em processos que efetivamente participem, ou venham a participar eventualmente, e desde que sejam as destinatárias das normas dispostas.

Outro parâmetro de controle das convenções processuais impõe saber em que medida eventuais desigualdades fáticas entre os convenentes sustentam um conflito real entre os direitos fundamentais e a autonomia privada¹³¹. Isto porque, a desigualdade no processo pode fazer com que a parte mais fraca, econômica ou culturalmente, seja oprimida pelo poder do mais forte e manifeste uma vontade viciada¹³². Num contexto em que o consentimento não foi livre e esclarecido, não há espaço para as convenções processuais. Desse modo, convenções processuais celebradas em ambientes de desigualdades devem ser alvo de controle pelo juiz, mas não de sumária invalidade.

Aqui, alguns mitos precisam ser dissipados. O primeiro deles é a suposta invalidade de convenções celebradas com assimetrias negociais, isto é, com desproporcionalidade entre ganhos e perdas dos convenentes.¹³³ Do mesmo modo, não são automaticamente inválidas as convenções envolvendo direitos do consumidor, contratos de adesão e contratos de trabalho. Em ambos os casos, a situação de desigualdade fática deve ser analisada no caso concreto.

É preciso verificar não somente o grau de autonomia das partes na manifestação da vontade, mas principalmente quem se aproveita dos benefícios resultantes de sua celebração. Não se pode ignorar que as partes possuem poder de barganha diferenciados e reagem a estímulos diferentes, razão pela qual o suposto desequilíbrio entre as prestações acordadas numa convenção processual precisa ser analisado concretamente.

¹³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 306.

¹³¹ GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. *Op. cit.* p. 119.

¹³² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 365.

¹³³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 367. “Não se pode imaginar que todos os poderes processuais sejam simétricos, e que qualquer posição jurídica que não representasse um “espelho” das alternativas da contraparte fosse considerada inválida.”

Ademais, as convenções processuais podem ser controladas para impedir o aumento dos custos e a transferência de externalidades ao Judiciário ou a terceiros.¹³⁴ É que, embora seja reconhecida a autonomia das partes no processo e a sua liberdade para o autorregramento, os acordos celebrados pelas partes devem internalizar o impacto econômico da litigância, sem criar ou transferir os custos da operacionalização judiciária, sob pena de inviabilizar o exercício da função jurisdicional.¹³⁵

De todo modo, o controle das convenções processuais não é um freio à liberdade das partes, mas uma forma de se assegurar sua autonomia e proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais por elas impactados. No processo cooperativo, as partes podem, de boa-fé, acordar adequações procedimentais, desde que respeitados alguns limites. A instituição de parâmetros de controle opera favoravelmente ao respeito da vontade das partes no processo, pois fixa os limites que devem ser observados para que os acordos não sejam posteriormente invalidados. Os critérios de controle afastam a discricionariedade do juiz na análise de oportunidade e conveniência das convenções.¹³⁶

1.3.2.3 Vinculação do juiz às convenções processuais

O reconhecimento da autonomia privada no processo dá as partes poder para gerenciar o procedimento e organizá-lo para a produção dos efeitos por elas pretendidos. O desempenho deste papel só é possível no marco do processo cooperativo, no qual as partes e os juízes devem atuar para a tutela jurisdicional adequada. Resta saber a qualidade da participação do juiz nas convenções processuais, *se e como* se vincula aos acordos processuais celebrados pelas partes.

Em razão dos impactos que as convenções processuais causam sobre os poderes do juiz, especialmente quando diz respeito a atos que devem ser por ele praticados ou que necessitam de homologação, alguns autores entendem que o juiz pode integrar o acordo processual, na mesma qualidade das partes.¹³⁷ Não podemos concordar.

¹³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 375.

¹³⁵ De fato, nos acordos obrigacionais, que dispõem sobre prerrogativas processuais, como exemplo a renúncia convencionada ao recurso, não há transferência de externalidades. Porém, ao se tratar de acordos dispositivos, de modificações sobre o procedimento, é possível que as formulações das partes tornem o processo mais custoso e sejam consideradas inválidas por onerarem o aparato judicial. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 376.

¹³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 259.

¹³⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo*. *Op. cit.*, p.143. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v 1. 18ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 387. O processualista baiano admite que poder negociar sem o juiz, é mais do que negociar com o juiz, razão pela qual não haveria óbices à sua participação. Parece-nos

O Estado-juiz não tem capacidade negocial. O negócio jurídico processual é decorrente da manifestação da vontade das partes dirigida ao interesse pretendido, o que não se identifica no exercício da função jurisdicional, pois a tutela do interesse público não implica em titularidade dos direitos ou interesses pelo Estado-juiz.¹³⁸ De fato, o juiz está vinculado às convenções processuais, porém com fundamento e base normativa diversos dos que unem as partes. O juiz se vincula porque tem o dever de aplicar a norma convencional e não somente a legislada¹³⁹, as partes vinculam-se pelo exercício da liberdade processual.

De fato, reconhecer autonomia às partes no âmbito processual não significa eliminar as prerrogativas do juiz, mas é possível que o exercício dessa autonomia reduza ou impeça a atuação judicial em alguma medida. No entanto, o acordo processual é estratégico das partes, restando ao juiz o controle de sua validade, abstendo-se de juízos de conveniência e oportunidade.

Com efeito, os principais papéis que o juiz exerce em relação às convenções processuais são de incentivo e controle.¹⁴⁰ De um lado, em decorrência do dever geral de consensualidade, deve o juiz incentivar o uso de métodos autocompositivos, dentre os quais se incluem as convenções processuais incidentais, e, assim, promover o diálogo entre as partes e esclarecer as vantagens e desvantagens que o processo lhes apresenta. De outro, em respeito ao autorregramento das partes e ao princípio do *in dubio pro libertate*, resta ao juiz a função de controle, *a posteriori*, para conhecimento de eventuais defeitos relacionados aos planos de existência e validade das convenções¹⁴¹.

Isto porque, em regra, as convenções processuais são autoaplicáveis e geram imediatamente os efeitos pretendidos¹⁴², salvo se as partes expressamente modularem a eficácia

um desvio da perspectiva adequada, qual seja, a capacidade negocial do Estado-juiz. Nesse sentido, AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. In *Negócios Processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 417-418, defende a capacidade negocial do magistrado com fundamento no princípio da adequação, nos termos do art. 139, VI, do CPC/15.

¹³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 251-255. No mesmo sentido YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Op. cit.*, p. 91. MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e a desjudicialização da prova*. *Op. cit.*, p. 167. “Mesmo na hipótese de o conteúdo ser discutido e negociado perante o juiz, este não integra o negócio nem acopla ou funde sua vontade àquela manifestada pelas partes. (...) Convenções típicas de saneamento processual e de inversão do ônus da prova, e as atípicas de um modo geral e em especial as que modificam o procedimento, afetam a participação do magistrado e as atividades que desempenha. Trata-se de uma consequência que é inerente ao negócio processual, tal como os contratos no tráfego privado afetam, terceiros que dele não participam diretamente.”

¹³⁹ “No Estado de Direito (rule of law) não é só a norma legislada que deve ser aplicada pelo juiz, mas também a norma convencional definida no limite da autonomia privada.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 256.

¹⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 257.

¹⁴¹ REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. *Op. cit.*, p. 135-136.

¹⁴² A cláusula geral de convencionalidade não traz requisitos especiais para a produção dos efeitos pretendidos, dispensando homologação do juiz. A homologação somente será necessária para os casos definidos na lei, como

do acordo processual ou, ainda, se a lei impuser a necessidade de homologação judicial, condições estas que deverão ser satisfeitas para a eficácia do negócio jurídico processual, conforme preceitua o art. 200, do CPC/15.

Considerando que o juiz não é parte e a ele é defeso fazer juízos discricionários sobre as convenções processuais, a homologação judicial, quando necessária, funciona como elemento integrativo do suporte fático do acordo, traduzindo-se como condição de eficácia do ato jurídico.¹⁴³ Diante de uma convenção processual válida, o juiz não pode recusar-lhe a aplicação.

Portanto, o papel do juiz não é o de homologador, mas de fiscalizador da capacidade dos agentes, da forma adequada e da licitude do objeto do negócio jurídico processual.¹⁴⁴ Se o acordo processual preenche os requisitos de existência e validade, a recusa injustificada da homologação pode ser atacada pela via recursal¹⁴⁵, ao passo que o descumprimento das disposições convencionais já homologadas importa em comportamento contraditório¹⁴⁶, além de configurar afronta a regra convencional.

se vê na convenção processual sobre as questões de fato e de direito (art. 357, §2º, do CPC) e na desistência da demanda (art. 200, parágrafo único, do CPC).

¹⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 265.

¹⁴⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo*. *Op. cit.*, p.143.

¹⁴⁵ O art. 1.015, inciso III, do CPC/15 prevê o cabimento do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem, porém para os demais negócios jurídicos processuais a lei nada prevê acerca da recorribilidade da decisão que os rejeita. Ainda em janeiro do ano de 2018, quando da publicação de seu livro “Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais”, Fredie Didier Jr. ensinava que, embora fosse o rol taxativo o rol do art. 1.015, do CPC, por analogia deveria ser interpretado como cabível o recurso de agravo de instrumento contra a rejeição de outras convenções processuais. A título de exemplo, seria contraproducente e contrário às normas fundamentais do processo civil brasileiro que a decisão do juiz de não homologar a desistência do processo não pudesse ser recorrida de imediato, tendo o autor de suportar o prosseguimento da demanda contra a sua vontade. DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos atípicos no CPC-15*. *Op. cit.*, p. 41. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, questionado sobre a natureza jurídica do rol do art. 1.015, do CPC, afastou a possibilidade de interpretação extensiva ou analógica, ao argumento de que algumas situações continuariam sem receber o tratamento recursal adequado por se tratar de institutos jurídicos ontologicamente distintos dos expressamente previstos no artigo. Nada obstante, reconheceu a taxatividade mitigada do rol do art. 1.015, do CPC, para admitir a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrentes da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. STJ, Recurso especial n. 1.696.396-MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.12.2018.

¹⁴⁶ STJ, Recurso Especial n. 1.306.463-RS, rel. Min. Henman Benjamin, j. 04.09.2012.

2 SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

O processo como instrumento idôneo da jurisdição deve formar-se e desenvolver-se regularmente para conceder às partes uma decisão de mérito em tempo razoável e do modo menos sofrível.¹⁴⁷ Tendo em vista a efetividade da tutela jurisdicional, a relação processual precisa ser desobstruída de obstáculos que possam retardar a sua marcha. Resolver questões formais, sanear vícios e dispensar providências inúteis e desnecessárias, são movimentos fundamentais para desembaraçar o conhecimento e resolução da questão de mérito posta em juízo. Entretanto, é ainda mais essencial elaborar as próximas etapas do processo e traçar diretrizes para as atividades das partes, do juiz e dos demais envolvidos na relação processual. Em outras palavras, o processo precisa ser organizado, desde a instauração até o momento da decisão final. Quanto mais organizado estiver o processo, melhor será sua instrução e mais bem preparado estará para a resolução do mérito.

Com muita propriedade, Galeno Lacerda afirmava que todo processo implica ônus para as partes. Considerando que a prestação jurisdicional se dá mediante o desenvolvimento de uma atividade onerosa, na qual são gastos muitos recursos de ordens temporal, econômica e pessoal, é necessário diminuir esse passivo sem prejudicar o acerto da decisão. Logo, a decisão que põe fim ao processo, capaz de pacificar o conflito processualizado e de minimizar os custos para o detentor do direito, carece ser dada num ambiente de economia processual, do qual o “despacho saneador” é um dos marcos mais avançados.¹⁴⁸

O termo “despacho saneador”, em sentido estrito, era utilizado para configurar a decisão proferida logo após a fase postulatória, na qual o juiz examinava a legitimidade da relação processual e negava ou admitia a continuação do processo, realizando a correção dos vícios sanáveis, porém, Galeno Lacerda já admitia que os momentos de inspeção do feito pelo juiz seriam, todos eles, a designação genérica de despachos saneadores.¹⁴⁹ Em verdade, embora historicamente tenha se dado enfoque ao saneamento do processo concentrado nas atividades do juiz de eliminar vícios e resolver questões prévias para o julgamento do mérito do processo,

¹⁴⁷ GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais do processo justo. *Estudos de direito processual civil*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 234.

¹⁴⁸ “A função da economia no processo transcende, assim, a mera preocupação individualista de poupar trabalho a juízes e partes, de freiar gastos excessivos, de respeitar o dogmatismo dos prazos. Não visa à comodidade dos agentes da atividade processual, mas à ânsia de perfeição da justiça humana – reconhecer e proclamar o direito, com o menor gravame possível. O despacho saneador é dos marcos mais avançados dessa aspiração”. LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 6.

¹⁴⁹ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. *Op.cit.*, p. 8.

é a organização processual a verdadeira ferramenta para realização do processo num ambiente comprometido com a economia e a efetividade.

Muito provavelmente inspirado no Código de Processo Civil português¹⁵⁰, o CPC brasileiro de 1939 incorporou a disciplina do saneamento no processo como uma atividade preparatória ao conhecimento do mérito da causa, pontualmente destinada a eliminação de falhas, defeitos ou dúvidas que pudessem invalidá-lo¹⁵¹, a fim de evitar providências inúteis, oferecendo maior eficiência à prestação jurisdicional.

A despeito das reformas havidas na disciplina do saneamento processual, até o advento do Código de Processo Civil de 2015 o enfoque da matéria permanecia na atividade do juiz de eliminar vícios e declarar a higidez do processo a prosseguir, o que se mostrou insuficiente para o desenvolvimento do processo civil no marco do devido processo legal¹⁵², pois incapaz de sustentar e promover o estado ideal de protetividade dos direitos fundamentais processuais insculpidos na Constituição da República, como o contraditório, a imparcialidade do juiz, a publicidade e a motivação. Eliminar vícios e nulidades não era suficiente, do mesmo modo que o protagonismo do juiz no exercício da função saneadora não mais se sustentava numa estrutura processual cooperativa.

O Código de Processo Civil de 2015 avançou para destacar a importância do saneamento e organização do processo para o desenvolvimento adequado e regular das próximas fases processuais, de modo a superar o compromisso exclusivo com a eliminação de vícios e resolução de questões prévias pelo juiz, para destacar a correta delimitação das questões de fato e de direito que serão objeto da decisão judicial, a ser realizada em contraditório, com ampla participação das partes, de modo que a decisão de organização torna-se parâmetro de controle da decisão final.¹⁵³

¹⁵⁰ Sabe-se que antes da inserção do despacho saneador no CPC/39, já existia no processo civil brasileiro atos de saneamento, mas o Código de 1939 é tido pela doutrina como o marco inicial para de inclusão do saneamento processual. PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. O saneamento no processo civil como instrumento de efetividade da atividade jurisdicional. *Revista de processo*, v. 274, p.161-203, dez/2017. TALAMINI, Eduardo. O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.134, a. 34, abr-jun/1997. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 76. LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. *Op. cit.*, p. 18. Sobre o saneamento no direito português: REIS, José Alberto. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, 2ª ed. 1993. MENDES, Armindo Ribeiro. *As sucessivas reformas do processo civil português*. Coimbra editora. *Revista Julgar*, n. 16, p. 79-97, 2012.

¹⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 74.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In DIDIER JR., Fredie. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 353-362.

¹⁵³ “O processo não é “coisa das partes”, como diziam os antigos. Mas tampouco é apenas “coisa do juiz” – como se pretendeu no momento de sistematização científica e afirmação publicística do direito processual. Então, mais do que uma exigência de simples organização do modo de atuação do agente jurisdicional, trata-se da imposição de um esforço conjunto entre o juiz e as partes, “para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (na dicção do art. 6º do CPC, ao prever genericamente o dever de cooperação). Assim, o saneamento

De fato, a organização processual é um dos principais momentos do processo civil, pois está presente em todos os processos que demandam instrução probatória e possibilita a participação efetiva das partes na delimitação das questões de fato controvertidas, na definição dos meios de prova, na distribuição do ônus da prova e na delimitação das questões de direito relevantes para a decisão de mérito.

O compromisso com a organização é um dos grandes estímulos criados à participação das partes no processo, especialmente por possibilitar o exercício do direito de organizar e gerenciar o processo pela via da convenção processual do art. 357, §2º, do CPC, na qual a vontade das partes complementa e converge a vontade expressa na lei¹⁵⁴.

2.1 As insuficiências do saneamento no direito brasileiro

Previsto no art. 294 do Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (CPC/39) o momento específico para saneamento processual foi inicialmente tratado sob o título de *despacho saneador*¹⁵⁵. Contemplava um procedimento escalonado de análise e providências a serem adotadas pelo juiz para que o processo se desenvolvesse sem pendências. Identificava a decisão proferida no processo de conhecimento, depois de encerrada a fase postulatória e antes de iniciada a fase instrutória, na qual o juiz examinava a legitimidade da relação processual, corrigia eventuais vícios sanáveis e negava ou admitia continuidade do processo.¹⁵⁶

destina-se a propiciar eficiência à atuação jurisdicional – e consequentemente economia processual (duração razoável do processo). Mas também se presta a assegurar previsibilidade (segurança jurídica) e a tornar mais qualificado o debate entre as partes e o juiz (contraditório), ampliando-se as chances de uma solução justa e eficaz.” TALAMINI, Eduardo. Saneamento e organização do processo no CPC/15. Disponível < <https://www.migalhas.com.br/depeso/235256/saneamento-e-organizacao-do-processo-no-cpc-15> > Acesso em 10 jun. 2019.

¹⁵⁴ “Admitir acordos processuais não significa a fragilização da produção normativa estatal nem a vitória das convenções sobre a lei, mas um sintoma da hibridação da lei e do acordo. Não é certo nem opor processo *versus* acordo nem imaginar que devemos trabalhar com um parâmetro puro e ideal. Trata-se de procurar um modelo *híbrido*, com algum grau de flexibilização dentro do processo jurisdicional. (...). Nesse pano de fundo, ao modificar o procedimento, a parte o faz com autorização legal, i.e. dentro do ordenamento, e não *contra legem*”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. Cit., p. 189-190.

¹⁵⁵ Redação original: “Art. 294. No despacho saneador, o juiz: I – decidirá sobre a legitimidade das partes e da sua representação, ordenando, quando fôr o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; II – mandará ouvir o autor, dentro em três (3) dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, e conhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; III – pronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará suprir as sanáveis bem como as irregularidades; IV – determinará exames, vistorias e quaisquer outras diligências, na forma do art. 295. Parágrafo único. As providências referidas nos números I e II serão determinadas nos três (3) primeiros dias do prazo a que se refere o artigo anterior.” Posteriormente, a redação foi alterada pelos Decreto-Lei nº. 4.565 de 1942 e Decreto-Lei nº. 8.570 de 1946.

¹⁵⁶ “Podemos conceituar o despacho saneador como a decisão proferida logo após a fase postulatória, na qual o juiz, examinando a legitimidade da relação processual, nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção de vícios sanáveis.” LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Op. cit., p. 7.

Barbosa Moreira ensinava que o despacho saneador compreendia em um único ato, dois momentos. O primeiro deles encerrava a fase de organização preliminar, resolvendo questões prévias e necessárias ao conhecimento do mérito, tais como vícios e nulidades, revelia, legitimidade e representação processual. Por conseguinte, inaugurava a fase instrutória do processo, orientando o que seria objeto da atividade jurisdicional. Continha, assim, um *juízo positivo de admissibilidade* e um *juízo positivo de validade do processo*, pois declarava o processo são e apto a prosseguir, indicando-lhe os rumos para o desenvolvimento eficaz.¹⁵⁷ Portanto, apesar de ter sido nomeado como *despacho*, o ato judicial apresentava nítido conteúdo decisório.

Embora existisse um momento vértice para realização do saneamento, tratava-se, na verdade, do desempenho de uma atividade, de uma *função saneadora*¹⁵⁸, desenvolvida em momentos distintos do processo¹⁵⁹, cujo enfoque principal era a inspeção do processo para que se desenvolvesse isento de vícios, evitando desperdícios e providências inúteis¹⁶⁰, mas ainda sem preocupações com preocupação efetiva com o contraditório e a participação das partes no desenvolvimento da atividade.

Diante da necessidade de corrigir alguns defeitos e adequar a normativa processual à pluralidade da sociedade foi promulgado o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), porém sem representar uma quebra do modelo processual vigente, persistindo a necessidade de aprimoramento dos institutos processuais, como se percebe pelas inúmeras alterações legislativas pelas quais passou antes de uma efetiva reforma¹⁶¹, por fim realizada pelo Código de Processo Civil de 2015.

No CPC/73 o saneamento foi inicialmente tratado pelo art. 331, com o nome “despacho saneador”, entretanto, antes de o código entrar em vigor, o título foi alterado pela

¹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 52.

¹⁵⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 242. No mesmo sentido Barbosa Moreira, distinguindo a *fase* de saneamento, inaugurada na análise das providências preliminares, da *atividade* de saneamento, exercida desde o recebimento e apreciação da petição inicial. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁹ Galeno Lacerda elencava no mínimo três momentos, quais sejam, quando o juiz profere o despacho liminar, quando julga a exceção e quando profere o despacho saneador. LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. *Op. cit.*, p.8.

¹⁶⁰ “Mas, em qualquer dos casos, a atividade saneadora terá um só fim: realizar a economia processual. Ora, a inspeção do processo, visando a esse objetivo, é nitidamente saneadora, quer conclua o juiz a favor ou contra o seu prosseguimento.” LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. *Op. cit.*, p.12.

¹⁶¹ BARBOSA MOREIRA. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de processo*, v. 40, p. 109-135, out-dez/1985; Vicissitudes da audiência preliminar. *Temas de Direito Processual: Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 129-140. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 108-111. TUCCI, José Rogério Cruz e. Horizontes da nova audiência preliminar. *Revista Forense*, v. 99, n. 370, p. 65-75, nov-dez/2003.

Lei nº. 5.925/73, para corrigir o equívoco relativo a natureza jurídica do ato, que por seu conteúdo decisório era incompatível com o despacho, nomeando-se a seção “do saneamento do processo”¹⁶².

O texto proposto para o art. 331 do CPC/73 não continha parâmetros para a decisão de saneamento do processo, limitava-se a fixar o momento para declarar saneado o processo. A análise das providências preliminares, do conhecimento de eventuais vícios e de sua regularização encontrava-se no capítulo anterior, nos artigos 323 a 328. Os artigos 329 a 330 apontavam para o resultado negativo do saneamento, indicando que depois de realizada a atividade saneadora e não sendo possível a regularização e prosseguimento do processo, esse deveria ser extinto ou antecipadamente julgado.

A reforma processual de 1994 inovou na disciplina do saneamento ao incluir no art. 331 do CPC/73 a possibilidade de audiência para realização conjunta do saneamento. Até então, a decisão de saneamento era fruto da atividade solitária do juiz que, através de ato formal e escrito, decidia sobre a prova pericial e designava audiência de instrução e julgamento para a produção de outras provas, caso entendesse necessário. Tratava-se da *técnica escrita* de saneamento do processo¹⁶³. A inclusão de uma audiência específica para o saneamento, em conjunto com as partes, representava uma possibilidade de modernização da disciplina do saneamento, não fosse o nome dado a ela, “audiência de conciliação”, o que fez com que fosse recebida pela comunidade jurídica como apenas mais uma possibilidade para tentativa de conciliação processual.

A posterior alteração do nome do instrumento para “audiência preliminar”¹⁶⁴ não foi suficiente para conter a desvirtuação de seu propósito inicial. Da redação legislativa depreendia-se que, versando a causa sobre direitos que admitissem transação, o juiz deveria designar audiência preliminar para oportunizar a conciliação e, não havendo acordo, fixar os pontos controvertidos, além de decidir sobre as questões processuais pendentes, determinar a produção de provas e designar audiência de instrução e julgamento, se necessário. O critério decisivo para a realização da audiência preliminar continuava a ser a possibilidade de transação pelas partes, transparecendo muito mais uma oportunidade de solução consensual do conflito

¹⁶² Nesse sentido, Paulo Hoffman afirmava que “Dar o título de ‘despacho saneador’ realmente já foi um primeiro equívoco, porquanto, apesar de realmente ser assim conhecido, tecnicamente se trata de decisão e não é de bom alvitre que a lei utilize um termo jurídico que não esteja na sua adequada acepção.” HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 107.

¹⁶³ BARBOSA MOREIRA. Vicissitudes da audiência preliminar. *Op.cit.*, p. 129.

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. *Op. cit.*, p. 108-110.

do que de saneamento e efetiva organização processual¹⁶⁵. Entre os processualistas vigorava o entendimento de que a tentativa de conciliação era um dos principais fins desta audiência¹⁶⁶ e, caso a conciliação não fosse obtida, abria-se espaço para uma finalidade residual de debate entre as partes, especialmente para a delimitação da questão probatória (art. 331, §2º do CPC/73).

Desse modo, a cláusula inovadora do §3º do art. 331, terminou por confirmar a audiência preliminar como um instrumento para oportunizar a consensualidade, afirmando que, se o direito não admitisse transação ou se as circunstâncias da causa evidenciassem ser impossível sua obtenção, o juiz poderia sanear o processo e ordenar a produção da prova nos termos do §2º do mesmo artigo, dispensando a realização da audiência.¹⁶⁷

A fórmula aberta do dispositivo favoreceu aos juízes que antipatizavam com a audiência preliminar, pois se entendia que o exigido juízo de *evidente probabilidade de que a conciliação não se realizaria* estava na esfera das convicções do juiz¹⁶⁸, que ocupados do grande número de processos em suas varas, tinham a audiência por dispendiosa, por duplicar a atividade processual presidida pelo magistrado e, assim, atrasar o andamento do processo¹⁶⁹. Na óptica dos advogados, a expectativa não era melhor. Em sua maioria, os operadores encaravam a audiência preliminar como mera possibilidade de conciliação, sem se dar conta da

¹⁶⁵ A vinculação à disponibilidade do direito enterrou as possibilidades de modernização do instituto. “O ponto fulcral para a realização dessa audiência não deveria ser a possibilidade de obtenção de transação, mas a existência de complexidade em matéria de fato e de direito.” GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo Civil cooperativo brasileiro de 2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, a. 23, n. 91, p. 123-136, jul-set/2015. No mesmo sentido, destaques para a irrisignação de Cândido Rangel Dinamarco: “De minha parte, continuo entendendo que a limitação decorrente da inviabilidade de conciliar não tem razão de ser no sistema e sua aceitação é fruto da má compreensão dos objetivos da audiência preliminar instituída no Código Modelo e em boa hora trazida ao Código de Processo Civil brasileiro pela primeira Reforma. Mesmo que a causa verse sobre direitos indisponíveis, não sendo admissível a conciliação, a audiência preliminar teria muita utilidade, em razão das atividades descritas no §2º do art. 331 (essa não é uma simples audiência de conciliação). Mas agora, com esse retrocesso, que é uma vitória dos misonéistas e de sua má-vontade em aprimorar o sistema processual, *legem habemus* e não há mais o que discutir: a audiência só se realiza se a matéria litigiosa comportar transação e se não houver sinais claros de uma indisposição das partes à conciliação.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma. Op.cit.*, p. 119.

¹⁶⁶ À época, Luiz Rodrigues Wambier lecionava que a audiência preliminar nasceu com um propósito claro: “servir de ocasião para a exortação do juiz às partes, em favor da conciliação, num momento bem anterior ao do início da instrução.” *In* Audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista de Processo*, v. 118, p. 137-142, nov-dez/2004. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 248-251.

¹⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Vicissitudes da audiência preliminar. *Op.cit.*, p. 129-140.

¹⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma. Op. cit.*, p. 119-120.

¹⁶⁹ Sob esse aspecto, valiosa a crítica que fazia Nelson Nery Jr., defendendo a obrigatoriedade da audiência do art. 331, do CPC/73: “Normalmente os juízes só tomam conhecimento do conteúdo do pedido e da resposta na audiência, ocasião em que fazem a leitura dos autos. Fora da audiência os juízes não lêem os autos e, não raras vezes, deferem provas impertinentes, que são realizadas com desperdício de tempo e de atividade processual. O que atrasaria o andamento do processo não seria a audiência, mas a realização de outros atos impertinentes por falta de correta leitura e de completo conhecimento dos autos”. NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de dezembro de 1994 e de 1995*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 114.

oportunidade para realizar o saneamento compartilhado e a organização das próximas etapas processuais¹⁷⁰.

De fato, tanto o despacho saneador do CPC/39 como a audiência preliminar do CPC/73 mostraram-se insuficientes para as reais necessidades do processo civil brasileiro. Fazia-se necessário a criação e o fortalecimento de instrumentos que permitissem para além de sanear, organizar o processo, com especial participação de todos os sujeitos processuais.

Primeiramente, o *despacho saneador* mostrou sua insuficiência pela impropriedade terminológica, dado o caráter decisório do ato processual, hábil a resolver as questões preliminares, fixar os pontos controvertidos e determinar a produção probatória.¹⁷¹ Além disso, era insuficiente em sua estrutura, porque não estava comprometido com a efetiva organização do processo.¹⁷²

À *audiência preliminar*, melhor sorte não socorreu. Considerada nova possibilidade de conciliação foi encarada como uma providência desnecessária e responsável por atrasos indesejados da marcha processual. Com o passar dos anos transformou-se em mera formalidade, um expediente da secretaria das unidades jurisdicionais que, validados pela assinatura do juiz, “recebiam” a natureza jurídica de ato decisório. Na prática forense a decisão saneadora decorria de um modelo burocrático e sem qualquer efeito prático.¹⁷³ A maior parte da doutrina

¹⁷⁰ Destaque-se o apelo de Barbosa Moreira na tensão *facultatividade x obrigatoriedade* da audiência preliminar, chamando a atenção para o erro cometido pelo juiz que realizava o saneamento por escrito sem analisar as peculiaridades das circunstâncias do caso. Considerava que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados na redação legislativa não implicava na discricionariedade do julgador para designação na audiência, defendendo que somente a experiência da realização da audiência poderia trazer dados concretos a respeito de sua eficiência para o processo. BARBOSA MOREIRA. Vicissitudes da audiência preliminar. *Op.cit.*, p. 136-140.

¹⁷¹ “O denominado despacho ‘saneador’ tem, portanto, conteúdo de decisão interlocutória (art. 162, §2º, do CPC-73, correspondente ao art. 203, §2º, do CPC-15) e não, propriamente, de ‘despacho’ (§3º do art. 162, correspondente ao art. 203, §3º, do CPC-15), sendo mais correta a denominação ‘decisão de saneamento’. Cuidase, ainda, ato de natureza eminentemente declaratória, porque, em verdade, nada saneia; pelo contrário, declara que o processos está em ordem de prosseguir, seja para dar continuidade à atividade probatória ou, caso se mostre desnecessária a produção de outras provas, além daquelas já produzidas para pronto julgamento do feito.” NUNES, Guilherme de Paula Nascente. Notas sobre o saneamento compartilhado. *In Grandes temas do Novo CPC: Direito probatório*. v. 5. Cood. Fredie Didier Jr. [et. al.] 3ª ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 860.

¹⁷² KOHEM, Ronaldo. A apresentação do caso e o CPC projetado: o saneamento e a organização da causa em colaboração. *Revista de Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 5, p. 114-141, out/2014, p. 122. Veja-se, ainda, os comentários de Sérgio Bermudes na atualização da obra de Pontes de Miranda: “Nunca vi cumprida a norma do art. 451, que manda o juiz, ao iniciar a instrução, fixar os pontos sobre os quais incidirá a prova. Ainda não vi, e dificilmente se verá, algum juiz cumprir a regra do §2º do art. 331, que lhe ordena estabelecer os pontos controvertidos. Fatores de múltipla ordem, inclusive o descaso pela função, impedem o juiz brasileiro de obedecer às normas aludidas, cuja observância pressupõe o conhecimento do processo, que, muitas vezes, ele não examinou adequadamente antes da audiência. Entretanto, os comandos do §2º do art. 331 e do art. 451 existem para serem cumpridos, disso resultando a proveitosa instrução do feito.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV: arts 282 a 443, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 240.

¹⁷³ Paulo Hoffman compara esse tipo de decisão com um “carimbo” de cartório, pois as decisões apresentavam fórmulas repetidas e sem qualquer profundidade, para as quais a doutrina tradicional não demonstrava a repulsa necessária. A exemplo: “Partes legítimas e bem representadas. Não há nulidades a suprir. Dou o feito por saneado e designo audiência de instrução para o dia tal, deferindo as provas oportunamente requeridas.” HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. *Op. cit.*, p. 112-113.

tradicional considerava a designação da audiência uma faculdade do juiz¹⁷⁴, cabível nos casos em que o direito admitia transação e não para fins de promoção do debate e viabilização de influência sobre o convencimento do magistrado¹⁷⁵.

Por certo, a disciplina do saneamento no Brasil necessitava de revisão para se amoldar ao modelo cooperativo de processo contemporâneo e reconhecer os espaços de atividades das partes, especialmente para a organização do processo de modo eficiente. Com esse objetivo, o Código de Processo Civil de 2015 reformulou a disciplina do saneamento para evidenciar os instrumentos de organização e gerenciamento processuais disponíveis ao juiz e às partes.

2.2 Saneamento e organização do processo no CPC/15

Ao privilegiar um modelo cooperativo de processo, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe duas essenciais contribuições para a já conhecida fase de saneamento processual, quais sejam, o enfoque na *organização* do processo e o estímulo à *consensualidade* na atividade de organização e gerenciamento, reforçando as prerrogativas das partes e ampliando os espaços de participação processual, conforme se vê no art. 357, intitulado “Do saneamento e da organização do processo”.

Com redação clara, logo no *caput* do art. 357, do CPC tem-se a definição quanto a natureza do ato jurídico, trata-se de uma *decisão* de saneamento e organização processual. Não se confunde com um despacho, um ato ordinatório, tampouco com uma oportunidade para conciliação das partes, é uma decisão que vincula as atividades probatória e decisória que lhe seguem.

Sob a égide do CPC/39, o saneamento era objeto do despacho saneador, cujo alcance estava limitado na análise da legitimidade da relação processual, compreendidos os

¹⁷⁴ Considerando o caráter facultativo da audiência preliminar: THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 376. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de processo civil – procedimento comum: ordinário e sumário*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 225. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 333. GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos, 2003, p. 148-151.

¹⁷⁵ Poucos foram aqueles que reconheceram na audiência preliminar uma possibilidade de compartilhamento da atividade saneadora do processo. A redação confusa e a ausência de uma cultura processual cooperativa contribuíram para a sua ineficiência. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Op. cit.* p. 137-142.

pressupostos processuais¹⁷⁶ e as condições da ação¹⁷⁷, ao passo que no CPC/73, observou-se o esvaziamento do saneador, constituído como mera ordenação para prosseguimento do processo depois de esgotadas as providências preliminares. No Código de Processo Civil de 2015 o enfoque desta etapa processual está na organização e nas oportunidades a ela ínsitas.

Pode-se dizer que a organização do processo ocorre em dois sentidos: *retrospectivamente*, no qual se ocupa de tudo que possa atrasar ou impedir a resolução do mérito da causa, pré-excluindo eventuais vícios nos atos processuais ou propiciando a extinção do processo sem resolução do mérito, e, *prospectivamente*, para informar a todos os participantes do processo sobre a repartição do ônus probatório e das provas a serem produzidas, sobre a delimitação das questões de fato e das questões de direito relevantes para a decisão de mérito.¹⁷⁸ Em seu caráter retroativo, a organização implica numa verdadeira auditoria dos atos processuais, para realizar as providências necessárias ao válido prosseguimento do processo, e em seu caráter prospectivo, a organização objetiva orientar as próximas etapas processuais, delimitando o objeto da cognição judicial.

Desse modo, a organização do processo atua como uma mola propulsora da eficiência processual, necessária ao bom desenvolvimento da relação processual. Como afirma Darci Ribeiro, o saneamento e a organização do processo são um “pressuposto processual de validade objetivo e intrínseco a relação jurídica”¹⁷⁹, pois serão sempre necessários, ainda que não haja irregularidades a serem sanadas ou deliberações quanto ao ônus probatório; a fixação das questões de fato e de direito controvertidas é indispensável. É que nos modernos sistemas processuais, os procedimentos cognitivos são bifásicos¹⁸⁰, compreendendo uma fase

¹⁷⁶ A teorização dos pressupostos processuais é, sem dúvidas, o vértice da ciência processual. Os estudos de Bülow com a constatação de que eventuais vícios na relação processual não afetavam a relação de direito material foram o combustível necessário para o reconhecimento da autonomia do direito processual, separado do direito material. Por assim o ser, durante muito tempo a doutrina processual abraçou a teoria dos pressupostos processuais, ressignificando-a ao longo dos anos para compreendê-los como requisitos da existência da relação processual; condições para o julgamento do mérito ou como condições para a concessão do direito pretendido. À luz do CPC/39, Galeno Lacerda identificava os pressupostos processuais como os requisitos processuais genéricos necessários à constituição do processo e à adequação da lide, assim compreendendo os aspectos subjetivos (quanto ao juiz: competência e insuspeição e quanto às partes: capacidade) e aspectos objetivos (extrínsecos à relação processual: inexistência de fatos impeditivos e intrínsecos à relação processual: subordinação do procedimento às normas legais) de existência e validade. LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. p. 60-75.

¹⁷⁷ As condições da ação são entendidas por Galeno Lacerda como os requisitos de legitimidade da relação processual. Condições que legitimam o exercício do direito subjetivo de ação, assim compreendidas a legitimação para a causa, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. p. 75-98.

¹⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 130. Destaques para a utilização inaugural dos termos retrospectiva e prospectiva por Barbosa Moreira, em *Saneamento do processo e audiência preliminar*. *Op. cit.* p. 109-135.

¹⁷⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental a razoável duração do processo. In *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 192.

¹⁸⁰ LEIPOLD, Dieter. *Elementos orales y escritos en la fase introductoria del proceso civil*. Disponível em <<https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/5oraleip2.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2020.

preparatória, na qual ocorre uma filtragem completa da discussão endoprocessual, seguida de uma fase posterior de problematização, cujo objeto são os pontos controvertidos fixados na preparação.¹⁸¹

O art. 357 do CPC concentra um conjunto de atividades que devem ser realizadas para que o processo possa seguir rumo à prestação da tutela jurisdicional pretendida, dentre as quais se encontra o saneamento.¹⁸² Desde o recebimento da petição inicial, o juiz deve exercer uma atividade saneadora sobre o processo, eliminando vícios, corrigindo falhas e resolvendo tantas outras providências preliminares necessárias à desobstrução dos obstáculos ao conhecimento do mérito.¹⁸³

A atividade saneadora ocorre durante toda a fase postulatória e nada mais é do que uma medida de organização do processo. Analisar requisitos de admissibilidade processual, preliminares, nulidades processuais, determinar quais atos podem ser aproveitados e quais devem ser novamente praticados¹⁸⁴, todas essas são providências de organização, essenciais ao arranjo para continuidade do processo. Ao traçar diretrizes e disponibilizar institutos processuais hábeis a melhor preparar a causa para o julgamento do mérito, o art. 357, do CPC, evidencia o cerne da organização processual, compromissada com a cooperação, exercício efetivo do contraditório e a boa-fé, notadamente pelo estímulo da participação das partes no gerenciamento eficiente do processo.¹⁸⁵

O *caput* do art. 357, do CPC/15 inclui as atividades de saneamento e organização dentre os poderes do juiz num ambiente processual pautado pela cooperação, no qual deve o juiz oportunizar a participação das partes, inclusive para que indiquem a sua possível visão jurídica do material do processo.¹⁸⁶ A organização deve ser realizada de modo cooperativo, em contraditório efetivo, a fim de que o resultado desta fase seja fruto do diálogo entre as partes e

¹⁸¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 482-483.

¹⁸² “Atendendo em parte à crítica da doutrina, o Código de 2015 fala em ‘saneamento e organização do processo’ (art. 357) – nada obstante o saneamento claramente faça parte das atividades destinadas à organização do processo.” MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Op.cit.*, p. 109-135.

¹⁸⁴ Considere-se que o CPC/15 prima pelo julgamento do mérito e solução do conflito, verdadeiro objetivo da atividade jurisdicional, com o máximo de aproveitamento dos atos processuais, razão pela qual há diversos instrumentos para regularizar vícios e possibilitar o prosseguimento do feito, por exemplo a regularização preliminar da ilegitimidade passiva (art. 338, do CPC). Desse modo, é bem provável que no momento específico de saneamento as questões processuais já tenham sido analisadas e julgadas, porém, se alguma pendência ainda restar é o momento de saneá-la definitivamente.

¹⁸⁵ Daniel Mitidiero afirma que no intento de respeitar a estrutura cooperativa do processo, toda a atividade organizatória deve ser realizada em audiência, para promover um amplo contato e debate oral entre os sujeitos processuais. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. *Op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. *Op. cit.*, p. 135.

o juiz, afastando-se da visão exclusiva que o magistrado tenha sobre a controvérsia apresentada.¹⁸⁷

O inciso I do art. 357, encerra o momento específico para o saneamento residual do processo. Quaisquer vícios e problemas que ainda existam no processo, que possam dificultar ou inviabilizar o julgamento do mérito, devem ser sanados, a fim de que o processo esteja hígido a prosseguir, aproveitando-se ao máximo os atos processuais.¹⁸⁸ Somente se verificados vícios intransponíveis ou inexistência de pressupostos processuais que não seja possível suprir (art. 139, IX, do CPC/15), terá lugar a extinção do processo sem resolução do mérito. Os demais incisos do art. 357 do CPC não tratam de atividades de saneamento, mas de típicas providências de organização, da qual o saneamento faz parte.

No inciso II do art. 357, a atividade organizadora inclui a delimitação das questões de fato sob as quais recairá a atividade probatória e a especificação dos meios de prova admitidos, o que direciona e vincula o agir das partes e do juiz. Reconhecer os fatos controvertidos e relevantes ao julgamento do processo afasta providências inúteis, como o trabalho de prova de fatos que não interessam ao julgamento da causa ou que já se encontram suficientemente provados e viabiliza o exercício adequado do contraditório, exercido através do diálogo entre o juiz e as partes para o real conhecimento do objeto da atividade probatória e da decisão final (art. 5º, LV, da CR/88 e arts. 7º, 9º e 10, do CPC/15).

Embora topologicamente a definição das questões de fato seja anterior à delimitação das questões de direito, isolá-las completamente não é possível. Os fatos trazidos ao processo somente interessam na medida em que satisfazem uma hipótese normativa possivelmente aplicável. Uma vez que os direitos existem numa realidade fática, para definir os fatos essenciais ao julgamento do mérito do processo é necessária uma compreensão prévia da questão de direito discutida e, a partir dela, a definição dos elementos fáticos que são necessários a sua percepção.¹⁸⁹ Assim, delimitar os fatos é essencial para o conhecimento do direito, e vice-versa; as questões se interpenetram.

¹⁸⁷ “O juiz deve procurar discutir as questões relevantes a cada fase do processo, procurando uma comunicação constante e recorrente com os demais sujeitos; e estes devem interagir com o juiz e entre si, avaliando as manifestações dos demais quando da prática de seus atos processuais.” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. *Op. cit.* p. 215.

¹⁸⁸ As nulidades processuais são excepcionais, a ordem é o saneamento dos defeitos e vícios. “No direito processual, a quase totalidade dos defeitos pode ser sanada. Por mais grave que seja, mesmo apto a gerar a invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, o defeito é sanável”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 413.

¹⁸⁹ Nesse sentido, Mitidiero ensina que o dimensionamento do *thema decidendum* é uma “necessidade logicamente prévia” à fixação o *thema probandum*. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. *Op. cit.*, p. 136.

A definição das questões de fato é um valioso instrumento de participação e de vedação da surpresa no processo, vez que depois de fixadas em saneamento, não é possível às partes alterarem a causa de pedir (art. 329, II, do CPC/15), ao mesmo passo que ao juiz é vedado exercer cognição sobre questões de fato não alegadas pelas partes, salvo no caso de fatos supervenientes (arts. 492 e 493, do CPC/15). Além disso, guarda estrita relação com o princípio da economia processual (art. 5º, LXXXVIII, da CR/88 e art. 4º, do CPC/15).

Na hipótese do inciso III, compete ao juiz definir sobre a inversão do ônus da prova prevista no art. 373, §1º, do CPC/15, esclarecendo às partes o que se espera da conduta de cada uma delas, vez que ao final do processo a partição do ônus probatório definido na fase de saneamento servirá como critério de julgamento para o caso de ainda restar dúvidas quanto à verdade das afirmações de fato controvertidas.

O inciso IV trata das definições das questões de direito, ou seja, da lei a ser aplicada e das diretrizes de interpretação e aplicação para a resolução do mérito¹⁹⁰. Por fim, dispõe o inciso V que o juiz deverá designar audiência de instrução e julgamento quando necessário.

Observa-se, pois, que a atividade organizadora não pode ser exercida de modo solitário pelo juiz, mas com a participação das partes, tomando em conta os elementos por elas trazidos e esclarecendo as dúvidas que eventualmente existirem, *ex vi* dos arts. 9º e 10, do CPC, orientadores da regra fixada no art. 357, §1º, do CPC/15. A organização deve existir num ambiente de cooperação processual, marcado pelo estímulo à consensualidade, como se vê especificamente dos §§ 2º e 3º, do art. 357, do CPC/15.

O art. 357, do CPC trata de um momento específico para organização do processo antes de iniciada a produção probatória, mas não o único. Desde o recebimento da petição inicial o processo deve ser saneado e organizado, para evitar providências infrutíferas e nulidades e proporcionar o máximo aproveitamento dos atos processuais. Neste momento, devem ser fixados os pontos controvertidos, isto é, a delimitação das questões de fato que serão objeto da prova e das questões de direito que servirão de fundamento para a resolução do mérito, além de especificar os meios de prova admitidos, considerando as pretensões do autor e do réu¹⁹¹. A continuidade do processo se dará nos limites da decisão de organização, o que guarda profunda relação com o objeto da cognição processual.

¹⁹⁰ “Pode se dar, por exemplo, sobre uma lei ou um dispositivo legal que pode ou não ser aplicado, ou, até mesmo, de um ponto de vista, sobre a norma, que seja relevante para o julgamento da causa.” BERALDO, Leonardo de Faria. Eficiência e organização do processo. *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Op. cit., p. 241.

¹⁹¹ Lembre-se que além de contestar, o réu pode, no mesmo prazo, reconvir e reclamar seus *contradireitos*, afirmando sua causa e pedindo a consequência jurídica dele decorrente. DIDIER JR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de processo*. v. 223/2013. p. 87-100. Set/2013.

Por isso, não temos dúvidas em afirmar que objetivo principal do art. 357 do CPC/15 não é no saneamento do processo, atividade exercida constantemente para evitar entraves ao curso processual, mas a organização das próximas etapas processuais, que somente poderão fluir com eficiência se eliminados o vícios e corrigidas as falhas anteriores. Defendemos, portanto, que o saneamento integra a atividade de organização, real objetivo do art. 357 do CPC, de modo que o mais correto é dizer da fase de “organização do processo”, existente em todo e qualquer processo de conhecimento que demande instrução probatória¹⁹².

2.2.1 Relações entre organização do processo e cognição

As regras traçadas para o momento vértice de saneamento e organização do processo têm o condão de prepará-lo para uma instrução probatória mais objetiva e eficiente, melhor apreciação do mérito e qualidade da sentença prolatada, em respeito às normas fundamentais do processo. Contudo, a histórica compreensão reducionista sobre o objeto e finalidade do saneamento e organização processual contribuiu para que a disciplina do tema quedasse pausada no tempo, vista por muitos como uma providência frívola, sem a qual o processo poderia seguir sem qualquer prejuízo às partes e à futura decisão.

No processo civil cooperativo não é aceitável que a organização do processo seja produto da exclusiva atividade do juiz, é necessário ampliar a via comunicativa para conglobar a vontade das partes, especialmente quando se trata da definição das controvérsias a respeito das questões de fato e de direito relativas ao julgamento do mérito, balizas para a instrução processual e para a decisão final. É, portanto, fundamental que seja realizada em contraditório, a fim de que o processo se torne um palco de diálogo inclusivo e pluralista, de influências retrooperantes, e não reduzido a uma *cognitio* introspectiva do juiz, apartado da intersubjetividade.¹⁹³

¹⁹² Numa primeira leitura, o texto legal do art. 357 do CPC parece sugerir que a fase de organização do processo existe somente na hipótese de não ocorrer extinção do processo (art. 354), julgamento antecipado do mérito (art. 355) ou julgamento parcial do mérito (art. 356), contudo, não é este o entendimento correto. Nos casos em que somente parcela do pedido for afetada pelas hipóteses de julgamento previstas nos arts. 354 a 356 do CPC, para o restante dos pedidos deverão ser observadas as regras do art. 357 do CPC. Por exemplo, num caso de exclusão de litisconsorte passivo do processo, fundada no art. 354 c/c art. 485, VI do CPC, o processo continuaria em relação aos demais, persistindo a necessidade de organizá-lo, o que implica na aplicação das regras do art. 357 do CPC. Em outros casos, é possível que o julgamento parcial do mérito decorra da própria organização do processo. Após a fixação dos pontos controvertidos e sabidas as provas que as partes pretendem produzir, pode haver uma redução parcial do mérito, como propõe BERALDO, Leonardo de Faria. *Eficiência e organização do processo. Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 237-253.

¹⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. *Op. cit.*, p. 121.

Exercer cognição implica em conhecer, compreender, perceber, de tal forma que a atividade cognitiva é desempenhada nas mais variadas searas da vida. Em se tratando da cognição judicial, destaca-se o entendimento professor Kazuo Watanabe para quem a cognição compreende os atos de inteligência de considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, isto é, as questões de fato e de direito que serão deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce da *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.¹⁹⁴ De fato, a atividade cognitiva consiste na técnica pela qual o magistrado tem acesso e resolve questões que lhe são postas para apreciação,¹⁹⁵ interpretando tanto os fatos, através das narrativas das partes no processo, como o direito, a partir do texto legal.¹⁹⁶

A definição das questões de fato e de direito controvertidas no processo é uma das atividades cognitivas mais importantes do processo de conhecimento, especialmente por guardar profunda relação com a decisão final. Embora nem tudo que seja conhecido¹⁹⁷, seja decidido no mérito do processo, definir as questões controvertidas envolve tarefa de profundo conhecimento dos fatos e direitos alegados por todas as partes envolvidas na relação processual, é uma atividade ampla.¹⁹⁸ Logo, no Estado Democrático de Direito, a cognição não deve ser exercida de modo solitário e exclusivo pelo juiz, mas ser percebida como um direito à valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas.¹⁹⁹

O reconhecimento do contraditório como direito de participação e influência no processo implica na revisão de diversas estruturas processuais, que devem assegurar e viabilizar a participação democrática no processo. Por assim o ser, como defendia Fazzalari, o exercício do contraditório deve ser especialmente realizado na definição do *thema disputandum*, para assegurar uma forma de comunicação ao alcance de todos os interessados, em paridade

¹⁹⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67. No mesmo sentido, Liebmann situa a atividade cognitiva no conhecimento das questões de fato e de direito que são deduzidas no processo, cujo resultado é o fundamento do julgamento da questão controvertida no processo, para decidir se a demanda proposta no processo é fundada ou não, se deve ser acolhida ou rejeitada LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. v. 1. Tocantins: Intelectos, 2003, p. 151.

¹⁹⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 439.

¹⁹⁶ VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 61-62.

¹⁹⁷ VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil*. *Op. cit.*, p. 42.

¹⁹⁸ Sobre as exceções apresentadas pelos réus no processo, Lucas Buriel expressa que “muito embora não haja decisão, em sentido técnico, sobre as exceções, elas integram o conjunto de questões de mérito que devem ser resolvidas para que o órgão julgador possa decidir o pedido.” Suas posições representam o afastamento da compreensão de cognição atrelada à decisão também quando diz sobre o autor, que “pode alegar direitos em sua causa petendi, que servem de fundamento para o pedido, e tais direitos não serão objeto da coisa julgada.” MACÊDO, Lucas Buriel. *Objeto dos recursos cíveis*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 62-63 e nota de rodapé nº. 108. As situações descritas servem a expressar que nem tudo o que é conhecido, será efetivamente decidido.

¹⁹⁹ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 118.

recíproca e simétrica, que visa a esclarecer e completar as questões objeto da disputa.²⁰⁰ A discussão das partes sobre as questões de fato e de direito, inclusive aquelas que o juiz poderia, em tese, considerar de ofício, deve ser sempre estimulada, porquanto integra o conteúdo da garantia do contraditório.²⁰¹

Para além de se assegurar o contraditório, como defende Fernanda Vogt, faz-se necessário um estado de *compartilhamento cognitivo*²⁰², no qual são percebidas as diversas vozes presentes na relação processual e promovido o compartilhamento dos conhecimentos necessários ao processo. Não é somente o juiz que exerce cognição, mas também as partes, e ainda, em proposta mais ousada, porém perfeitamente fiel ao dinamismo e complexidade das relações intersubjetivas levadas ao Judiciário, outros sujeitos e entidades mais adequadamente preparados para o exercício da cognição de determinado ato.²⁰³

Com efeito, não é novidade que a organização processual e, principalmente, a definição das questões de fato e de direito objeto da atividade cognitiva, deve ser feita em contraditório, como direito de influência das partes. No entanto, o atual modelo cooperativo de processo, que se assenta na consensualidade como norma fundamental, linha mestra para a compreensão dos demais institutos processuais, apresenta novas propostas para a atividade de organizar o objeto da cognição processual, como se vê pelo fortalecimento da organização processual compartilhada (art. 357, §3º, do CPC) e pela inovadora possibilidade de convenção processual sobre as questões de fato e de direito (art. 357, §2º, do CPC).

2.2.2 Consensualidade na organização do processo

A organização compartilhada do art. 357, §3º, do CPC/15 embora se assemelhe à audiência preliminar do art. 331, do CPC/73, corrige o equívoco de atrelar a realização da audiência preliminar às causas sobre direitos que admitam transação, aqui, a audiência de organização deve ser realizada pelo *juiz em cooperação com as partes*²⁰⁴, em razão da complexidade da matéria de fato e de direito discutidas.

²⁰⁰ FAZZALARI, Elio. Valori permanente del processo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, p. 9-10.

²⁰¹ PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore dela cognizione plena. In *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Napoli: Jovene Editore, 2003, p. 658.

²⁰² VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil*. *Op. cit.*, p. 140-141.

²⁰³ VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil*. *Op. cit.* 189-203. “Cognição adequada é a cognição tecnicamente melhor, portanto mais rica em conhecimento de assuntos específicos, jurídicos ou não. (...) A cognição adequada é, assim, o principal fator a justificar a cisão subjetiva da cognição, que nada mais é que a divisão entre aquilo que cada um pode conhecer melhor.”

²⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. *Op. cit.*, p. 138.

No entanto, entendemos que a complexidade da causa não é requisito essencial para a realização da audiência de organização²⁰⁵. A bem da verdade, o que deve orientar a organização compartilhada é a necessidade de estimular a cooperação das partes e assegurar o contraditório para a organização do processo e eficiência da função jurisdicional. A complexidade das questões de fato e de direito é um fator que reforça a necessidade de compartilhamento da atividade organizatória, contudo a audiência terá lugar sempre que se desejar orientar o trabalho das partes e do juiz para uma decisão de maior qualidade²⁰⁶, a exemplo, diante do interesse de calendarização processual²⁰⁷.

O ineditismo legislativo encontra-se na proposta de convencionalidade da organização do processo prevista no art. 357, §2º, do CPC/15, que permite às partes, por meio de convenção processual, definirem as questões de fato e de direito a serem apreciadas para decisão de mérito, convenção essa que, ao ser homologada, vincula a atividade do juiz e limita o objeto da cognição judicial.

O dispositivo faz uma verdadeira revolução na disciplina do saneamento e organização processual. Até este momento, os processualistas debatiam-se sobre a obrigatoriedade ou facultatividade da audiência para realização do saneamento e organização do processo, discutiam sobre a possibilidade de o juiz lançar mão da “técnica escrita” do saneamento e organização, reclamavam do déficit de contraditório na fixação do objeto controvertido do processo e na delimitação horizontal da cognição.

A convenção processual sobre questões de fato e de direito surge como o instrumento mais qualificado para o engajamento das partes na organização do processo. Representa o efetivo debate das questões de fato e de direito pelas partes, de modo que a fase de organização do processo deixa de ser vista como mera formalidade ou obstáculo à celeridade

²⁰⁵ No mesmo sentido, fixado o entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Civis no enunciado n. 298 “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa.”

²⁰⁶ A mudança da cultura processual pretendida a partir do CPC/15 só é possível a partir do desenvolvimento do processo como em uma comunidade de trabalho, afastando os momentos de solidão do juiz. Por isso, há autores que defendem que a organização compartilhada do art. 357, §3º, do CPC deve ser uma regra geral para os juízes. “A decisão do juiz isolada e em descompasso com a sistemática de cooperação e participação, sinceramente, não vai conseguir atingir a indispensável qualidade que se espera do saneamento e, por conseguinte, do futuro provimento de mérito, daí porque reputamos imprescindível que os atos do art. 357 sejam feitos por audiência, como regra geral, e não somente nos casos complexos.” SAMPAIO JR., Herval. O ato de sanear e organizar o processo como elemento substancial para a qualidade das decisões judiciais, na linha preconizada pelo novo CPC. *Os juízes e o novo CPC*. Org. Antônio Carvalho Filho e Herval Sampaio Junior. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 219. Em sentido contrário, entendendo que comprometeria a celeridade processual: BERARDO, Leonardo de Faria. Eficiência e organização do processo. *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Op. cit. p. 244.

²⁰⁷ Enunciado n. 299, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão.”

do processo, como ocorria no CPC anterior, para destacar um dos momentos mais importantes do processo comum: o momento de fixação do objeto da cognição para instrução probatória e decisão.

De certo os §§1º, 2º e 3º, do art. 357, do CPC/15 são visivelmente orientados pela necessidade de estimular a cooperação dos sujeitos processuais, assegurar a autonomia das partes e realizar o contraditório como influência reflexiva, contudo, possuem objetos e objetivos distintos e ainda pouco conhecidos pelos operadores do Direito brasileiro, o que pode levar a distorções em sua aplicação.²⁰⁸

O §1º trata do direito das partes de, no prazo comum de cinco dias, solicitar ajustes e pedir esclarecimentos da decisão de organização proferida pelo juiz, no intuito de viabilizar a cooperação das partes, efetivar o contraditório e possibilitar que a decisão organizadora reflita a realidade do pretendido pelas partes, especialmente em decorrência da estabilidade que sobre ela será operada.

Ainda sobre a vigência do CPC/73, ausente previsão legal para oportunizar o esclarecimento de fatos jurídicos e correção de erros materiais, Marco Antônio Rodrigues já afirmava ser a audiência preliminar do art. 331, o momento mais adequado para tais esclarecimentos, por se tratar do momento processual apto ao exercício do diálogo, para ser dada efetividade significativa ao direito fundamental do contraditório.²⁰⁹ O estímulo à consensualidade e à cooperação evidenciam, mais uma vez, as impropriedades redacionais do dispositivo que diz “realizado o saneamento”, quando, em verdade, a atividade esclarecedora integra os atos de saneamento e organização processual.²¹⁰

²⁰⁸ Para demonstrar os prejuízos da confusão entre as técnicas cooperativas de organização processual previstas no art. 357, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC, veja-se a decisão proferida por juíza de direito de uma das varas cíveis da comarca de Belo Horizonte/MG. Na ocasião, a magistrada determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir e fixou os pontos controvertidos, delimitando, solitariamente, as questões de fato e as questões de direito a serem apreciadas, além de determinar a realização de prova pericial. Ao final da decisão fez constar “(...) ficam as partes advertidas do teor dos §§1º e 2º, do artigo 357, do Código de Processo Civil, devendo manifestar-se no prazo de cinco dias, após o qual a presente decisão tornar-se-á estável.” TJMG, Processo nº. 3459501-63.2014.8.13.0024, 9ª Vara Cível, decisão publicada em 20.10.2016

²⁰⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 291-292.

²¹⁰ “Ao prever o saneamento realizado por escrito e por iniciativa do magistrado, o CPC apenas apresentou um método diferente, sem que, para utilizá-lo, precisemos abrir mão – em qualquer grau – da cooperação e do diálogo. Veja-se que, por isso, no caso, melhor teria sido a redação do § 1º se, em vez de “realizado o saneamento”, tivesse-se considerado que este apenas ocorrerá, efetivamente, após a manifestação das partes na petição de pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes. Isto porque, o que é realizado, neste momento, é o primeiro ato do ato complexo de saneamento e organização do processo, o qual inicia o diálogo com as partes, viabilizando a cooperação e efetivo contraditório.” UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. vol. 289/2019, p. 167 – 188, mar/2019.

Pressupõe uma decisão produzida solitariamente pelo juiz, razão pela qual a participação das partes tenta suplantar o déficit garantístico do saneamento escrito²¹¹, para materializar a orientação do art. 10, do CPC. A decisão do juiz, integrada pelas solicitações e ajustes das partes, torna-se estável e vinculante para as partes e o juiz. Em nada se confunde com a previsão do §2º, específica para a convenção das partes.

A organização compartilhada do art. 357, §3º, também não se confunde com a convenção processual relativa ao saneamento e organização do processo (art. 357, §2º). Ambas são hipóteses de aplicação do princípio da cooperação, porém no art. 3º, o juiz deve cooperar com as partes, alertar para as providências e atividades que serão realizadas e incitá-las a esclarecer os pontos necessários para organização. Na hipótese do §2º, as partes cooperam com o juiz²¹², apresentando-lhe as questões de fato e de direito, direcionando a atividade cognitiva.

Acredita-se que a confusão entre os institutos se deve muito mais à subteorização das convenções processuais sobre as questões de fato e de direito (art. 357, §2º, do CPC), do que à falta de conhecimento sobre os §§1º e 3º, do art. 357.²¹³

A matriz publicista do processo civil brasileiro e o receio de que o processo volte a ser ‘coisa das partes’ ainda causa muita resistência às convenções processuais, o que se agrava quando se trata da convencionalidade sobre o objeto da cognição. Para além das críticas comuns aos negócios jurídicos processuais em geral, a convenção sobre as questões de fato e de direito enfrenta ainda maior extenuação por incidir sobre assuntos tradicionalmente concedidos ao gerenciamento do juiz, o que justifica a necessidade de ampliação do debate sobre a temática.

2.2.3 Convenção processual sobre questões de fato e de direito

No âmbito da organização processual, a possibilidade aventada pelo art. 357, §2º, do CPC é a grande inovação em termos de compartilhamento de tarefas processuais e de flexibilização processual pelas partes. A convenção processual do art. 357, §2º, do CPC concede às partes poder para organizar o processo e definir as questões de fato e de direito

²¹¹ GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Organizador Edgard Audomar Marx Neto ... [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 432.

²¹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O saneamento compartilhado no novo CPC: partes ganham considerável espaço na condução do processo*. Disponível em <www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-saneamento-compartilhado-no-ncpc-08082016>. Acesso em: 25 fev. 2020.

²¹³ No CPC/73 já muito se discutia a respeito do contraditório e influência das partes e das preclusões e estabilidades da decisão de saneamento, tema este que é aprimorado no art. 357, §1º, do CPC/15. Do mesmo modo, já se debatia sobre as insuficiências da audiência preliminar do art. 331, do CPC/73, o que veio a inspirar as modificações na audiência que ocorre em momento prévio à instrução do processo, objeto do art. 357, §3º, do CPC/15.

objeto da controvérsia, de modo que a atividade do juiz é supletiva, para controlar a validade do ato²¹⁴, revelando-se como importante instrumento para implementação do contraditório e eficiência no processo.

As convenções processuais são uma realidade do direito processual brasileiro contemporâneo, fruto das necessárias transformações na cultura processual, especialmente para reconhecer a autonomia das partes e seus espaços de liberdade no processo, sem prejuízo da função jurisdicional pública. Todavia, analisando os comentários feitos ao Código de Processo Civil de 2015 por grande parte dos processualistas brasileiros, observou-se certa timidez no tratamento da convenção processual do art. 357, §2º, do CPC, sem revelar o potencial de transformação que tal instituto apresenta para o processo civil brasileiro. Transcorridos mais de cinco anos de vigência do CPC/15, ainda se proliferam dúvidas sobre as possibilidades, limites e técnica para operacionalização deste tipo de convenção processual, o que justifica o intento de elucidar deste típico acordo processual. Para tanto, passamos à análise do que já foi produzido sobre o tema no Brasil.

Em seu Código de Processo Civil Comentado, Marinoni, Arenhart e Mitidiero tratam a hipótese do art. 357, §2º, do CPC/15 pela epígrafe de “saneamento compartilhado”²¹⁵. Reconhecem o dispositivo como importante instrumento de organização prospectiva do processo, cujo objeto é a delimitação do *thema probandum* (inciso II) e *thema decidendum* (inciso IV), para preparar o processo para uma adequada solução de mérito, no entanto, não reconhecem a delimitação como vinculativa à atividade do juiz. Defendem que o juiz deve resguardar o controle da atividade jurisdicional e enfrentar questões que foram afastadas consensualmente pelas partes sempre que verificar que “as questões indicadas pelas partes não revelam a exata extensão do litígio.”²¹⁶

²¹⁴ Não especificamente a respeito do art. 357, §2º, do CPC, mas considerando a divisão das funções processuais entre partes e juízes, especialmente no tratamento da definição das questões de fato e dos meios de provas eleitos pelas partes, Marinoni ensina que “a participação das partes é imprescindível para a formação do convencimento judicial, ainda que, em alguns casos o juiz possa atuar de ofício. Ou melhor: a consciência de que a atuação do juiz, em tais casos, é supletiva, evidencia que a oportunidade de participação é fundamental à legitimação do processo.” MARINONI, Luiz Guilherme. A questão do convencimento judicial. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.17, abr. 2007.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit. p. 490. Em obra diversa os autores tratam das convenções processuais do art. 357, §2º, do CPC como “acordos sobre a delimitação das questões controvertidas”, que são possíveis independentemente da disponibilidade do direito objeto do processo. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 1. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 409.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit. p. 491.

Todavia, os autores não trazem elementos objetivamente aferíveis para que se determine, no caso concreto, a *exata extensão do litígio*, de modo que os comentários explicativos, ao revés de fornecerem efetiva diretriz interpretativa, trazem um conceito jurídico indeterminado, cujo complemento será dado pela atividade do juiz, nos termos do art. 139, do CPC. A interpretação dada parece resgatar o solipsismo da atividade do juiz, reduzindo o espaço de autonomia e influência das partes sobre o procedimento, de modo que a convenção processual do art. art. 357, §2º, do CPC seria um mero protocolo de intenções firmado entre as partes, integralmente controlado pelo juiz²¹⁷.

Não irrefletidamente os comentários de Marinoni, Arenhart e Mitidiero inauguram a demonstração do estado da arte brasileiro acerca do art. 357, §2º, CPC, pois analisam com muitas reservas os negócios jurídicos processuais que afetam matérias tradicionalmente compreendidas como poderes do juiz²¹⁸, o que se pretende desconstituir ao longo deste trabalho, especialmente a partir das premissas consideradas no capítulo 3.

De fato, grande parte da doutrina processual brasileira tem estado à margem da discussão e enfrentamento do tema, ocupando-se, tão somente, de parafrasear o texto legal, sem oferecer diretrizes para a interpretação normativa e efetividade do instrumento processual, conforme se detrai de diversos comentários ao Código de Processo Civil brasileiro.²¹⁹

²¹⁷ Considerando que as convenções sobre as questões de fato e de direito limitam os poderes jurisdicionais na condução e na decisão da causa, os autores defendem que os acordos processuais desse tipo devem representar apenas parâmetros para a atividade jurisdicional, mas sem efeitos vinculantes. A vinculação ocorreria somente na esfera das partes, que poderiam, inclusive, exigir reciprocamente o cumprimento das obrigações assumidas. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 413.

²¹⁸ Para Mitidiero, os atos decorrentes dos sujeitos do processo não geram efeitos, todos eles já estão normatizados pela lei. Não reconhece o poder de autorregramento das partes. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, 105. Por semelhante modo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em obra conjunta, defendem que “Pode ocorrer, porém, de o juiz trazer ao debate questões de direito que pode conhecer de ofício, mas que não foram previamente alegadas pelas partes (por exemplo, a prescrição ou a decadência, art. 487, II, CPC). Pode ainda ocorrer de o juiz entender que o direito que rege o caso é outro, diverso daquele alegado pelas partes – com o que poderá aplicá-lo de ofício à luz do brocardo *Iura novit curia*.” MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 494.

²¹⁹ À míngua de comentários sobre a convenção processual do art. 357, §2º, do CPC, veja-se: MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 4ª. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 630-633; *Curso de direito processual moderno*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 602-604. O autor trata do tema como saneamento, desconsiderando o escopo organizatório da convenção processual do art. 357, §2º, CPC, já evidenciado neste trabalho. Sustenta que após a adesão do juiz à convenção das partes estar-se-ia diante de declarações sucessivas concordantes. Todavia, o ato do juiz é de homologação, cujo efeito é a eficácia do negócio jurídico processual, já existente e plenamente válido entre as partes. Além disso, nada diz sobre a extensão, limites e características do dispositivo comentado. Parafraseando o texto do art. 357, §2º, do CPC, veja-se: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 1124-1128. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 453-455; NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 50ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 432-435. PARIZATTO, João Roberto. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. v. 1. 2ª. ed. São Paulo: Edipa, 2016. p. 861-868. Sem tecer nenhum comentário sobre o negócio jurídico processual do art. 357,

Paulo Henrique Lucon defende a importância da decisão de saneamento e organização como um momento particular de regularização do processo, de compreensão e definição de quais os caminhos adequados a serem seguidos para a realização da tutela pretendida. Contudo, não enfrenta o negócio jurídico processual previsto no §2º do art. 357. Contenta-se em comentar que o negócio processual em questão só pode ser formulado em caráter antecedente, sobre futuro e incerto processo, tornando-se vinculante após a homologação pelo juiz. Quanto aos limites do negócio jurídico processual, considera inválido o negócio que reduza os poderes instrutórios do juiz e retire do domínio judicial a aplicação de fundamentos jurídicos que o magistrado considera necessários, por considerar que “um dos objetivos da jurisdição é justamente a atuação da vontade concreta do direito objetivo, que não pode ser impedida pela vontade das partes”.²²⁰

Ao comentar o art. 357, do CPC, Leonardo Faria Schenk, reconhece a delimitação consensual das questões de fato e de direito disciplinada no parágrafo 2º como expressão do modelo colaborativo de processo civil, de modo que cumpridos os requisitos dos “acordos de procedimento”, poderá ser homologada judicialmente e vincular as partes e o julgador²²¹, com o que concordamos. De fato, a proposta trazida pelo art. 357, §2º, do CPC representa uma nova fronteira processual de divisão de trabalho entre as partes e o juiz. Sem retirar o processo da jurisdição estatal (como na arbitragem ou ainda nos demais métodos alternativos de solução de conflitos), permite-se às partes um maior protagonismo, influência e colaboração na resolução de suas disputas.

Em breve análise, Fernando Chemin Cury desvincula a delimitação convencional do art. 357, §2º, do CPC da disponibilidade dos direitos discutidos, apenas indicando que o juiz

§2º, CPC/15: THEODORO JR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 446-448.

²²⁰ Discordamos quanto ao momento processual eleito pelo autor como única possibilidade da convenção processual do art. 357, §2º, do CPC. De fato, a convenção processual celebrada antes do litígio é uma das formas mais eficazes de gerenciamento do processo e desenho de eventuais disputas pelas partes, o que será tratado com mais profundidade no item 4.1 deste trabalho. No entanto, desde logo indicamos o entendimento de que a convenção processual em comento pode ser celebrada no curso do processo, momento em que as partes já terão conhecimento das afirmações contra elas opostas e poderão, talvez com maior propriedade do que teriam numa fase extraprocessual, compreender sobre as possibilidades e riscos da demanda e acordarem sobre questões de fato e de direito objeto da cognição judicial. Por assim o ser, a maior crítica que se impõe à interpretação de Lucon é negação do resgate da autonomia privada no processo civil, com apego excessivo à concepção pública de processo. LUCON, Paulo Henrique Santos. *Código de Processo Civil Anotado*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci ...[et. al.]. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 522.

²²¹ SCHENK, Leonardo Faria. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Angélica Arruda Alvim ... [et al]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 474-476.

deverá realizar o controle sistemático da convenção sobre a limitação cognitiva do juiz, porque depois de homologá-la estará a ela vinculado.²²²

Cassio Scarpinella Bueno²²³ reforça os argumentos de que a disciplina do saneamento no CPC/15 retomou o sentido material que havia se perdido no CPC/73, com a audiência preliminar transformada em oportunidade de conciliação. Afirma o compromisso do legislador em fomentar a efetiva *organização* do processo e tornar a tutela jurisdicional mais eficiente, de modo que a homologação da convenção pelo juiz é uma condição de *eficácia* do negócio jurídico processual.

Em sentido próximo, Luis Eduardo Simardi Fernandes recorda a relevância da organização do processo no CPC/15, que estabeleceu diversos instrumentos para impedir atividades processuais desnecessárias e fazer com que o processo caminhe bem até o seu desfecho final. Compreende que o saneamento ocorre no momento de percepção de que os vícios do processo já foram concertados, ocasião em que o processo deverá ser organizado para seguir em frente.²²⁴

Especificamente sobre a organização consensual prevista no art. 357, §2º, do CPC, pontua que a necessidade de homologação pelo juiz não pode ser concebida como mero ato formal, mas fruto de uma atividade cognitiva primária. Considerando que o juiz se reveste de poderes instrutórios e pode, inclusive, ordenar a produção de provas de ofício (art. 370, CPC), deve atentar para que, nos casos em que julgue insuficiente a delimitação de fato e de direito trazidas pelas partes, não realize a homologação, para não restar a ela vinculada.

Observou-se, ainda, alguns comentários de cunho puramente finalístico, para demonstrar a importância da novidade legislativa sobre a organização do processo, mas desprovidos de diretrizes de operacionalização das convenções processuais do art. 357, §2º, do CPC.

Sensível à percepção de que o negócio processual em exame retrata o abandono de um esquema exclusivamente vertical e impositivo de relacionamento entre partes e juiz, em

²²² CURY, Fernando Chemim. *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Coord. SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. v. 2. Campo Grande: Contemplar, 2016, p. 138-139. No cenário em que pouco é dito além do que está escrito no texto legal, são relevantes os comentários que pretendem propor um maior enfrentamento do tema, contudo a superficialidade não passa despercebida. O autor se contradiz em seus argumentos. Após defender o cabimento a direitos indisponíveis, recusa a homologação da convenção processual de organização que incida sobre processos envolvendo interesses de menores, o que evidencia a má compreensão do tema. Como discutido algures, a incapacidade bio-psicológica não é obstáculo absoluto às convenções processuais.

²²³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 560-565.

²²⁴ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Wambier... [et. al]. 3ª. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1085-1096.

prol de uma postura horizontal e consensual entre os sujeitos processuais, Elpídio Donizetti defende que a delimitação convencional das questões de fato de direito como meios que “concretizam o exercício do contraditório por toda a fase instrutória, garantindo previsibilidade às partes sobre o que devem debater”.²²⁵

Yarshell, Setoguti e Rodrigues, expõem que muito embora a ideia de negócio processual já estivesse presente no CPC/73, conforme previsto no art. 265, II (suspensão consensual do processo) e no art. 333, parágrafo único (convenção sobre o ônus da prova), a delimitação consensual do objeto da controvérsia via negócio processual reflete a indução da autonomia privada no processo e a efetiva possibilidade interferência das partes no exercício do poder jurisdicional pelo magistrado.²²⁶

Fredie Didier Jr. reconhece a delimitação consensual das questões de fato e de direito como um dos mais importantes negócios processuais típicos do ordenamento brasileiro, cabível em todo e qualquer processo que necessita de instrução.²²⁷ Compreende que, no bojo do processo civil pautado pela cooperação e influência recíproca das partes na atividade jurisdicional, as pretensões divergentes não se configuram como obstáculo à adequação procedimental pelas partes. Ao revés, a concordância das partes em certos aspectos da relação conflituosa estimula a definição das questões de fato e até mesmo das questões de direito, à semelhança do que ocorre na arbitragem (art. 2º, §1º, da Lei 9.307/96).

De modo geral, a doutrina processual brasileira reconhece a existência de uma importante fronteira de estudo no negócio processual previsto no art. 357, §2º, CPC/15, com expressivos reflexos para a divisão de trabalho entre as partes e o juiz e influência no processo cognitivo, no entanto, pouco se diz sobre as premissas de sua compreensão, o objeto e os limites que encontra em sua operacionalização. Imbuídos do intento de esclarecer o impacto das convenções processuais sobre o saneamento e organização do processo é que se pretende trazer a lume as principais discussões acerca do tema.

²²⁵ DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 302-304.

²²⁶ YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 334 a 368. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 296-297.

²²⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 701-708.

3 PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE O OBJETO DA COGNIÇÃO

Diversos nomes têm sido utilizados para caracterizar a convenção processual do art. 357, §2º, do CPC, dentre eles “delimitação convencional das questões objeto da cognição”²²⁸; “delimitação do objeto litigioso via convenção processual”²²⁹; “convenção sobre o objeto da cognição e o meio de prova”²³⁰; “saneamento consensual”²³¹; “acordo de organização do processo”²³²; “saneamento compartilhado”²³³ e “saneamento negociado”²³⁴. Pretender unicidade e unanimidade no tratamento do tema, para além de ilusório, é pernicioso ao debate, pois afugenta concepções embrionárias e minoritárias. Todavia à cientificidade do tema interessa a unidade, ainda que nominal, do instrumento trazido no art. 357, §2º, CPC e o esclarecimento sobre o seu real objeto.

Considerar, analisar e valorar as questões de fato e de direito que são produzidas no processo é o objeto da cognição²³⁵, ato de inteligência que precede o julgamento da controvérsia e lhe dá substância²³⁶. O elemento nuclear do art. 357, §2º, do CPC é o caráter convencional da norma que organiza o processo e define as questões de fato e de direito objeto da cognição, limitando-a horizontalmente quanto ao suporte fático e ao direito aplicável para a resolução do mérito da controvérsia, razão pela qual se adota nesse trabalho a concepção de que o art. 357, §2º, do CPC, é verdadeira *convenção processual sobre o objeto da cognição*.²³⁷

²²⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Op. cit. p. 148.

²²⁹ POMJÉ, Carolina. A mitigação da incidência do adágio *iura novit curia* em virtude das convenções processuais: breve análise do art. 357, §2º, do novo Código de Processo Civil. *Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro: Negócios Processuais*. v. 1. Coord. Ana Marcato [et. al.]. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 65-81.

²³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre negócios jurídicos processuais*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>>. Acesso em: 12 out.2019.

²³¹ AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. In *Negócios Processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 378.

²³² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Op. Cit. p. 705.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit. p. 491.

²³⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Op. cit., p. 3.

²³⁵ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. Op. cit. p. 67. Chiovenda ensinava que “antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta de lei, de que se cogita. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. v. 1 São Paulo: Saraiva, 1942, p. 253-254.

²³⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 4.

²³⁷ Não se trata de convenção sobre o objeto litigioso do processo, uma vez que no Brasil o objeto litigioso do processo identifica-se com o pedido, enquanto a delimitação das questões de fato, objeto da convenção processual do art. 357, §2º, do CPC é tratada como causa de pedir. Objeto, por si só, é um termo polissêmico, utilizado por diferentes processualistas em sentido diverso. Por exemplo, José Frederico Marques emprega o termo como *meta*, enquanto Humberto Theodoro Jr. o toma por *finalidade*. SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de processo*. v. 13, p. 31-47, jan-mar/1979. Dinamarco entende por objeto *algo que se põe*

A disciplina das convenções processuais, por si só, encontrou resistência no direito brasileiro devido à incompreensão dos contornos que se dá a atividade das partes no processo cooperativo e ao respeito à sua autonomia privada como fonte de legitimação da atividade. Como se viu nos capítulos anteriores, os processualistas brasileiros esforçaram-se para desfazer os mitos enraizados na dicotomia publicismo-privatismo. As convenções processuais sobre o objeto da cognição encontram novo obstáculo a vencer: o entendimento comum de que a prestação da atividade jurisdicional é dirigida pelo juiz e desenvolvida a partir de um formato silogístico de subsunção dos fatos à lei.

Chiovenda ensinava que a atividade do juiz estava dirigida a dois distintos objetos: ao exame da norma como vontade abstrata da lei (questão de direito) e ao exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato); o resultado desta atividade judicial seria a atuação da vontade da lei.²³⁸

Na divisão tradicional dos papéis desenvolvidos no processo, às partes cabia a definição das questões de fato, a realização do *princípio dispositivo* em sentido material, enquanto ao juiz cabia a definição das questões de direito, *iura novit curia*. Do produto dessas atividades nasceria a decisão judicial, que, fundamentada no direito positivo, afirmaria o poder do Estado de normatizar e julgar os conflitos.

Esta peculiar forma de desenvolvimento da atividade jurisdicional estava atrelada à uma divisão de competências processuais muito bem definidas entre o juiz e as partes, assim como à uma superficial compreensão do processo de interpretação e aplicação do direito no

*diant*e de uma pessoa, como alvo de sua atividade. (*Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. t. 1. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 238). Quanto ao objeto litigioso do processo as divergências são ainda maiores. A exposição de motivos do CPC/73 evidenciou a filiação do processo brasileiro à dogmática de Carnelutti, para compreender o mérito do processo como o seu objeto principal e sinônimo da *lide*, identificada como “conflito de interesses qualificados como pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro”. Prosseguia dizendo que “o julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.” (*Código de Processo Civil. Histórico da Lei nº. 5.869/73*. v. 1. Tomo I. Senado Federal, 1974. p. 13.) Muito embora a exposição de motivos do CPC/73 sinalize para a adoção de lide como sinônimo de mérito e sinônimo de objeto litigioso do processo, note-se que o uso das expressões não é uniforme no dito diploma processual, a exemplo *denúnciação* da lide (art.70 e seguintes): lide, aqui, só pode ser compreendida como processo, jamais como mérito. Também não se trata de saneamento consensual, compartilhado ou convencional, pois como visto no item 2.3, a finalidade da convenção é de organização e não de saneamento, além disso, o ser consensual é gênero, do qual são espécies a organização convencional das partes (§2º) e a organização compartilhada pelo juiz e pelas partes em audiência (§3º).

²³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. *Op. cit.* p. 59-60. Na doutrina pátria, Paulo Roberto Medina diz que a partir do brocardo *iura novit curia* está a se disciplinar uma técnica processual de divisão de tarefas, “pela qual fica, em princípio, reservado ao juiz o trabalho de dar aos fatos expostos pelas partes a formulação jurídica adequada. (...) Da mihi factum, dabo tibi us – é o complemento indissociável da máxima em estudo.” MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Iura novit curia: a máxima e o mito*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 256.

caso concreto, ignorando os vieses da atividade interpretativa do aplicador e a capacidade de influência das partes.

A convenção processual do art. 357, §2º, do CPC reflete o avanço de compreensões hermenêuticas e de aplicação do direito, que respondem à necessária reformulação do problema da divisão de trabalho entre partes e juízes no processo civil contemporâneo, do processo de interpretação e aplicação do direito, bem como das novas fontes normativas reconhecidas no direito contemporâneo. Para tanto, passemos ao exame de três premissas fundamentais: (i) a releitura do princípio *iura novit curia* na jurisdição contemporânea; (ii) o exercício do princípio dispositivo em sentido processual e (iii) a percepção da convenção processual como fonte normativa estrutural e material.

3.1. Primeira premissa: *iura novit curia* na jurisdição contemporânea

Tradicionalmente, a máxima *iura novit curia* é utilizada no processo para indicar a presunção de que o juiz conhece o direito e reserva para si o poder-dever de investigar, interpretar e aplicar o direito para a solução dos casos controvertidos que lhe são submetidos.²³⁹ Há quem diga que o *iura novit curia* consolida a divisão de trabalho no processo entre Estado-juiz e partes: às partes cumpre alegar os fatos e ao Estado-juiz, aplicar o Direito a esses fatos.²⁴⁰ No entanto, não podemos esquecer da polissemia e dos equívocos cometidos na compreensão do adágio²⁴¹, o que implica no reconhecimento de diferentes escopos dados ao brocardo no desenvolvimento do direito processual, os quais refletem diferentes formas de compreender o direito e organizar o processo.

Em obra referência para o debate do tema, Fritz Baur destaca que, em sua origem, o adágio *iura novit curia* dava à expressão “o juiz conhece o direito” um significado diferente do comumente aceito. De início, o brocardo servia para indicar que as normas jurídicas não precisavam de prova, sendo desde logo conhecidas pelo juiz, mas a interpretação foi alterada para determinar que a tarefa de conhecer e dizer o direito é exclusiva do juiz, que não fica

²³⁹ Enunciando o princípio, Rui Portanova destaca que “(...) no processo, enquanto perdura o litígio, o direito de busca da solução jurídica sai cada vez mais da esfera individual e privada das partes. Enquanto persiste o litígio sob jurisdição, o Estado-juiz é o gerente da solução justa. Convém notar que, quando postos em demanda judicial, os direitos – material (frequentemente) e o processual de ação (algumas vezes) – se desprendem da esfera pessoal das partes e vão desatar interesse público e social gerenciado no caso concreto pelo Estado-juiz.” PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 239.

²⁴⁰ Nesse sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 210. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 314.

²⁴¹ BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Revista de Processo*, v. 1, n. 3, p. 169-177, jul-set/1976.

vinculado à indicação feita pelas partes quando apresentam suas narrativas fáticas. O juiz não devia se inquietar com as opiniões jurídicas das partes, *narra mihi factum, dabo tibi ius*.

Essa compreensão clássica do brocardo *iura novit curia* está assentada numa estática repartição de papéis entre os sujeitos processuais para o carreamento das questões de fato e de direito ao processo que não satisfaz as exigências do processo civil contemporâneo. É que, de fato, os princípios e institutos de direito processual sofrem os influxos do debate ideológico, vão se conformando e se adaptando às finalidades de seu objeto.²⁴²

Alguns questionamentos são inarredáveis: se é verdade que a definição jurídica dos fatos é tarefa exclusiva do juiz, por qual razão se exige das partes a indicação dos fundamentos jurídicos de seus pedidos? E mais, por que se exige que o magistrado discuta com as partes acerca do direito aplicável ao caso? Seria o caso de se exigir dos sujeitos processuais a satisfação de providências inúteis? Por outro lado, se as questões de fato são levadas ao processo por meio da atividade exclusiva das partes, como explicar a possibilidade de o juiz conhecer, de ofício, fatos supervenientes no processo, a exemplo do que dispõe o art. 493, do CPC?²⁴³ E ainda, pode o magistrado enquadrar juridicamente os fatos apresentados pelas partes exasperando o objeto do debate processual por elas delimitado?

Compreender o brocardo *iura novit curia* como o impositivo de que as normas jurídicas não necessitam de prova e de que o juiz detém o monopólio da aplicação direito, sem que haja qualquer vinculação ao que foi produzido e alegado pelas partes, não é suficiente quando nos deparamos com a natureza cíclica do processo de interpretação e aplicação das leis. Por certo, há casos em que é necessário ao Estado-juiz ir além do seu conhecimento sobre o direito e conhecer a interpretação dominante acerca de uma norma para que seja aplicável ao processo, assim como há outros casos em que a atuação das partes é determinante para a aplicação do direito, como ocorre, por exemplo, num caso de renúncia ou reconhecimento do

²⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. II. Trad. Hermes Zaneti Jr. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p.32. “A instrumentalidade do direito processual e, portanto, da técnica do processo, impõe, porém, uma consequência de grande alcance. Como qualquer instrumento, também aquele direito e aquela técnica devem realmente adequar-se, adaptar-se, conformar-se o mais estritamente possível à particular natureza de seu objeto e de sua finalidade, ou seja, à natureza particular do direito substancial e à finalidade de tutelar os institutos do mencionado direito. Tanto mais um sistema processual será perfeito e eficaz, quanto maior for capaz de adaptar-se sem incoerências, sem discrepâncias, àquela natureza e àquela finalidade. É realmente esta a primeira “porta” e, direi mesmo, a grande porta através da as ideologias penetram no processo.”

²⁴³ Ainda nesse sentido, verifica-se no Código de Processo Civil brasileiro outros exemplos nos quais a atividade do juiz, embora não esteja diretamente relacionada ao carreamento de novos fatos no processo, pode produzir alterações substanciais nas questões de fato, como se vê na admissibilidade do exercício de poderes instrutórios pelo juiz (art. 370, do CPC) ou ainda na inquirição de testemunhas referidas nas declarações das partes ou de outras testemunhas (art. 461, I, do CPC). Nesses casos, o produto da atividade do juiz pode acrescentar ao processo questões de fato inicialmente não trazidas pelas partes.

pedido, que limita a atuação do Estado-juiz à homologação, independentemente da vontade do julgador.²⁴⁴

Tais situações demonstram que, apesar da resistência daqueles que defendem o *iura novit curia* como expressão do monopólio exclusivo do juiz na aplicação do direito, considerando a indisponibilidade do direito uma das mais relevantes exceções ao princípio dispositivo²⁴⁵, a verdade é que a compreensão clássica do adágio somente tem lugar num processo fortemente publicista, assentado na premissa da atuação jurisdicional para satisfação do interesse público, o que possibilitaria desprezar as considerações das partes quanto às questões de direito objeto da cognição judicial.

Logo, é necessário desvendar o verdadeiro significado do *iura novit curia* na jurisdição contemporânea e em que extensão deve ser aplicado. Para tanto, é preciso acolher os influxos do modelo de processo adotado em cada Estado, de suas ideologias políticas e jurídicas, que orientam o processo de interpretação e aplicação do direito e construção das decisões judiciais e apresentam elementos para a definição do brocardo *iura novit curia*, largamente utilizado, mas pouco entendido²⁴⁶, sobre o qual não existe consenso quanto ao real significado, limites e objetos de aplicação.²⁴⁷

Em avultosa pesquisa sobre o tema, Otávio Domit argumenta que a ideia de que o juiz conhece o direito e realiza com exclusividade a tarefa de qualificar juridicamente os fatos que lhe são apresentados reforça a lógica assimétrica e estática da divisão dos papéis desempenhados pelo juiz e pelas partes dominante na orientação formalista do processo romano, onde localiza a origem do sentido popular do adágio, especialmente no período da *extraordinária cognitio*.²⁴⁸ Embora a origem da máxima seja duvidosa²⁴⁹, Domit busca na organização do modelo processual civil romano as bases de apoio para a consolidação do aforismo, considerando os influxos políticos, sociais e culturais.

²⁴⁴ BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Op. cit.*

²⁴⁵ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual*. *Op. cit.*, p. 310.

²⁴⁶ Nos últimos anos diversas obras têm sido produzidas no Brasil com o objetivo de traduzir o real significado do *iura novit curia*, o que demonstra a relevância do tema, especialmente após o Código de Processo Civil de 2015, fundado na cooperação e no empoderamento dos sujeitos processuais, para superar o solipsismo do juiz. Nesse sentido, veja-se: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Iura novit curia: a máxima e o mito*. *Op.cit.*

²⁴⁷ BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Op. cit.*

²⁴⁸ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*. *Op. cit.*, p. 33.

²⁴⁹ BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Op.cit.* Localizando a origem do brocardo no direito medieval: SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Barcelona: M. Pons, 2007. p. 22-23. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Iura novit curia: a máxima e o mito*. *Op.cit.*, p. 36.

A estrutura publicista do processo romano serviu para qualificar o brocardo como uma garantia do julgador de exercer, com exclusividade, a atividade jurisdicional de conhecer o direito e aplicá-lo ao caso concreto, relegando as partes a um papel de coadjuvantes e receptoras das decisões judiciais.

No período mais remoto do processo civil romano, *legis actiones*, as situações de vantagens reconhecidas pela ordem jurídica apresentavam um caráter de direito potestativo e eram reclamadas pelos próprios sujeitos de direito, de forma privada. O processo existia para reconhecer a legitimidade do exercício privado das situações de vantagem. Nesse período o direito de ação identificava-se com o próprio direito material reclamado, de modo que ao sujeito de direito competia postular nos exatos termos previstos na lei. Não cabia ao magistrado suprir carências argumentativas ou modificar a *actio* por uma mais adequada, pois o processo pertencia às partes e extremamente vinculado a literalidade da lei: não verificadas as exigências legais, denegava-se o pedido. Não havia espaço para aplicação do brocardo *iura novit curia* como o conhecemos atualmente.

As *legis actiones*, contudo, aplicavam-se somente aos cidadãos romanos. Quando os estrangeiros conquistaram o direito de ser parte nos processos, um novo modelo de processo surgiu. Dividia-se em duas fases: a fase de preparação da causa cumpria a um pretor (fase *in iure*), e o julgamento cabia a uma corte (fase *apud iudicem*).²⁵⁰ Como as *legis actiones* eram admitidas apenas para os cidadãos romanos, os pretores estrangeiros passaram a prever, mediante fórmulas, as hipóteses em que os estrangeiros poderiam propor a ação. As fórmulas eram mais simples que as ações da lei, expunham um pequeno resumo dos fatos essenciais do processo e dos limites da controvérsia, que podia ser escrito em linguagem corrente, sem rigorismo formal.²⁵¹

O autor solicitava a concessão da fórmula (*postulatio*) e o réu apresentava suas objeções (*exceptio*), mas era o pretor quem se incumbia de editar a fórmula e apresentar a qualificação jurídica dos fatos da demanda. O pretor desempenhava papel relevante para a solução jurídica da causa, pois de um lado possuía a liberdade de ação e de outro a soberania em relação à concessão ou não da fórmula, de acordo com o valor jurídico que dava aos fatos narrados pelas partes²⁵². A primeira fase do processo era quase que inteiramente por ele controlada. Nada obstante, não se registra vigência do *iura novit curia* nesta época, porque a

²⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 79.

²⁵¹ DIAS, Handel Martins. O processo formulário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 108, p. 169-195, jan./dez.2013.

²⁵² WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. *Op. cit.* p. 63-63.

atuação do pretor era limitada pelo caráter acentuadamente privado do processo formulário, onde as partes precisavam anuir com a qualificação jurídica proposta pelo pretor para que pudesse avançar em direção a uma segunda fase processual.²⁵³

No período da *extraordinária cognitio*, o processo assumiu um viés puramente publicista. A cognição da causa e a pronúncia da decisão eram feitas em fase única, por um juiz, funcionário público, diante do qual era posta a demanda. Não se fazia necessária a concordância das partes sobre os fatos, sobre sua qualificação jurídica e quiçá sobre o julgador, pois o Estado tomava o monopólio da condução processual. O magistrado era tido como verdadeiro representante do imperador e tinha como função de seu ofício a aplicação do direito do império, estando autorizado – e até mesmo, forçado – a modificar a qualificação jurídica dos fatos de acordo com as leis vigentes. A formulação das partes na demanda era totalmente secundária²⁵⁴.

Nesse contexto, verifica-se na organização do processo romano, especialmente em sua última fase, um ambiente favorável à divisão estanque das tarefas processuais e à compreensão do *iura novit curia* em seu viés mais excludente da interferência das partes, entretanto, em outros momentos de desenvolvimento do direito processual é possível perceber as mesmas características.

Na tentativa de afastar o relativismo moral e a pluralidade de interesses existentes na sociedade no período moderno, o Estado buscou se organizar para oferecer regras objetivas aplicáveis a todos e reafirmar o poder do monarca através do exercício da jurisdição. Um dos pilares da sociedade era a separação total dos poderes, especialmente legislativo e judiciário. Ao legislador competia a tarefa de criar as leis, enquanto ao juiz cabia a revelação do que dissera o legislador, dispensado qualquer esforço argumentativo ou atividade interpretativa.²⁵⁵ Desse modo, a aplicação do direito decorria da correta realização do silogismo judiciário, realizado individualmente pelo juiz e totalmente lastreado pela lei. O processo moderno intentava construir um modelo matematicamente repetível, silogístico, no qual a jurisdição se desenvolvesse como uma atividade lógica, individual, simples e linear²⁵⁶.

²⁵³ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*. *Op. cit.*, p.52.

²⁵⁴ “É no processo da *extraordinária cognitio*, portanto, que o formalismo do processo se arquitetou de modo a confiar ao juiz a tarefa de livremente manejar o direito ao caso e, assim, interferir na qualificação jurídica dos fatos da causa da maneira como lhe parecesse mais conveniente, correto ou oportuno, relegando às partes o poder de controle apenas sobre questão de fato. É aqui, assim, por força da constituição imperial antes transcrita, que pela primeira vez se registra a existência de uma regra semelhante à que, posteriormente, passou a ser traduzida pela máxima *iura novit curia*”. DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*. *Op.cit.*, p. 58.

²⁵⁵ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 45.

²⁵⁶ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*. *Op. cit.*, p. 83.

Tanto no processo romano como no processo moderno, a estrutura do Estado e o modelo político adotado afetaram a administração da justiça, as estruturas processuais e a divisão de papéis nessas estruturas. Como ensina Damaska, os compromissos do Estado se associam a certos tipos de organização de poder e parametrizam o caráter do poder judicial e os propósitos da administração da justiça.²⁵⁷

Com a decadência do absolutismo e surgimento do Estado liberal, desenvolveu-se a ideia de Estado de Direito, direcionado para a proteção da liberdade e dos direitos fundamentais defendidos pela burguesia. A ideia de igualdade de condições e de liberdade para adquirir e possuir sem entraves fortaleceu a iniciativa das partes não somente no âmbito econômico, mas também no processual. Nesse período, os modelos processuais preocupavam-se mais em oferecer estrutura para que os próprios indivíduos buscassem a solução dos conflitos do que em sustentar uma organização para realização das escolhas políticas do Estado.

O processo liberal era pensado como um meio de continuação das relações privadas, sendo a tutela judiciária apenas mais um serviço a ser prestado, e foi representado em quase todas as codificações ao longo do século XIX.²⁵⁸ A ideia de continuidade de uma relação privada, impediu que o direito processual fosse compreendido como distinto do direito material e, logo, a compreensão de que as regras processuais e seus limites normativos representariam possíveis limites a autonomia total relegada às partes.²⁵⁹

O colapso do processo liberal, todavia, tornou-se eminente. Uma vez que os juízes eram apenas os porta-vozes da lei, sem espaço para interpretação ou qualquer outro poder de condução formal do processo, a iniciativa das partes passou a ser identificada como a raiz para o abuso processual e a lentidão dos processos. O processo civil, visto como ‘coisa das partes’, já não encontrava lugar na nova ideologia de Estado que vinha surgindo.

No âmbito econômico, o livre mercado, sem intervenção do Estado, passou a ser visto como perigoso, dado os impactos negativos para a sociedade. Buscava-se, então, maior

²⁵⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de La justicia y el poder del estado – analisis comparado del proceso legal*. Traduzido por Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 23. Em sua obra, Damaska questiona se é necessário que o processo seja controlado por um juiz para que conserve sua natureza legal e qual o seu real papel neste processo, se responsável pela resolução do conflito, pela aplicação da política do Estado ou, ainda, um educador ou terapeuta. Tais questionamentos são as premissas para o desenvolvimento de uma compreensão do processo através da organização política do Estado, como Estado ativo ou reativo. Cada modelo de Estado irá influenciar a distribuição de papéis no processo e, especialmente, o que se espera da atividade do juiz.

²⁵⁸ Raatz expõe que somente a codificação austríaca, de Franz Klein, não foi afetada pelo liberalismo processual. Os modelos francês, italiano e alemão permitiam a total disposição das partes para a demanda judicial, que poderiam jogá-la na busca de seus mais escusos interesses, sem nenhum controle pelo juiz. RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo*. *Op. Cit.*, p. 64.

²⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? *Op.cit.*, p. 12.

ingerência do Estado na economia, especialmente para prestações positivas aos cidadãos, contribuindo para a mudança do estado liberal para o estado de bem estar social. Tais mudanças, inevitavelmente, viriam a impactar as funções administrativas, legislativas e judiciárias do Estado, afetando o processo e a administração da Justiça.²⁶⁰

Na passagem do estado liberal para o estado social, observam-se profundas transformações nos conceitos de ação, processo e jurisdição. O processo deixa de ser coisa das partes, para assumir o papel de realizar o interesse público na administração da justiça, tornando-se verdadeiro instrumento de justiça social.

O nascimento do direito processual enquanto ciência autônoma, fruto da proposta de Oskär von Bülow de separação da relação jurídica de direito material da relação processual²⁶¹, proporcionou a concepção dos pressupostos essenciais da relação processual e do reconhecimento de seus sujeitos. Consolidado o juiz como sujeito da relação processual, seus poderes foram incrementados, visando atender o fim paternalista do estado na proteção das partes mais pobres e débeis, de modo que um juiz mais ativo impediria o favorecimento de classes mais ricas e mais bem orientadas.

A tendência de publicização do processo é reforçada pelo trabalho dos austríacos Franz Klein e Anton Merger. Ideólogos do socialismo processual, pregavam que o processo deveria ter um juiz ativo, que prestasse assistência às partes mais fracas, a fim de evitar que o processo se tornasse mais um instrumento de opressão em benefício do mais forte. A intervenção estatal era desejada para que o processo fosse mais justo, com um juiz próximo à realidade da vida e do drama humano das partes.²⁶² O aumento dos poderes do juiz para direção formal do processo pretendia a entrega de uma sentença justa, através de um processo célere e regular, não amarrado por formalismos desnecessários.²⁶³

As ideias publicistas dos austríacos difundiram-se por toda a Europa. Na Itália, Chiovenda reforçava os poderes ativos do juiz no exercício da jurisdição para fomentar a confiança dos cidadãos na ação do Estado²⁶⁴. O apoio à concepção pública do processo identificava como maior problema do direito processual o conflito entre a liberdade individual e os poderes públicos, pelo que se aliava ao compromisso com a concretização do interesse

²⁶⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo*. *Op. cit.*, p.62-63.

²⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

²⁶² GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. *Op. cit.*, p. 37.

²⁶³ “O processo só será racional e conforme à moderna concepção estatal, se a tutela jurídica verificar-se não só com a sentença, mas desde o primeiro passo do procedimento, com outorga de efetiva assistência estatal. Tal não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas deixar livre a força vinculante do juiz e colocá-la, como os restantes órgãos estatais, a serviço do direito, do bem comum e da paz social.” KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. *Op. cit.*, p. 76.

²⁶⁴ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. *Op. cit.*, p. 37.

público, denunciado na letra da lei, para neutralizar os interesses particulares das partes. A partir do momento em que o jurisdicionado provocava a atividade estatal, cabia ao juiz gerenciar o processo e decidir ao final, de acordo com a vontade concreta da lei. A máxima – *iura novit curia* – tornou-se um mito.²⁶⁵

O mito do *iura novit curia* é bem demonstrado na fala de Calamandrei, para quem o aforismo não age apenas como a regra processual que indica ao juiz o dever de encontrar oficiosamente a norma que se aplica ao fato, sem interferência das partes, mas também como uma regra de boa educação ao advogado “que não deve dar-se ares de ensinar direito aos juízes – esse direito em que eles são mestres.”²⁶⁶ Retoma-se uma ideia salvacionista do órgão julgador, que fica autorizado a agir solitariamente, sem a influência das partes, o que conduz à redução da dialogicidade dos procedimentos cognitivos.²⁶⁷

O surgimento do Estado Democrático de Direito e a consagração da primazia dos direitos fundamentais, é um marco para a ponderação entre os interesses da sociedade e do estado, rompendo com a dicotomia publicismo-privatismo. O processo civil no Estado Democrático de Direito desenvolve-se através de instrumentos contramajoritários: reconhece a autonomia das partes na condução da solução de seus conflitos, limitando a ingerência do Estado através do juiz, ao passo que percebe a atuação do juiz para garantir e dar coerção às decisões proferidas. Ao contrário do que se via no Estado social, no Estado Democrático de Direito, o processo é visto como direito fundamental e garantia das partes, de modo que sua participação deve ser sempre estimulada.²⁶⁸

A influência do contraditório participativo no processo, como direito de resistência e de participação, limita as possibilidades de atuação do órgão jurisdicional, ao passo que confere às partes o poder de participar dos provimentos jurisdicionais e influenciar a configuração do material da causa. Não é defensável o controle absoluto do juiz na seleção das normas jurídicas utilizadas para a resolução do litígio, há princípios processuais de inescusável cumprimento em respeito ao direito de defesa das partes.²⁶⁹

²⁶⁵ A narrativa tem sua graça: Sentis Melendo narra a história de um juiz que, em um rompante de autoritarismo, sem desejo de ouvir a argumentação do advogado da partes, ordenou que o patrono se ativesse aos fatos, vez que o conhecimento do direito a ele caberia, cunhando assim o brocardo *iura novit curia*. “Se não é verdadeiro, é bem inventado.” MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. *Iura novit curia: a máxima e o mito*. Op. cit., p. 37.

²⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos. 3ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1960, p. 39.

²⁶⁷ NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Edição Especial, 2008, p. 25.

²⁶⁸ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo*. Op. Cit., p. 78.

²⁶⁹ GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. *Iura novit curia y aplicacion judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova Editorial, 2000, p. 31-33.

No âmbito do processo civil brasileiro, vale notar que ao menos dois diplomas, o Código de Processo Civil de 1939 e o de 1973, foram instituídos sobre forte influência do publicismo processual, com enfoque na atuação do juiz como condutor do processo.²⁷⁰ A constitucionalização do processo e a inserção das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa dão ao *iura novit curia* novo significado, rechaçando qualquer intenção solipsista do magistrado, até mesmo naquilo que poderia conhecer de ofício, pois devem ser respeitadas as garantias constitucionais.²⁷¹ Por sua vez, ao erguer como normas fundamentais a cooperação (art. 6º) e o contraditório (art. 7º e 10), o Código de Processo Civil de 2015 traduz o compromisso de que todos os institutos e instrumentos processuais sejam analisados a partir de tais princípios.

Erigir a cooperação como eixo sistemático do sistema processual foi, sem dúvidas, um avanço para a busca de um processo justo e para a tutela efetiva dos direitos²⁷², especialmente para a releitura da divisão de papéis dentro do processo. No processo cooperativo, o comportamento de boa-fé das partes é estimulado e seus poderes de influência são reforçados, não havendo espaço para o solipsismo do juiz na construção da decisão judicial. Deve o juiz considerar os elementos trazidos pelas partes e evidenciá-los na fundamentação de suas decisões, a fim de que se perceba a justificação ética do direito processual civil.²⁷³

Se existe a obrigação de fundamentação, de discussão do direito aplicável pelas partes e o juiz é porque alguma influência se pode exercer. E não se trata de qualquer influência, mas de protagonismo, de expressão da autonomia privada. Não é mais possível compreender o *iura novit curia* pelo monopólio da função jurisdicional pelo Estado, personificada na figura do juiz. Deve ser entendido como garantia das partes, respeitada a sua influência para a prestação da tutela jurisdicional adequada, nos limites do que se mantém litigioso.²⁷⁴

²⁷⁰ O reforço da garantia do contraditório e o incremento de mecanismos de participação e consideração do debate feito pelas partes, desde o CPC/73, já enunciavam um redimensionamento do *iura novit curia*. “Com efeito, pode-se afirmar que o adágio *iura novit curia* sofreu uma limitação em nosso sistema processual, por opção legislativa. O Código de Processo Civil exige, ao lado da exposição fática a indicação dos fundamentos jurídicos do pedido, o que acaba por restringir a aplicação do direito pelo juiz, na medida em que, pelo princípio da demanda, compete ao demandante os elementos da ação.” RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. *Op.cit.*, p. 309.

²⁷¹ NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. *Novo CPC, o “caballo de Tróya” iura novit curia e o papel do juiz*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, a. 22, n. 87, p. 205-2010, jul./set. 2014.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 172.

²⁷³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. *Op. cit.* p. 149. “O processo – que é necessariamente um procedimento em contraditório adequado aos fins do Estado Constitucional – reclama para a sua caracterização a estruturação de um processo que albergue um *debate leal* entre todas as pessoas que nele tomam parte.”

²⁷⁴ Defendendo o brocardo *iura novit curia* como uma garantia das partes, o processualista argentino Gustavo Calvino, assinala que ao dizer que o juiz conhece o direito, afasta-se uma possível alegação de ignorância que poderia resultar em recusa ou omissão de prestação da tutela jurisdicional por falta de julgamento, ao mesmo tempo em que se assegura um julgamento fundamentado nas regras de direito vigentes aplicáveis ao caso, e não

Decerto, não é aceitável que as partes sejam surpreendidas pela decisão do magistrado, é primordial o debate dos argumentos e das questões de fato e de direito objeto da futura decisão e, mais, que esta decisão espelhe as discussões entre os sujeitos processuais. O *iura novit curia* está balizado pelo contraditório, no interesse das partes e de toda a sociedade, pois qualquer acontecimento inesperado, qualquer surpresa, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça.²⁷⁵

Situações decididas pelo juiz sem a efetiva oportunidade de debate, esclarecimento e influência das partes, são comuns da realidade em que o adágio ambiciona hipotecar que o juiz tem condições plenas de enquadrar juridicamente os fatos, realizar o *iter* processual probatório de acordo com o que entende necessário e, assim, colocar termo ao conflito.

A compreensão adequada do *iura novit curia* vai além de o juiz ter de considerar as influências das partes para a aplicação do direito, envolve ter de acolhê-las, como reconhecimento de sua autonomia privada. Supera, definitivamente, a divisão tradicional de funções processuais na qual as partes trazem as questões de fato e o juiz se encarrega das questões de direito, admitindo-se influências recíprocas: *o juiz coopera com as partes e as partes cooperam com o juiz*, reconhecendo a disponibilidade procesual em sentido estrito.

3.2 Segunda premissa: princípio dispositivo em sentido processual

A dinâmica da divisão de papéis no processo guarda estrita relação com o que se permite às partes dispor e aquilo que se considera prerrogativa do juiz. Como ensina Barbosa Moreira, o problema da divisão do trabalho no processo civil incide sobre diversos “pontos sensíveis”, como a delimitação do objeto do litígio e do julgamento e a formação do material de fato e de direito a ser utilizado na motivação da sentença, que, a depender das opções de política jurídica adotadas por determinado Estado, estão reservados à atuação preponderante das partes ou do juiz.²⁷⁶

na discricionariedade do julgador. CALVINHO, Gustavo. *La regla iura novit curia em beneficio de los litigantes*. Disponível em <<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2019.

²⁷⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. *Op.cit.*, p. 212.

²⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Op.cit.* Há ainda outros pontos que se relacionam com a divisão de tarefas entre partes e juízes tais como a iniciativa de instauração do processo (princípio da demanda), a disponibilidade da relação jurídica de direito material, a fixação do objeto litigioso e a coleta de provas, aos titulares da marcha processual (disponibilidade processual), a possibilidade de autocomposição, a demarcação de área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, dentre outros. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. *Op. cit.*, p. 34

Logo, a relação entre a liberdade das partes e a atividade do juiz no processo é evidenciada a partir dos espaços concedidos pelo Estado para o exercício do princípio dispositivo. Ao reconhecer a liberdade das partes como uma manifestação de sua dignidade, o Estado compreende que o indivíduo é capaz de se autodeterminar e, para isso, utilizar ou deixar de utilizar os instrumentos processuais colocados à sua disposição. Por mais irracional que pareça a manifestação de vontade de alguém que se recuse a propor uma demanda para buscar a tutela de um direito que foi violado, tal manifestação deve ser respeitada.²⁷⁷ Ao mesmo tempo, submetida a demanda à apreciação judicial, é preciso que o órgão julgador respeite a liberdade das partes e se mantenha imparcial, abstendo-se de agir no seu silêncio, evitando-se qualquer tipo de comprometimento psicológico e enviesamento de sua cognição e decisão no processo.

O exercício do princípio dispositivo no processo é fundamentado, primordialmente, na liberdade das partes, na imparcialidade do juízo e, também, na segurança jurídica, na medida em que o respeito a liberdade e autonomia das partes para agir no processo, sem interferências parciais do juiz, confere previsibilidade e estabilidade à relação jurídica processual.²⁷⁸

Acredita-se que as primeiras formulações do princípio dispositivo tenham origem no direito alemão, que inicialmente cunhou o termo *Verhandlungsmaxime* para designar a diretriz que subordinava a atividade do juiz à iniciativa das partes, afirmando que as partes são as responsáveis por limitar o debate processual e indicar o material a ser utilizado no julgamento da controvérsia. Tempos depois, o termo *Verhandlungsmaxime* passou a ser utilizado para indicar a capacidade das partes de influenciar o debate processual, por meio da apresentação de provas e da definição dos fatos relevantes ao processo, relacionando-se à divisão de tarefa entre partes e juízes quanto ao modo de processar²⁷⁹.

Simultaneamente, para designar o poder das partes de definir livremente o objeto do processo e de provocar a atividade jurisdicional para obtenção do bem da vida pretendido, cunhou-se a expressão *Dispositionsmaxime*²⁸⁰. O termo *Dispositionsmaxime* faz referência as limitações impostas à atividade jurisdicional pela vontade das partes, principalmente no que diz respeito ao direito material, haja vista que, por força de tal princípio, é vedado ao tribunal

²⁷⁷ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 41-42.

²⁷⁸ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual*. *Op. cit.*, p. 41.

²⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Op.cit.*

²⁸⁰ Embora o princípio não seja tratado pelo nome na lei alemã, há dispositivos que os validam, como §308, ZPO (*Zivilprozessordnung*), que trata da congruência e da adstrição entre o que foi pedido pelas partes e o que será efetivamente decidido pelo juiz.

conceder algo que não tenha sido reivindicado pelas partes. A atividade jurisdicional fica subordinada ao demandado pelas partes.

O direito alemão tratou a liberdade concedida às partes para dispor de seus interesses e reclamá-los judicialmente sob dois aspectos²⁸¹: de um lado, está a autonomia para demandar, para provocar a jurisdição e estabelecer os contornos materiais do conflito (*Dispositionsmaxime*), de outro, está a autonomia para influenciar o debate processual, de se autorregrar, mediante a apresentação de provas e definição dos fatos relevantes ao processo.

Na Itália, a partir da obra de Tito Carnacini sobre a tutela jurisdicional e a técnica do processo²⁸², Mauro Cappelletti aprofundou a discussão sobre os limites do princípio dispositivo²⁸³. Tito Carnacini defendia que embora as partes fossem livres para dispor de seus direitos substanciais e deduzi-los em juízo, não tinham poder para vincular o instrumento processual à sua vontade, não poderiam, em outras palavras, autorregrar o tratamento processual de seus interesses. Compreendendo o processo como um instrumento posto a serviço do cidadão²⁸⁴, admitia que o instrumento tinha suas próprias exigências e que aquele que pretende dele se servir devia submeter-se às suas regras.²⁸⁵⁻²⁸⁶

Tais formulações doutrinárias contribuíram para o tratamento do princípio dispositivo sobre dois enfoques, um concernente à relação jurídica material (aspecto substancial) e outro, atinente à relação jurídico processual.

O desenvolvimento do direito processual sobre os influxos de ideais autoritários e oficiosos fortaleceu a noção de processo como instrumento de interesse público, marcado por maiores espaços de atuação para o juiz, incumbido de conduzir o processo tendo em vista os interesses da sociedade, em detrimento da liberdade das partes na busca da realização de seus

²⁸¹ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 156-163.

²⁸² CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. *Studi in onore de Enrico Redenti*. v. 2. Milano: Giuffrè Editore, 1951, p. 695-772.

²⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè Editore, 1962.

²⁸⁴ “A partir do momento em que se convenceu de que a administração da justiça era uma função integrante da soberania, formou-se, segundo Chiovenda, a convicção de que o juiz, como órgão do Estado não deveria mais assistir passivamente à disputa judicial entre as partes, como outrora ocorria, mas teria de participar da causa como força “viva e ativa””. THEODORO JR., Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais do processo civil*. VI. Princípios do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

²⁸⁵ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 92.

²⁸⁶ No direito romano, o princípio dispositivo guarda estrita relação com a passagem da justiça privada para a justiça pública. Foi no passar das etapas do processo romano que se buscou limites à atividade jurisdicional, com vistas a proteger os interesses das partes que, historicamente, eram responsáveis por todos os aspectos do litígio, desde sua concepção até o seu julgamento, com escolha do pretor e sua total vinculação ao delimitado pelas partes.

direitos. A possibilidade de disposição das partes sobre a relação jurídica processual restou condicionada à disponibilidade do direito material.

A “dispositividade” era assegurada para a iniciativa do processo e determinação do seu objeto²⁸⁷, ou seja, o exercício do direito subjetivo de ação era de iniciativa das partes, livres para decidirem de acordo com seus interesses sobre a propositura da demanda, todavia, uma vez iniciado o processo, o juiz estava encarregado de sua condução, especialmente para a instrução e aplicação da lei²⁸⁸.

Nessa óptica, Eduardo Couture argumenta que, uma vez que o princípio dispositivo trata da liberdade das partes para a disponibilidade do processo, apoia-se sobre a suposição, absolutamente natural, de que para processos nos quais se discutem assuntos eminentemente privados, os órgãos do poder público não devem ir além do que desejam os particulares. Todavia, nos casos em que haja interesse social envolvido, não é lícito às partes interessadas conter a atividade dos órgãos do poder público.²⁸⁹

De acordo com esta concepção, a disponibilidade do direito permitiria o exercício do princípio dispositivo pelas partes quanto à relação jurídica de direito material, assegurada a liberdade das partes de deduzir pretensões em juízo, o que afirma o princípio da inércia de jurisdição ou *ne procedat iudex ex officio*. No entanto, na constância do debate processual, o princípio dispositivo não prevaleceria, cabendo ao magistrado o poder de conduzir o processo e, especialmente, de interpretar e aplicar o direito de acordo com as regras estatais.

Embora se reconheça a existência de duas faces do princípio dispositivo, iniciativa processual e debate processual, a disponibilidade do direito discutido não é um bom critério para sustentar a atividade do juiz para além do requerido pelas partes.

²⁸⁷ MONTERO AROCA, Juan. Los modelos procesales civiles en el inicio del siglo XXI: entre el garantismo y el totalitarismo. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 191-211, out./dez. 2017. p. 192.

²⁸⁸ O processo alemão do fim do século XIX e meados do século XX, foi intensamente marcado pelas ideologias políticas nacional-socialistas, percebendo o juiz como um dependente do Estado, que jamais poderia ser contrário aos princípios orientadores do Estado. Esperava-se um juiz ativo para a tutela dos interesses da comunidade do povo, interesses estes expostos na lei. MONTERO AROCA, Juan. Los modelos procesales civiles en el inicio del siglo XXI: entre el garantismo y el totalitarismo. *Op. Cit.*, p. 198. Atualmente, o §139, da ZPO determina que o juiz aconselhe e ajude as partes na resolução da controvérsia, preservando o contraditório. “German law takes a different approach to the application of the law to the facts, caught by two maxims ‘*da mihi facta, dabo tibi ius*’ and ‘*iura novit curia*’. The court ‘knows the law’ and must apply it to the facts which are presented by the parties and so the law is not subject to the ‘principle of party presentation. (...) While the parties may submit legal arguments as to the relevant law, the court is not bound by them, even if the parties agree on a certain point of law. WHITTAKER, Simon. Who determines what civil courts decide? *Legal Research Papers Series*, n. 46, p. 1-50, jul/2012. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2118433>>. Acesso em 10 jan, 2020.

²⁸⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalmas, 1958, p. 185-189.

Imagine-se um processo em que se discuta direito ao nome ou à imagem, ambos componentes da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Os direitos são indisponíveis, mas ainda assim o processo que os discute fica vinculado aos limites inicialmente propostos pelo autor. Não é sustentável que o juiz possa instaurar processos de ofício, alterar demanda ou obrigar a parte a recorrer diante da busca de tutela de direitos indisponíveis.²⁹⁰ De outro lado, casos que tratam de direitos disponíveis, especialmente patrimoniais, admitem atividade do juiz para além das limitações inicialmente propostas pelas partes, como se vê na condenação em juros de mora²⁹¹ ou na determinação de medidas coercitivas atípicas.

No aspecto processual, o fundamento do princípio dispositivo também não pode ser a indisponibilidade, atrelada a ideia de processo como coisa pública e exclusivamente gerido pelo juiz. De fato, na jurisdição contemporânea o objetivo principal é a satisfação da expectativa de incidência normativa dos indivíduos, sendo secundário o interesse do Estado no resultado da tutela prestada.²⁹² Diante do dever de cooperação recíproca na prestação da tutela jurisdicional, especialmente através do exercício do contraditório como influência reflexiva, encontra-se o ambiente perfeito para que as possam dispor sobre atos processuais, afastando de vez a correlação entre o exercício do princípio dispositivo e a disponibilidade do direito discutido. A autonomia privada deve ser respeitada, ainda que possa estar sujeita a pontuais limitações.²⁹³

No entanto, observando o desenvolvimento da ciência processual verifica-se que a exaltação dos objetivos de celeridade e eficiência para satisfazer a duração razoável do processo foi capaz de induzir uma alteração da dinâmica da processual ao reclamar dos juízes uma postura mais ativa, mais comprometida com os fins sociais do processo e não somente com a resolução do litígio. Não havia mais espaço para um juiz inerte,urgia reconhecê-lo como agente estatal essencial no desempenho da função pública jurisdicional, o que implicava na concessão de poderes para além dos que tradicionalmente lhe foram conferidos, resultando numa reformulação do princípio dispositivo para compatibilizá-lo às necessidades do processo moderno²⁹⁴. Embora o juiz restasse vinculado à iniciativa da demanda pelas partes, às suas alegações e à congruência entre o pedido e a sentença futura, não mais se admitia a figura de

²⁹⁰ DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *Disponibilidade processual*. *Op. cit.*, p.54.

²⁹¹ No Brasil, a condenação em juros de mora quando não solicitada inicialmente pelas partes foi alvo de intensa discussão pelos Tribunais, até que restou pacificada pelo art. 322, §1º, do CPC/15, incluindo os juros legais como pedido implícito no pedido principal. Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça analisou os concretos limites do princípio dispositivo a partir de um caso atualização monetária não requerida pelo autor na inicial. Cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. *Op. cit.*, p. 58-60.

²⁹² GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 376.

²⁹³ DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *Disponibilidade processual*. *Op. cit.*, p.55.

²⁹⁴ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 21.

um juiz espectador, incapaz de intervir para a otimização e equilíbrio da atividade processual, buscava-se mais iniciativa judicial, especialmente em matéria probatória.²⁹⁵

Essa compreensão das necessidades processuais terminou por relegar a participação das partes no processo à um plano secundário, restrito ao princípio dispositivo em sentido material. Reconhecidas como autônomas em sua vontade, as partes resguardavam a iniciativa processual a partir da apresentação de suas demandas, porém, uma vez provocada a jurisdição, ao juiz eram reconhecidos poderes de condução e gestão processual, muitas vezes exorbitando o expressamente requerido pelas partes. No Brasil, José Roberto dos Santos Bedaque em defesa dos poderes instrutórios do juiz sem qualquer ofensa ao princípio dispositivo, especialmente por meio da defesa da natureza pública do processo, a partir da compreensão de que o princípio dispositivo estaria ligado tão somente aos aspectos materiais da relação de direito discutida, sem se irradiar sobre a relação jurídico-processual, de modo que a denominação “princípio dispositivo” ficaria reservada aos reflexos que a relação de direito material poderia produzir no processo, concluindo que a disponibilidade das partes existia na relação jurídico-substancial, uma relação material, e não processual.²⁹⁶

Com efeito, não podemos mais sustentar que as finalidades públicas da jurisdição sejam antagônicas aos interesses privados das partes no processo, isso seria resgatar a improdutiva dicotomia publicismo-privatismo no processo. A primeira de todas as concepções sobre a natureza do processo deve ser, pois, uma concepção eminentemente privada: o direito serve ao indivíduo, e tende a satisfazer as suas aspirações. O estado não tem no processo um interesse superior à soma dos interesses individuais.²⁹⁷ Logo, o princípio dispositivo em sentido processual deve ser respeitado na mesma medida de seu sentido substancial.

O Código de Processo Civil de 2015 trata do princípio dispositivo nas duas esferas, material e processual, o que afasta qualquer suposição de que o reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz, aniquile a autonomia da vontade das partes no debate processual. Antes o contrário, diversos são os dispositivos que reforçam as prerrogativas das partes na condução do processo, notadamente a sistemática das convenções processuais, objeto do presente estudo.

No sentido material, a expressão do princípio dispositivo reside em assumir ou não como indispensável a participação das partes na reconstrução dos elementos de fato²⁹⁸. Adotado

²⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Op. cit. p. 108.

²⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

²⁹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Op. cit., p. 119.

²⁹⁸ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. Op.cit., p. 93.

no Brasil pela alcunha de *princípio da demanda*²⁹⁹, relaciona-se com a inércia da jurisdição e, por assim o ser, com a congruência da decisão. Regra geral, o processo começa por iniciativa das partes (art. 2º, do CPC/15) e o juiz deve observar os limites propostos pelas partes para o julgamento do mérito, sendo vedado conhecer de questões que a lei exige iniciativa das partes e não foram por elas suscitadas (art. 141, do CPC/15).³⁰⁰

O princípio da demanda tem uma dimensão positiva, que vincula a atividade judicial à iniciativa das partes e uma dimensão negativa, de impedir o juiz de conhecer sobre questões que as partes não levaram ao processo.³⁰¹ Tem base constitucional, pois deriva do direito de liberdade e das garantias processuais referentes ao acesso à justiça, à inafastabilidade do controle jurisdicional e aos direitos de ação e defesa. Como ensina Antonio do Passo Cabral, estes direitos fundamentais atribuem aos litigantes não só a liberdade para a propositura de uma demanda, mas também liberdade de atuação processual em razão de sua vontade.³⁰²

Em sentido processual, o princípio dispositivo é conhecido como *princípio do debate*³⁰³ e se refere ao vínculo do juiz à iniciativa das partes em relação a técnica e o desenvolvimento do processo, especialmente a escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial, com respeito à autonomia privada³⁰⁴.

Embora muitos utilizem da atividade oficiosa probatória do juiz como argumento para afastar a incidência do princípio dispositivo no processo, o fundamento do princípio dispositivo é a parte e o exercício de sua autonomia, a liberdade. O exercício de poderes instrutórios pelo juiz não significa, de modo algum, que a condução e gestão do processo é exclusiva do juiz. Ao contrário, o processo é instrumento da liberdade. O Estado não precisa do processo para fazer justiça; não fosse a exigência de liberdade e de contenção do arbítrio,

²⁹⁹ Enuncia que é do cidadão, e não do juiz, a iniciativa de movimentar ou não o Poder Judiciário. “Quando o Estado tirou do indivíduo o direito de fazer justiça com as próprias mãos, deu-lhe, em troca, o direito-poder de movimentar os órgãos do Estado para resolver seus conflitos.” PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. *Op. cit.*, p. 114-118.

³⁰⁰ No CPC/73, o art. 989 excepcionava o princípio da demanda e permitia a abertura de inventário pelo juiz, *ex officio*, se nenhuma das pessoas legitimadas a requerer o fizesse no prazo. Era, ainda, possível ao juiz conhecer de fatos supervenientes não alegados pela parte, o que subsiste no código processual vigente, conforme art. 493, do CPC/15.

³⁰¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ensina que o princípio da demanda é orientado, de um lado, pelas ideias de liberdade e disposição sobre o pedido de tutela de seus direitos e, de outro, pela noção de salvaguarda dos interesses dos litigantes contra o arbítrio e a parcialidade judiciais, impondo limites ao agir do juiz. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. *Op. cit.*, p. 198-199.

³⁰² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 155.

³⁰³ A concepção clássica sobre o princípio do debate entrega ao juiz a exclusividade do poder de dispor sobre o processo, cujo objeto foi previamente limitado pela vontade das partes. Um possível enunciado indica que “instaurada a jurisdição, o processo se desenvolve por regras próprias estabelecidas pelo Estado, a que as partes se submetem.” PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. *Op. cit.*, p. 149

³⁰⁴ OTEIZA, Eduardo. El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto? *Revista Advocatus*, p. 125-134, Lima, ago/2008.

bastaria ao Estado assumir o monopólio da jurisdição e exercê-lo sem nenhuma formalidade.³⁰⁵ É o processo o local de realização das garantias das partes na busca de seus interesses.

De fato, as manifestações da autonomia privada no processo civil ocorrem em vários momentos, não somente no início da atividade jurisdicional por requerimento de uma das partes envolvidas no conflito, mas durante todo o procedimento.³⁰⁶ Do mesmo modo, compete ao Estado-juiz conduzir o processo, como instrumento para tutela adequada dos direitos reclamados pelas partes, inclusive determinando providências por elas não requeridas, como se verifica na previsão do art. 370, *caput*, do CPC, sem, contudo, afastar a influência das partes sobre o debate processual.

Valioso destacar que o princípio dispositivo é uma das maiores garantias do jurisdicionado contra o arbítrio do direito processual. O interesse das partes é sempre a mais eficiente mola propulsora da vida dos direitos e da sua efetividade³⁰⁷ e deve ser preservado na maior medida. O princípio dispositivo em sentido processual existe e exige que as interferências das partes sejam tomadas em conta, tanto na instrução como na decisão do processo.

Nessa ordem, o princípio dispositivo em sentido processual precisa ser relido para compreender o equilíbrio entre a natureza pública da relação jurídica processual e os interesses privados das partes, afastando-se proposições puramente publicistas e inquisitoriais. Isto porque, as possibilidades e limites do princípio do debate evidencia uma opção política e ideológica do sistema processual, que ao invés de apostar na condução do processo exclusivamente focada no juiz, valoriza a atuação das partes através do resguardo da liberdade de modular os fatos que pretendem ver investigados no processo.

Num contexto comunicativo de influência reflexiva, os atos das partes não se resumem a estimular comportamentos processuais, vão além, são capazes de determiná-los e condicioná-los, criando modificações no procedimento e na lide, o que indica uma nova relação entre partes e juiz, de poder e influência e condicionamento recíproco.³⁰⁸ Prova clara da existência do princípio dispositivo em sentido processual é a possibilidade de as partes

³⁰⁵ DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *Disponibilidade processual*. *Op. cit.*, p. 146-148.

³⁰⁶ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Trad. Pedro Gomes de Queiroz. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 13, a. 8, p. 733-749, jan-jun/2014.

³⁰⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 518.

³⁰⁸ Antonio do Passo Cabral revela a inadequação de se atribuir às partes a prática de atos estimulantes e ao juiz a prática de atos determinantes. Trata-se de uma relação de influência e condicionamento recíprocos. “As partes não são só sujeitos que requerem, mas também sujeitos que decide, como ocorre em muitos acordos e atos de disposição e composição do processo. Se classicamente tais atos processuais somente diziam respeito ao direito material, cada vez mais se nota que muitos deles interfere na relação processual, com repercussão frontal no procedimento e operando mudanças diretas na lide.” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. *Op. cit.*, p. 135-136.

convencionarem sobre as questões de fato e de direito objeto da cognição judicial, conforme previsão do art. 357, §2º do CPC, foco do presente trabalho.

Admitir que as partes delimitem o objeto da cognição é reconhecer sua autonomia privada no âmbito processual e romper com dogmas tradicionais do processo, como o *iura novit curia* e o princípio dispositivo em sentido estrito, concedendo-lhes a interpretação adequada na jurisdição contemporânea. Não é verdade que as partes resguardam autonomia somente para escolher demandar e provocar a jurisdição (princípio dispositivo em sentido material – ou princípio da demanda), mas são autônomas para interferir ativamente no processo, cooperando para a tutela adequada dos direitos e influenciando o debate processual, o que pode causar a restrição, ampliação ou o redirecionamento do objeto da cognição, para além do que demandado inicialmente (princípio dispositivo em sentido processual – ou princípio do debate).

3.3 Terceira premissa: convenção processual como metanorma

O positivismo jurídico assentava-se na primazia da lei sobre as demais fontes do direito e na suposta completude do ordenamento jurídico, admitindo a lei como expressão máxima do poder soberano e capaz de regular todas as condutas possíveis, sem qualquer conflito ou indeterminação. As lacunas, incompletudes normativas, eram apenas aparentes, passíveis de integração por outros elementos do próprio sistema, objetivamente identificados, todos eles derivados das normas positivas.

Até meados do século XX, as doutrinas racionalistas sustentavam a completude e a unidade do sistema normativo em razão da formalidade e autoridade que inspirava a elaboração das leis, dispensando a atividade interpretativa. O modelo legislativo identificava o direito com sua fonte de produção, de modo que as normas existiam em razão da estrutura formal da sua fonte de produção, pouco importando o seu conteúdo.

Sob a batuta do positivismo legalista, a lei criada pelo Estado é perfeita e contém todos os elementos necessários à sua correta identificação e aplicação ao caso concreto, resumindo a atividade de aplicação da lei a um silogismo matemático, no qual basta a identificação dos fatos para a perfeita adequação na hipótese de incidência de um direito posto. Identificando a questão de direito correspondente, deve o juiz aplicar a lei ao caso concreto, sem qualquer juízo de valor sobre o seu conteúdo ou contexto histórico-cultural. Como as atividades desempenhadas pelo próprio Estado são estanques, ao legislativo compete a produção, ao judiciário tão somente a aplicação da lei.

A construção do Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do processo civil impuseram a releitura de toda a sistemática de acesso à justiça à luz dos princípios e valores consagrados pela Constituição, especialmente no que diz respeito à produção das fontes do direito e à sua concreção.

O período pós-guerra foi marcado pelo primado dos direitos fundamentais e por novas teorias de argumentação jurídica, colocando em xeque o elemento “autoridade” quanto principal legitimador da criação do direito. Os direitos fundamentais passaram a ser o vértice de validade e legitimidade do sistema, criando um novo filtro para as fontes normativas. Inaugurou-se, um sistema de garantias constitucionais fundado na dignidade da pessoa humana, pautado por valores de igualdade, liberdade, reconhecimento de direitos civis e políticos em todos os âmbitos relacionais, especialmente no processo e no exercício da atividade jurisdicional. O princípio da legalidade foi redesenhado, abandonando a esfera puramente formal, para incorporar uma preocupação com a substancialidade.

No Estado de Direito constitucional, as leis criadas pelo processo legislativo formal e, a princípio, consideradas válidas, passam por um filtro constitucional, de verdadeira adequação aos valores supremos de cada Estado, pois vigência não é sinônimo de validade. A aplicação do direito não é resumida a atividade silogística de subsunção dos fatos às leis, mas decorre de um exercício interpretativo, de conhecimento do conteúdo da norma e verificação de sua compatibilidade com os direitos e garantias constitucionais.³⁰⁹

Dois pontos são, então, fundamentais: a existência de um filtro constitucional, em que somente as normas que se compatibilizam aos princípios do Estado Democrático de Direito são passíveis de aplicação, e a necessidade de uma atividade interpretativa prévia, que busca compreender e dar sentido à norma, conforme os princípios, valores e garantias assegurados pelo Estado que as produziu, para que possam enfim serem aplicadas. Com efeito, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”³¹⁰

É que o problema hermenêutico fundamental abarca três momentos: compreender, interpretar e aplicar. Há uma tensão entre o texto proposto – o texto da lei – e o sentido que

³⁰⁹ Destaques para o entendimento de Castanheira Neves de que a lógica de aplicação do direito, de subsunção, só terá início após a definição da norma a aplicar. “Quer isto dizer que o problema da existência de uma norma aplicável, e da sua identificação e determinação, ou não será verdadeiramente um problema ou será um problema a resolver (já resolvido) antes de o problema da aplicação subsuntiva do direito se vir a pôr.” *In Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Livraria Almedinda, 1967, p. 252.

³¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 50.

alcança sua aplicação no instante concreto da interpretação, não considerando apenas o momento histórico, mas a finalidade a que se destina. Assim, compreender implica em interpretar e aplicar. Nas lições de Gadamer, “a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é forma explícita de compreensão.” Além disso, compreender é sempre, também, aplicar.³¹¹

Revelar a diferenciação entre texto e norma, significa dizer que as normas jurídicas não são dadas de prontidão, mas são produto da interpretação; é o intérprete e aplicador do direito que constrói, ou reconstrói, o sentido da prescrição normativa a partir de sua atividade, considerando, ainda, a pluralidade de textos normativos que podem incidir sobre um mesmo objeto de regulação. A incapacidade normativa de regular todas as condutas a partir de um único texto explica a infinidade de textos passíveis de interpretação e aplicação a uma mesma situação concreta, pois ainda que fosse possível reduzir toda a intenção regulatória a uma única prescrição, esse texto carregaria em si várias normas, todas elas objeto de interpretação.³¹²

Interpretar uma norma jurídica é explicar, esclarecer, dar o significado do dizer, revelar o sentido apropriado para a vida real, incumbe, pois, ao intérprete verificar o sentido e o alcance das prescrições legais no contexto de sua análise, a fim de dar às normas o sentido possível e adequado, considerando as peculiaridades das narrativas fáticas apresentadas.³¹³

Ocorre que problemas jurídicos são multifacetados e, na maioria das vezes, não se resolvem pela aplicação de uma única norma, mas atraem um feixe normativo que precisa ser solucionado quando em conflito. Em outros casos, verifica-se uma situação de indeterminação e vagueza que somente pode ser superada através da atividade interpretativa, sendo necessário

³¹¹ “Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma maneira, o texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendido como um mero documento histórico, mas deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta.” GADAMER, Hans-George. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 459-465.

³¹² Nesse sentido, adverte Bobbio que “A norma que prescreve só beber vinho implica a norma que permite fazer qualquer outra coisa diversa de beber vinho. Dizendo a mesma coisa através de uma fórmula, poderíamos afirmar: “X é obrigatório” implica “Não-X é permitido”. Mas assim vê-se que as normas, em realidade, são duas, a particular e a geral exclusiva; ainda quando a expressamente formulada é uma só. Nesse sentido pode-se dizer que mesmo o ordenamento mais simples, o que consiste numa só prescrição de uma ação particular, é composto de pelo menos duas normas.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação Tercio Sampaio Ferraz Junior; Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; Rev. Técnica Claudio De Cicco. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 32-33.

³¹³ Carlos Maximiliano define que para atingir o escopo de todo o direito é necessário examinar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (questão de direito em sentido estrito); b) o caso concreto e suas circunstâncias (questão de fato), e c) a adaptação do preceito à hipótese analisada. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. *Op. cit.*, p. 7-8.

suprir sistematicamente a lacuna normativa para dirimir a controvérsia apresentada. Assim, antes de aplicar uma norma ao caso concreto, há um problema de interpretação e escolha da norma aplicável³¹⁴.

Os conflitos normativos, assim como as lacunas, evidenciam que não mais se sustenta a ideia de que o direito vai por inteiro pressuposto, que é oferecido como um dado que bastaria a alguém conhecer para, em seguida, aplicar; desmente a lógica do silogismo subsuntivo. Existe, de fato, uma prévia e autônoma ponderação jurídico-normativa para eleger a norma materialmente adequada para solucionar cada caso, haja vista que nem sempre os elementos descritivos de determinado tipo legal são identificáveis no caso jurídico concreto.

Todavia, a atividade interpretativa não é exclusiva de textos imprecisos ou ambíguos, é parte do processo de aplicação de qualquer norma jurídica. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos.³¹⁵ Assim, interpretar e aplicar parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma da decisão.³¹⁶

Sem embargos, a atividade interpretativa é o elemento central para a correta compreensão do direito e aplicação do direito. A partir do ensinamento de Chiassoni e Hart, Hermes Zaneti Jr. explica que as três principais teorias da interpretação jurídica podem ser classificadas como cognoscitiva, não cognoscitiva e eclética. A interpretação textual cognoscitiva, também nomeada de formalista, identifica na fidelidade à lei o fim último de sua aplicação. A jurisdição é a simples atuação da vontade concreta do legislador. Para a solução não cognoscitiva, ou realista, o sentido do texto só pode ser conhecido a partir da atividade interpretativa, a qual envolve sempre um grau de voluntariedade e de decisão para definir o real conteúdo da norma, a partir de uma escolha racional, coerente, comprometida com a efetividade, segurança e com os direitos fundamentais. Não se trata de conceber que o direito é aquilo que os juízes dizem que é, mas de reconhecer que há nos textos legais indeterminações normativas, que precisam ser completadas pelo julgador para que se tenha concretude. Por fim, a teoria eclética assume que há textos com diversos graus de dificuldade interpretativa, havendo

³¹⁴ NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Livraria Almedinda, 1967, p. 252.

³¹⁵ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

³¹⁶ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. *Op. cit.*, p. 26. Diferencia as normas jurídicas produzidas pelo intérprete, a partir dos textos e dos fatos, da norma produzida pelo aplicador, de conteúdo decisório, expressa na sentença judicial.

técnicas adequadas variadas para a sua solução. Para os casos fáceis, a teoria cognoscitiva seria suficiente, enquanto para casos difíceis, a atividade volitiva seria necessária para dirimir o conflito, admitindo a atividade criativa do juiz no exercício da jurisdição.³¹⁷

Entendemos que a corrente realista, moderada e responsável é a que melhor se compatibiliza com a criação das normas a partir dos textos, pois admite que os casos jurídicos concretos não são meros correlatos lógico-objetivos das hipóteses conceituais normativas; o sentido de uma norma e o seu domínio de aplicação nem sempre coincidem. Compete a intérprete realizar um juízo reflexivo para a escolha do sentido adequado.³¹⁸

É que os textos das normas, por mais bem elaborados que sejam, não conseguem abranger a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens, cabendo ao intérprete o trabalho subjetivar a regra objetiva e determinar-lhe o alcance de sua aplicação³¹⁹. Assim, a atividade de aplicar o direito não é somente dizer o direito escrito na lei, tampouco que somente a lei, formalmente posta pelo Estado, terá o poder de dizer o que é direito.

O *texto* é o documento elaborado por uma autoridade normativa, que agrega enunciados de conteúdo prescritivo, enquanto a *norma* surge do sentido atribuído a esses enunciados³²⁰. O direito aplicável não se encontra pura e simplesmente estampado no texto, mas reside na atividade interpretativa, que é exercida sobre um conjunto de disposições particulares entre si e que se interpenetram³²¹, disposições essas produzidas pelas mais variadas instâncias de poder.

A produção das disposições normativas é compartilhada por instâncias de poder diversas, o que dá origem a diversas fontes de normas jurídicas, como a lei, que, em sentido lato, abrange variados diplomas normativos, como tratados, convenções internacionais e a Constituição da República, além dos usos e costumes, a analogia e os princípios gerais do direito, ou ainda, as fontes convencionais, que residem no poder de negociação das partes, fruto

³¹⁷ Todavia, a própria definição de caso fácil ou difícil pressupõe uma escolha, de modo que para Zaneti, o mais coerente em termos de atividade interpretativa é a teoria realista, moderada e responsável, comprometida com a revisão de toda a legislação, doutrina e demais fontes do direito, a fim de racionalizar e uniformizar o entendimento firmado, assegurando a estabilidade, coerência e integridade do sistema. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.146-154.

³¹⁸ Castanheira Neves *In Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. *Op. cit.*, p. 255.

³¹⁹ “Fixou-se o direito positivo, porém a vida continua, evolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos. Transformam-se as situações, interesses e negócios que teve o Código em mira regular. Surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas ideias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar a sua obra. A letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social.” MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 12.

³²⁰ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini. Apresentação Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-26.

³²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. *Op. cit.*, p. 17.

da autonomia privada³²². As formalidades do processo de criação e o grau de abstração e objetividade das fontes normativas estatais garantem-lhe maior espaço de incidência, entretanto, é possível o reconhecimento de uma fonte de direito negocial.³²³

Embora o hiperbuclismo e legicentrismo estatal tenham criado uma falsa impressão de que toda norma processual é cogente, imperativa e inderrogável, e por serem de ordem pública, instituídas para atender o interesse público, não poderiam ser moduladas através da vontade das partes³²⁴, é verdade que muitas normas, materiais e processuais, se encontram na esfera de disponibilidade das partes, estabelecidas no interesse dos litigantes³²⁵, o que implica na realização de uma fonte negocial *secundum legem*, de força normativa derivada da lei e com caráter metanormativo.³²⁶

Há que notar que a utilização de convenção processual, especialmente sobre o objeto da cognição processual, não enfraquece a norma legislada, tampouco o exercício do poder jurisdicional. As partes buscam no ordenamento jurídico os elementos para resolução das disputas, elegendo as questões principais a serem discutidas pelo juiz de acordo com o direito posto, reafirmando o caráter normativo do sistema. As partes não negam o sistema legal, ao contrário, no espaço por ele permitido, indicam as diretrizes normativas para a solução da controvérsia, criando uma *metanorma*³²⁷ de resolução no caso concreto.

Logo, a atividade interpretativa das partes, sedimentada na convenção processual sobre as questões de direito, objetiva estruturar a aplicação das normas pelo magistrado, indicando-lhe os sentidos de suas manifestações de vontade, o que resulta numa interpretação autêntica sobre as normas aplicáveis³²⁸. Trata-se, portanto, de verdadeira *metanorma*, uma norma sobre aplicação de outra norma. A convenção processual sobre questão de direito é o

³²² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Op. cit. p. 40.

³²³ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 257.

³²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 96.

³²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op.cit., p. 182-184.

³²⁶ Sobre as fontes negociais, Tercio Sampaio Ferraz Jr defende que são fontes stricto sensu, que não são propriamente fontes no sentido da dogmática, mas são fontes de “segundo grau”, dotadas de imperatividade e responsáveis pela coesão global do sistema. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. Op. cit., p. 259.

³²⁷ “Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 134.

³²⁸ A ideia de interpretação autêntica é trabalhada, também, nos negócios de certificação, celebrados com intuito de afastar incerteza a respeito de interpretações contratuais. À semelhança do que ocorre nas ações declaratórias, na qual a incerteza é dirimida a partir de uma decisão do julgador, por meio desse tipo de negócio as partes podem dar previsibilidade às disposições de seus pactos, fixando a exegese do contrato no sentido originalmente proposto por elas. CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação (parte I): introdução, objeto e limites*. p. 19.

produto da interpretação textual realizada pelas partes e serve para condicionar o agir do magistrado à aplicação da norma já pré-escolhida. Tem-se uma máxima expressão da influência das partes na definição das questões de direito, na organização do processo e no objeto da cognição.

3.4 Conclusões parciais

Em linhas gerais, para a compreensão adequada das convenções processuais sobre questões de fato e de direito três premissas são fundamentais:

a) a compreensão redimensionada do *iura novit curia* como garantia das partes, inclusive, e especialmente, contra os arbítrios do juiz, em atenção a um ambiente ideal de promoção e concretização do processo cooperativo, exercido em contraditório com respeito às influências recíprocas dos sujeitos processuais;

b) o exercício do princípio dispositivo em sentido processual pelas partes, para reconhecer o poder das partes, autônomas em suas vontades, de autorregrem a relação processual, especialmente na escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial e condicionamento de comportamentos processuais;

c) a inserção da convenção processual na teoria das fontes normativas do direito, como uma metanorma, para indicar quais as normas devem ser aplicadas no caso concreto, não somente em sentido processual, mas, especialmente, no sentido material, na medida em que evidencia a interpretação autêntica das partes sobre o direito aplicável.

O *iura novit curia* não pode mais ser encarado como um mito que socorre aos juízes descompromissados com as narrativas fáticas e jurídicas propostas pelas partes, especialmente quando essas partes estão devidamente preparadas para o exercício de sua autonomia no âmbito processual, até mesmo antevendo e desenhando situações conflituosas. A racionalidade exposta na fundamentação jurídica apresentada pelas partes não pode ser desprezada ou simplesmente substituída pela racionalidade do juiz sem que este se desincumba de seu ônus argumentativo.

É necessário superar a compreensão puramente legalista do direito, segundo a qual o negócio jurídico não passa de um pressuposto fático de certos efeitos jurídicos legalmente previstos, caracterizados por uma declaração de vontade, mas sem juridicidade. A concepção

de que o negócio jurídico tem validade por fundamentar-se no direito positivo legal, mas não é ele próprio uma norma jurídica, senão apenas um preceito de autonomia privada com relevância jurídica é, de todo, insuficiente para o entendimento dos negócios jurídicos.³²⁹

A problemática da interpretação dos negócios jurídicos e sua aplicação é uma das principais perturbações ao simplismo do esquema subsuntivo, que não considera o negócio jurídico como direito (posto que não é norma jurídica legal), e sim como um fato, de modo que a interpretação negocial também está no campo das questões de fato.³³⁰ Contudo, no processo contemporâneo, o reconhecimento da autonomia privada contraria o esquema normativo-subsuntivo e sua radical concepção do jurídico enquanto monopólio do Estado, impondo uma revisão do direito e da teoria das fontes em que ele se manifesta. É que na medida em que expressa a vontade interpretativa das partes, a convenção processual não pode ser considerada um mero fato, mas um instrumento capaz de condicionar a relação entre os fatos e o direito apresentados, oferecendo uma interpretação autêntica a ser observada no processo de aplicação da lei pelo Estado.

Desse modo, sobrevivendo negócio jurídico processual à apreciação do juiz, poderá convencer-se de acordo com os fatos apreciados, porém deve ater-se à qualificação jurídica proposta pelas partes e pela definição dos critérios interpretativos, respeitando o *iura novit curia* enquanto garantia das partes e a cooperação das partes para construção da solução jurídica mais justa e adequada a tutela dos direitos perseguidos.

Ao considerar a convenção processual sobre o objeto da cognição, e, assim, da cognição judicial (art. 357, §2º), não há como negar que o negócio processual dá as diretrizes para a persecução e apreciação do direito, comportando-se como verdadeira fonte de norma a ser aplicada no caso concreto. Daí, não se pode negar que o negócio jurídico processual assume verdadeiro caráter de norma jurídica aplicável ao caso.³³¹ Compreender que o juiz não é o único responsável pela qualificação jurídica dos fatos e definição do mérito das controvérsias a ele submetidas, mas que essa atividade deve ser pautada pela participação efetiva das partes e pelo

³²⁹ NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. *Op. cit.*, p. 333. “O verdadeiro erro da teoria da validade ou preceptiva reside, no entanto, na sua insuficiência. Em não ter visto que a intenção e conteúdos normativos, que muito justamente reconhece no negócio jurídico, são irredutíveis aos esquemas legalistas; i. é, em não ter compreendido que a específica normatividade da autonomia privada traduz uma autêntica autonomia de juridicidade, uma autonomia constitutiva de um particular <direito objectivo> concreto, incompatível com a simplista identificação do direito à lei.”

³³⁰ NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. *Op. cit.*, p. 331.

³³¹ De fato, nada há no texto constitucional que atribua reserva de lei à norma processual, logo, é possível que o conteúdo normativo tenha origem na expressão da vontade das partes. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 185.

respeito à sua autonomia, implica na superação da visão hierarquizada das fontes do direito que elenca a lei como fonte suprema de regulação de condutas.

É, também, primordial considerar a possibilidade de as partes realizarem disposições sobre o direito processual e não somente material, como é defendido por grande parte da doutrina pátria. O princípio do debate assegura a influência das partes tanto na instrução como na decisão do processo. O reconhecimento da autonomia das partes para interferir no curso processual é premissa indispensável.

Não podemos dizer que o brocardo *iura novit curia* não mais existe no direito brasileiro, porém temos firmeza em afirmar que a concepção clássica de que ao juiz cabe conhecer direito, restando às partes a elucidação dos fatos, está superada. Questões de fato e questões de direito se interpenetram e não é possível conhecê-las separadamente, tampouco alijá-las das definições das partes.

A convenção processual que limita o objeto da cognição e fixa ao juiz as questões fáticas e jurídicas tem força de norma para todos os sujeitos envolvidos e tem verdadeiro caráter de metanorma, indicando quais normas jurídicas devem ser aplicadas ao caso concreto. Ao permitir que as partes envolvidas no conflito convençionem sobre questões de fato e direito, o sistema processual estabelece que a definição da norma aplicável seja resultado da atividade consensual das partes, de modo que o trabalho do juiz de valorar as provas produzidas e aplicar a lei, deve restringir-se à interpretação autêntica fornecida pelas partes. A escolha da norma, do direito aplicável, sai da esfera do juiz, para residir na racionalidade da escolha feita pelas partes.

Logo, em relação ao nosso objeto de estudo, as convenções processuais sobre questões de fato e de direito objeto da cognição, verifica-se que extraem sua juridicidade do art. 357, §2º, do CPC/15, o que impede a incidência da regra legislada quando houver disposição das partes em sentido diverso.³³²

³³² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p. 165.

4 CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE O OBJETO DA COGNIÇÃO: QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO

A realização do direito à liberdade e o respeito à autorregramento da vontade das partes no âmbito da cognição processual depende da compreensão adequada do processo de interpretação das questões de fato e de direito aplicáveis ao processo, o que, como visto, passa pelo reconhecimento de uma nova dimensão do *iura novit curia*, do princípio dispositivo em sentido processual e do respeito à normatividade da convenção processual. Uma vez sedimentadas tais premissas, é necessário discutir as possibilidades de convencionalidade sobre questões de fato e de direito no ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de apresentar propostas para instrumentalização do instituto.

Conceituar e individualizar questões de fato e questões de direito é tarefa árdua, quicá impossível de ser realizada. O conceito de questão é, por si só, controverso.

Carnelutti chama de questão a *dúvida quanto a uma razão*³³³. Entende que os diversos pontos tratados no processo adquirem relevo especial quando controvertidos pelas partes ou quando o julgador suscita sobre eles alguma dúvida. Logo, a dúvida sobre algum tema do processo constitui uma *questão*, o objeto da atividade cognitiva até a resolução do mérito, não se confundindo com a lide, tampouco com o mérito.³³⁴

Barbosa Moreira define a formação do material de fato e de direito como um dos *pontos sensíveis* do processo, os quais constituirão a fundamentação da sentença.³³⁵ São os pontos que o juiz precisa conhecer para decidir. Num outro sentido, aponta que a questão se identifica com o *thema decidendum do processo*, por assim o ser, com o mérito, ou objeto litigioso. Havendo mais de um pedido, haverá tantas questões quanto pedidos, ambas submetidas à cognição judicial.³³⁶

Com efeito, os enunciados servem a mostrar que as questões, de modo geral, são pontos controvertidos, que precisam ser solucionados no processo, mas não se pode confundilas com pontos que devem ser objeto de sentença ou de qualquer outro tipo de decisão judicial.

³³³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. v. 1. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 86-88.

³³⁴ No CPC/73 o desentendimento acerca do tema causou distorções consideráveis como as que se via no art. 458, III, que fixa a obrigação de o juiz resolver as questões que as partes lhe submeterem no dispositivo da sentença. Ora, no dispositivo encontra-se a conclusão do magistrado a respeito das questões já analisadas na sua motivação. As questões substanciais, aquelas que dizem respeito ao mérito da causa, não se confundem com o próprio mérito.

³³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes. *Op. cit.*, p. 4.

³³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo. *Temas de direito processual civil*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 243.

Conhecer é diferente de decidir. Há questões que são postas como fundamentos para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para serem solucionadas na decisão judicial.³³⁷

Com certo grau de generalidade é possível dizer que todas as questões apresentadas no processo, seja por iniciativa das partes, seja por iniciativa do juiz, ou ainda por outros sujeitos, serão conhecidas e decididas (questões *incidenter tantum x principaliter*), razão pela qual se adere a ideia de que as questões são pontos controvertidos, assuntos que devem ser solucionados, independentemente de constituírem o mérito da discussão.

4.1 Questão de fato e questão de direito: uma dicotomia?

Para o positivismo puro, a norma jurídica é sempre redutível a um juízo ou proposição hipotética, na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (C), de modo que *se F é, deve ser C*. Tal formulação sugere, com a devida vênia, equivocadamente, que os fatos são separados do direito, que ambos são puros em si mesmos e podem ser analisados separadamente.

No período exegético, marcado pelo pilar do legalismo e das codificações, difundiu-se a ideia de que o direito estava unicamente prescrito nas leis. Se porventura existisse alguma situação não regulada pela lei, entendia-se que a situação não era jurídica, pois o sistema normativo era completo, sem espaço para lacunas e indeterminações. A lei era não somente a única fonte de direito, como o critério normativo-jurídico exclusivo.³³⁸

A atividade do juiz limitava-se à aplicação da lei através do método silogístico. Uma vez que a norma legal estava pronta e acabada, restava ao juiz um movimento único de subsunção dos fatos às normas, um encaixe perfeito que assegurava a homogeneidade do sistema.³³⁹ A pedra angular do pensamento puramente subsuntivista e silogístico é antiga conhecida: a titularidade do direito pelo Estado, exercida primordialmente através do poder legislativo, com total exclusão de poder criador na função judicial. Baseia-se na crença nas

³³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. *Op. cit.*, p. 440. Destacando a necessária ruptura entre cognição e a decisão no processo contemporâneo, VOGT, Fernanda Costa. *Cognição no processo civil*. *Op. cit.*, p.82. “Na perspectiva tradicional, a decisão parecia o resultado inevitável do exercício da jurisdição – e, na verdade, fim último. É antecedido pela cognição, mas sem prejuízo de que exista cognição sem decisão. Assim, reitera-se que a cognição não depende do ato decisório para decidir.”

³³⁸“O legislador aparecia como único protagonista da juridicidade, com preterição e quase total sacrifício do juiz.” CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, 1985, p.186.

³³⁹ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

codificações e no ideal de completude da lei³⁴⁰, numa suposta identidade conceitual entre as questões de fato e as questões de direito, para que o direito possa ser aplicado ao fato sem qualquer atividade preparatória.³⁴¹

O modelo positivista de aplicação do direito era pautado pela suposta “homogeneidade” e “independência” das questões de fato e de direito.³⁴² As partes levavam ao processo as narrativas dos fatos e o juiz apresentava-lhes a definição do direito aplicável. Questões de fato e de direito não somente não se confundiam, como podiam e deviam ser examinadas isoladamente, através de instrumentos próprios e específicos.

Ocorre que na complexidade das relações sociais e na total incapacidade do Estado de regular todas as situações da vida possíveis, foi inevitável reconhecer a existência de lacunas na lei, a necessidade de integração e concreção de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, a existência de contradições entre princípios e eventuais injustiças das normas formalmente postas. Verificou-se a necessidade de atribuir sentido, significado, ao texto normativo, como uma atividade anterior a aplicação da lei, o que contribuiu para evidenciar as deficiências do positivismo puro e a necessidade de superação do método subsuntivo.³⁴³

A estrutura lógica das normas jurídicas, composta pela descrição hipotética de um ou mais fatos (suporte fático) e pela imputação de consequências (preceito) aplicáveis quando os fatos descritos se materializam, confirma que o direito e o fato fazem parte do mesmo fenômeno, no qual o direito se aplica ao fato e o fato se subsume ao direito.³⁴⁴ Questão de fato

³⁴⁰ “Sob o império de um Código escrito, o juiz não tem de decidir qual será, intrinsecamente, o melhor partido a tomar num caso particular que ele deva julgar, mas somente qual é o artigo da lei sob cuja aplicação ele recai, aquilo que o legislador prescreveu para o caso deste tipo e a intenção que nós devemos, por consequência, a ele atribuir relativamente ao caso particular.” GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique apud* KNIJNIK, Danilo *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Op. cit.*, p. 30.

³⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413-465.

³⁴² KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Op. cit.*, p. 37.

³⁴³ “A realização do princípio da legalidade, pela única via da interpretação literal, torna-se insatisfatória, porque a legislação apresenta os seguintes problemas para o intérprete: as leis, obras incompletas, são redigidas na linguagem comum-natural, dada a composição representativa do Congresso Nacional; as leis são, em regra, vagas e ambíguas; quando claras, fazem oposição a outras normas do sistema. Podem possibilitar uma multiplicidade de decisões, dentre as quais algumas são injustas.” ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *Op. cit.*, p. 428. Logo, o processo de aplicação do direito não se exaure na subsunção, mas depende ainda de concreção, compreendendo uma atividade de razão e de vontade.

³⁴⁴ É o que ensina Sentís Melendo: “La vida está formada por hechos; se discute sobre hechos; y de ellos nace el derecho; ex facto oriturus. El puro derecho, desconectado de los hechos, no existe. El derecho que se aplica al hecho, El hecho que se subsume em El derecho, son, no fenómeno recíprocos, sino El mismo fenómeno.” MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba es libertad. La prueba*. Los grandes temas Del derecho probatorio. Buenos Aires: EJE, 1978.

e de direito se interpenetram. Não são questões isoladas. Não existe o fato em si, mas o fato do direito e o direito do fato. Fato e direito só existem quando coexistem.³⁴⁵

Com efeito, a superação da distinção entre fato e direito reside em múltiplos fatores, mas podem ser compreendidos a partir de dois vetores básicos: primeiro, as mudanças ocorridas no plano da teoria geral do direito com a “virada hermenêutica”, e em seguida, as mudanças ocorridas no campo da dogmática, especialmente através de técnicas legislativas abertas, como as cláusulas gerais.³⁴⁶

No campo da hermenêutica, são caras as ideias de *espiral hermenêutica* e de *pré-compreensão* para reconhecer o dinamismo do processo de aplicação do direito.

A ideia de espiral hermenêutica é produto do reconhecimento do dinamismo da atividade de aplicação do direito, resultado de um movimento circular e sucessivo de compreender, da norma ao fato e do fato à norma, até o produto final. O direito é que determina quais são os fatos relevantes, ao passo que os fatos são o substrato de aplicação do direito. Nesse sentido, a aplicação do direito não é um conjunto de atividades autônomas e claramente separadas, ao contrário, trata-se de um processo integrativo, no qual o juízo de fato e o juízo de direito se imiscuem, através de um movimento de compreender e interpretar.

O compromisso com a legalidade permanece, mas o modo de aplicação da lei passa a ser distinto, a aplicação necessita de um ato de valoração.³⁴⁷ Realiza-se, pois, um processo interpretativo que compara os elementos de fato para determinar, ou descobrir, a norma mais adequada a ser aplicada³⁴⁸, considerando aspectos positivos e negativos do ordenamento jurídico e do próprio objeto de interpretação.³⁴⁹ Percebe-se então, que a análise da relevância dos fatos para a solução de determinada situação conflituosa guarda relação com a intimidade que estes fatos possuem com as normas jurídicas que serão aplicadas. Isto porque, a atividade interpretativa é relacional, o sentido de uma norma somente é extraído analisado o todo, a sua

³⁴⁵ NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. *Op. cit.*, p. 320.

³⁴⁶ Para além das causas hermenêutica e dogmática, Danilo Knijnik aponta a “causa processual” como um terceiro vetor para a ruptura com o paradigma tradicional da distinção entre questão de fato e questão de direito. Em seu entendimento, a causa processual está relacionada a uma nova fase metodológica do processo, de caráter prospectivo, que propõe a recuperação da relação entre direito material-processual e a revisitação dos institutos do direito processual, e à concepção “moderna” da prova. *In O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. *Op. cit.*, p. 62-78.

³⁴⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. *Op. cit.*, p. 431.

³⁴⁸ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. *Op. cit.*, p. 39.

³⁴⁹ Nesse sentido, Antonio Augusto Tibúrcio defende que “o intérprete não pode ser indiferente entre os possíveis significados do texto: um deles pode e deve ser preferido à luz das circunstâncias concretas do ordenamento jurídico vigente. Se assim não fosse, nem mesmo as interpretações absurdas seriam evitadas.” *In Interpretação das decisões judiciais: particularidades, critérios e instrumentos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 29.

conjuntura. Utilizando-se da metáfora proposta por Couture, não basta colocar um microscópio sobre o texto e analisar as suas partículas, desinteressado do organismo vivo do qual faz parte este fragmento.³⁵⁰

Por outro lado, é inarredável o entendimento de que todo intérprete é, ainda que não queira, um filósofo e um político da lei, pois suas escolhas interpretativas são frutos de seu subjetivismo.³⁵¹ No processo interpretativo são acessados todos os conhecimentos que o intérprete possui acerca dos problemas jurídicos, da conexão entre os problemas, das formas de pensamento e possíveis soluções, de modo que realiza uma valoração dos fatos e antecipa os significados que já possui como pré-compreendidos, atividade que se repete, num vai-e-vem, até a formação do convencimento último.

Essa ideia de que as *pré-compreensões* influenciam as escolhas interpretativas é bem ilustrada por Watanabe, ao considerar o caso de um juiz que possui sob seus cuidados uma ação de indenização decorrente de um acidente automobilístico. De certo, o juiz que sabe dirigir terá uma compreensão dos fatos diferente daquele que não sabe, pois sua avaliação considerará inúmeros conhecimentos prévios a respeito das circunstâncias que ordinariamente cercam um acidente automobilístico.³⁵²

Nesse sentido, as noções de espiral hermenêutica e pré-compreensão demonstram que o processo de interpretação é muito mais complexo do que parece: o conhecimento dos fatos não é independente do direito, ao mesmo passo que não foi absorvido por ele. Acrescenta-se à virada hermenêutica a chamada *causa dogmática*, relacionada à utilização de novas técnicas legislativas, especialmente através de cláusulas abertas, como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, de normas com argumentos finalísticos, a fim de conceder

³⁵⁰ COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gilda Maciel Côrrea Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 40-41. “Um dispositivo legal só adquire sentido em função de todo o conjunto sistemático do direito. resulta daí que, em sua direção intelectual, a função interpretativa é, na realidade, praticamente inseparável da obra de integração do direito.”

³⁵¹ “Interpretar é, ainda que inconscientemente, tomar partido por uma concepção do Direito, o que significa dizer, por uma concepção do mundo e da vid. Interpretar é dar vida a uma norma. (...) Assim sendo, é um objeto ideal, invisível (já que o texto escrito é a representação da norma, mas não a própria norma) e suscetível de ser percebido pelo raciocínio e pela intuição. O raciocínio e a intuição, todavia, pertencem a um determinado homem e, por isso, estão prenhes de subjetivismo.” COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. *Op. cit.*, p. 23.

³⁵² WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. *Op. cit.*, p. 69-70. “Na verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão. E nesse iter, entram também inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural e outros mais...”

maiores espaços de interpretação ao aplicador do direito e, assim, evitar a alteração constante da legislação.³⁵³

O dinamismo social comprovou a impossibilidade do legislador de prever, de modo satisfatório, as mais diversas situações da vida. A atuação crescente do Estado na regulação da vida em sociedade motivou a criação de uma multiplicidade de leis, algumas delas prolixas e ambíguas, distantes do mito de uma linguagem unitária, capaz de ser integralmente compreendida através do uso de regras de interpretação precisas. Em oposição a este sistema, deu-se a abertura para um novo padrão legislativo, especialmente através da colocação de cláusulas gerais.³⁵⁴

Do ponto de vista da técnica legislativa, as cláusulas gerais se constituem como uma disposição normativa de linguagem intencionalmente aberta e fluida, dirigida ao juiz para que, no caso concreto, possa identificar o suporte fático adequado e concretizar o comando normativo³⁵⁵, como ocorre em relação à boa-fé, ou mais especificamente no universo deste trabalho, a cláusula geral de negociação processual do art. 190, do CPC/15. Sem embargos, a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional e a insuficiência do método subsuntivo para a aplicação de normas.³⁵⁶

No entanto, para além das cláusulas gerais, as regras fechadas também dependem de atividade interpretativa prévia ao processo de aplicação. É que, considerando a espiral hermenêutica e as pré-compreensões do intérprete, todo aplicar implica em trabalhar criativamente a lei, elegendo o significado, o sentido, mais adequado para determinado conjunto de fatos, no contexto em que se examina.³⁵⁷ A atividade valorativa é exigida na aplicação de todas as normas, em maior ou menor intensidade, pois ainda que existissem espaços de clareza

³⁵³ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. *Op. cit.*, p. 49-50. DIDIER JR. Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 171- 174.

³⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 112.

³⁵⁵ Idem., p. 37. Sobre a abertura do Código Civil para acolher soluções aptas às mutabilidades da vida, destaca o papel das cláusulas gerais, “técnica legislativa pela qual são conformados modelos jurídicos abertos, isto é: aqueles expressos mediante uma <estrutura normativa concreta> cuja finalidade é modular, nas leis, <soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina>, fazendo apelo, para tal fim, <a conceitos integradores de compreensão ética, tais como os de boa-fé, equidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc.>.” No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista Opinião Jurídica*, v.8, n. 2, p. 118-130, 2010. ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *Op. cit.*, p. 428.

³⁵⁶ DIDIER JR. Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. *Op. cit.*, p. 172. “É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos.”

³⁵⁷ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*. *Op.cit.*, 459-465. Aqui, há que se atentar tanto para o contexto de gênese da norma, como para o de sua aplicação.

absoluta da lei, persistiria a necessidade de interpretação para a identificação do sentido e contextualização do texto legislativo, superando o princípio da *claris cessat interpretatio*.³⁵⁸

Uma vez que o fenômeno jurídico de aplicação das questões de direito não prescinde da compreensão das questões de fato e da interpretação cíclica de ambas as questões, questões de fato e questões de direito não podem ser compreendidas e analisadas como absolutamente distintas. Logo, eleger a *matéria* – fato ou direito – como critério de diferenciação é, a um só tempo, tautológico e insuficiente. Melhor alternativa é diferenciá-las por um *critério funcional*, assumindo que as questões de fato se relacionam aos pressupostos fáticos da incidência normativa, enquanto as questões de direito estão relacionadas à aplicação da hipótese de incidência no suporte fático, seja pela subsunção do fato à norma, seja pela concretização do texto normativo. Diante da impossibilidade de distinção integral das questões, porque o direito acontece no mundo dos fatos, o mais adequado é dizer de questão *predominantemente* de fato ou de direito.³⁵⁹

Como elaborado nos capítulos anteriores, a inserção e aceitação das convenções processuais no ordenamento jurídico brasileiro deu-se especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que tem como linha mestra o processo cooperativo, exercido em contraditório e com respeito à boa-fé, concedendo amplos espaços de liberdade às partes em decorrência de sua autonomia privada, notadamente para o exercício de atos de gestão processual, essenciais à efetividade da tutela jurisdicional prestada. Portanto, desde já compreendemos que caminhou bem a redação do art. 357, §2º, do CPC, ao possibilitar que as partes formalizem convenções processuais sobre questões de fato e de direito, na medida em que acolhe as influências das partes para delimitar objetivamente os fatos que serão objeto da atividade probatória e identificar as hipóteses normativas que sobre eles poderão incidir, seja através da identificação da norma aplicável ou da elaboração de critérios interpretativos, todas essas atividades essenciais à cognição judicial. Verifica-se o verdadeiro compartilhamento de tarefas processuais, possíveis no ambiente cooperativo, de contraditório como influência reflexiva, que reconhece às partes o poder de autorregramento para gerenciamento do processo nos aspectos materiais e procedimentais.

³⁵⁸ O aforismo jurídico *in claris cessat interpretatio* sustenta não existir espaço interpretativo quando a lei for clara, porém ignora as limitações imaginativas e linguísticas da criação normativa, bem como a necessidade de contextualização para a concretização do direito. Tércio Sampaio afirma que o aforismo se apresenta como um “princípio de economia de pensamento”, que pressupõe que o sentido da norma cabe na letra de seu enunciado. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. Op. cit., p. 317.

³⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*. v. 92/1998. p. 52 – 70. Out - Dez / 1998.

4.2 Convenções processuais sobre questões de fato

Ao demandar ou ser demandada judicialmente, as partes gozam de absoluta liberdade para levar ao processo os fatos que entendem necessário à elucidação da controvérsia. O princípio dispositivo em sentido material, também chamado de princípio da demanda, reconhece ao autor o direito de movimentar a máquina judiciária para buscar a tutela de seus interesses. Compreende o *ônus de afirmar*³⁶⁰, de fazer alegações sobre a existência ou inexistência de fato ou situações de fato das quais se pode deduzir a própria demanda. Do mesmo modo, ao réu compete alegar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, o *ônus de contra-argumentar*³⁶¹, ou, ainda, alegar fatos capazes de constituir direitos em seu favor, exercendo seus contradireitos³⁶². É a partir das alegações de fatos feitas pelas partes que ocorre a determinação do objeto do processo e a vinculação do pronunciamento do juiz ao que foi demandado, limitando a atividade jurisdicional.

No procedimento comum em duas etapas, a primeira se destina à postulação, ao saneamento e à organização do processo, com a fixação dos pontos controvertidos (por assim dizer: as questões) de fato e de direito objeto da cognição judicial e consequente estabilização da demanda, para que na segunda etapa ocorra a instrução probatória dos fatos controvertidos e relevantes para a decisão de mérito. Logicamente, nem todos os fatos alegados no processo serão objeto de prova e, conseqüentemente, fundamentos da decisão futura, mas somente os que ultrapassam as noções de *controvérsia e relevância*.

A respeito da controvérsia, cumpre destacar o disposto no art. 336, do CPC, sobre a regra da eventualidade, segundo a qual incumbe ao réu alegar na contestação toda a sua matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.³⁶³ Deve, pois, em sua primeira oportunidade de comunicação no processo, apresentar as razões de impugnação aos fatos alegados pelo autor,

³⁶⁰ A demanda é o ato pelo qual se invoca a tutela jurisdicional de um direito, é, pois, o instrumento para o exercício do direito de ação. No entanto, aquele que pretende demandar precisa justificar adequadamente os fatos e fundamentos que substanciam seus pedidos, sob o risco de inépcia da petição inicial ou de ser operada a preclusão quanto aos fatos e fundamentos não suscitados. Diante disso, diversos autores se referem ao exercício do direito de ação como “ônus de demandar”. Nesse sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. Op. cit., p. 161. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. Op. cit., p. 25. Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Op. cit., p. 929. “Entre os ônus processuais, o primeiro e o de maior peso é o ônus de afirmar, especificamente considerado ônus de demandar. E como quem pede há de justificar o *petitum* alinhando uma *causa petendi*, só demanda adequadamente quem fundamenta de modo adequado.”

³⁶¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. Op. cit., p. 27.

³⁶² DIDIER JR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. Op. cit., p. 92.

³⁶³ “É da tradição do processo brasileiro a adoção da regra da eventualidade, impondo aos demandantes o dever de propor, em um mesmo momento, todos os meios de ataque e de defesa.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. Op. cit., p. 158.

ofertando sua maneira de compreender os fatos narrados, além de adicionar fatos capazes de impedir, modificar ou extinguir as pretensões do autor, delimitando a controvérsia sobre fatos específicos.³⁶⁴ Se o réu deixa de contestar a ação, ou, se contestando, deixa de impugnar especificamente alguma das afirmações de fato apresentadas pelo autor, a regra é que tais fatos se presumem verdadeiros e, portanto, incontrovertidos, excluídos do conjunto de fatos a ser provado no processo (arts. 344 e 374, III do CPC).³⁶⁵

Verifica-se, portanto, que a incontrovertência surge do debate, das posições que as partes adotam na defesa de seus interesses e que tornam pacífico o entendimento sobre uma narrativa fática, tornando desnecessária a investigação probatória sobre tais fatos.³⁶⁶ Uma vez que as questões de fato desempenham a função de determinar o *thema probandum*, em princípio, a questão de fato não controvertida está excluída do objeto da prova e da cognição judicial.

Dessa feita, um primeiro filtro que se impõe à análise dos fatos no processo é a controvérsia: somente os fatos controvertidos entre as partes são questões a serem resolvidas no processo. Verificada a controvérsia sobre tais fatos, resta saber se são relevantes ao julgamento da causa.³⁶⁷

A relevância de um fato reside na ligação que este fato possui com o objeto do processo, na utilidade desse fato para a resolução do mérito da discussão. Por exemplo, para uma ação indenizatória fundada em responsabilidade civil objetiva é irrelevante a análise da culpa do agente causador do dano. Os fatos principais são o dano e os elementos que resultaram em sua causação, sendo secundária a análise da culpa. A distinção entre os fatos principais e

³⁶⁴ Por determinar que as partes aleguem toda sua matéria de defesa na primeira oportunidade, a regra da eventualidade é responsável por alguns contrassensos processuais, mas que são justificados pela necessidade de assegurar a justiça com celeridade. Nesse sentido, veja-se os destaque da tradução livre de Carlos Alvaro sobre a fórmula traduzida por James Goldschmidt: “Primeiro não me deste nenhum dinheiro; isso não é verdade. Segundo, foi devolvido já faz um ano. Terceiro, tu me asseguraste que tinha sido dado de presente. Quarto, a dívida prescreveu e o juramento parece incerto.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. *Op. cit.*, p. 231. Por óbvio, não é possível que todas as alegações sejam verdadeiras, mas em decorrência da regra da eventualidade todas elas devem ser alegadas no mesmo momento. No mesmo sentido, Heitor Sica explica que “ao estabelecer uma única oportunidade para a alegação dos meios de ataque e de defesa, o legislador vê-se obrigado a tolerar a contrariedade entre uma determinada alegação e outra que a parte suscitou em caráter eventual. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 165

³⁶⁵ A despeito da regra mencionada, não se pode ignorar que há casos nos quais ainda que as questões sejam incontrovertidas não serão presumidas como verdadeiras e integrarão o *thema probandum*, como disciplina o art. 345, do CPC, sobre as hipóteses em que a revelia não opera o efeito de presunção de veracidade. Tais questões serão analisadas com maior profundidade no item 4.2.3. Limites às convenções sobre questões de fato.

³⁶⁶ É o que argumenta Eduardo Cambi: “A existência e/ou a eficácia dos fatos devem ser controvertidas, pois, sendo o processo um método instucional para a resolução de conflitos, somente interessa provar aquilo sobre o que se litiga. Se não há controvérsia a respeito do fato, a lei presume estarem as partes de acordo com a sua ocorrência, não sendo necessária a prova.” CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. *Op. cit.*, p.390.

³⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 229.

secundários é fundamental para a delimitação do objeto do processo e para organização da instrução probatória, na medida em que somente os fatos principais integram a causa de pedir.

Os fatos principais são aqueles que se relacionam com o suporte fático da norma jurídica que afirma o direito pretendido. São os fatos que constituem a causa de pedir e delimitam a pretensão da parte.³⁶⁸ No exemplo da reparação civil, examinando o art. 927, §1º do Código Civil, detrai-se que os elementos essenciais para o dever de reparar envolvem uma *atividade* capaz de *implicar* num *dano* aos direitos de outrem, pouco importando se a atividade foi realizada de modo culposo (*culpa lato sensu*). Portanto, ainda que autor e réu apresentem alegações controvertidas sobre a existência de uma conduta culposa, a discussão é irrelevante para o conhecimento do mérito da causa.

Os fatos secundários orbitam os fatos principais, mas não são essenciais para a definição do objeto do processo e não serão, ao menos inicialmente, objeto da atividade probatória. Contudo, podem assumir papel de relevância no processo na hipótese de o autor não conseguir realizar a prova direta dos fatos principais³⁶⁹, ocasião em que a prova dos fatos secundários prova indiretamente os fatos principais.³⁷⁰

Ao fato controverso e relevante, acrescenta-se o juízo da determinação, impondo que o fato seja devidamente identificado no tempo e no espaço. Uma vez que a afirmação de fato seja controvertida, relevante e determinada, constituirá o *thema probandum*.

Partindo dos aspectos essenciais para delimitação do *thema probandum*, a disponibilidade do direito de demandar e a imposição de uma regra de eventualidade, verifica-se que as partes possuem liberdade de iniciativa para a apresentação de fatos no processo, o que delimita a cognição judicial. Se no processo comum as partes podem, mesmo que unilateralmente, delimitar as questões de fato discutidas, seja em suas postulações iniciais, seja no decorrer do procedimento, modificando os juízos de controvérsia e relevância sobre os fatos, maior razão existe para que tais disposições ocorram de modo plurilateral, uma delimitação convencional das questões de fato.

Um dos grandes entraves da doutrina processual brasileira quanto às convenções processuais sobre questões de fato reside na impropriedade de tratar sob as mesmas premissas os fatos e as provas no processo. Considerando que os fatos controvertidos e relevantes para o julgamento da causa constituirão o objeto da instrução probatória, parte da doutrina compreende

³⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. *Op.cit.*, p. 162.

³⁶⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. *Op.cit.*, p. 163-164.

³⁷⁰ Destaque-se o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº. 702.739-PB, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e publicado em 02.10.2006.

que a modulação das questões de fato pelas partes implicaria na redução da atividade probatória e, especialmente, da limitação dos poderes instrutórios do juiz, o que é fortemente defendido por processualistas mais publicistas.³⁷¹

A despeito de existir uma relação entre os fatos e os meios probatórios, estes não se confundem. Como assevera Barbosa Moreira, os meios probatórios são “pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz”.³⁷² Os meios destinam-se à prova dos fatos controvertidos, relevantes e determinados no processo, às *questões* de fato. Por sua vez, as disposições das partes sobre as questões de fato, nos termos do art. 357, §2º, do CPC, estão inseridas num momento anterior, de fixação do *thema probandum*, não se confundindo com as possíveis disposições sobre os meios probatórios.³⁷³ Logo, a delimitação das questões de fato por convenção processual não impede a ampla atividade probatória, especialmente dos poderes instrutórios do juiz quando pertinente.

Por ser um instrumento processual disponível para a autogestão das narrativas fáticas pelas partes, a convenção processual sobre questões de fato relaciona-se, em certa medida, com a gestão factual admitida na hipótese de modificação objetiva da demanda, prevista no art. 329, II e parágrafo único do CPC/15.

Na modificação objetiva admite-se que o autor, ou o réu reconvinte, mesmo que em alguns casos condicionados à concordância da parte adversa, altere os fatos e fundamentos jurídicos da demanda, à semelhança do que ocorre nas convenções processuais.³⁷⁴ Uma

³⁷¹ Nesse sentido: Marcelo Bonizzi, filiando-se a uma concepção puramente publicista do processo diz que nem mesmo o juiz pode dispor desse poder, pois pertence à jurisdição e não ao magistrado. Sendo o processo instrumento público de solução de conflitos na jurisdição estatal, o compromisso é com a justiça, que deve ser perseguida a despeito da vontade das partes. BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. p. 25.

³⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Anotações sobre o título “Da prova” no Novo Código Civil. In *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 290.

³⁷³ A delimitação convencional dos meios probatórios têm sido alvo de grande discussão na doutrina brasileira, que em nada se confunde com a delimitação dos fatos por convenção das partes. Admite-se as convenções processuais sobre os meios probatórios com fundamento na cláusula geral de convencionalidade, art. 190, do CPC, de modo que se trata de uma convenção processual atípica, decorrente do exercício da autonomia das partes e do princípio dispositivo em sentido processual. Nesse sentido, veja-se: YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre convenções das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, p. 240-258, jan-abr/2018. JOBIM, Marco Félix, MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação dos meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, a. 11, v. 18, n. 1, p. 325-345, jan-abr/2017. GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *Op.cit.*, p. 577-586. DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos atípicos no CPC-15. *Op. cit.*, p. 27. Corroborando o entendimento o enunciado nº. 21, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.”

³⁷⁴ Tanto é verdade que Marco Antônio Rodrigues discutia, ainda sob a égide do CPC/73, se a convenção processual das partes poderia modificar a demanda e se os requisitos dos artigos 264 e 294, do CPC/73 seriam aplicáveis a tais acordos processuais. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. *Op. Cit.*, p. 196.

distinção necessária se localiza na manifestação da vontade: enquanto a modificação lastreada no art. 329 do CPC decorre de atos unilaterais das partes, de uma manifestação de vontade seguida de outra, as convenções processuais tratam de manifestações de vontade convergentes e simultâneas, que resultam no acordo das partes sobre a delimitação das questões fáticas objeto do desacordo que pretendem solucionar judicialmente.

4.2.1 Possibilidades das convenções processuais sobre questões de fato

A decisão de organização do processo delimita o objeto da cognição judicial para guiar o desenvolvimento da atividade processual dali em diante. Fixadas as questões de fato controvertidas, os sujeitos processuais restam orientados quanto aos rumos e objetivos da atividade probatória, bem como sobre os limites da futura decisão judicial. Assim, no que tange aos fatos discutidos no processo, aqueles que não passarem pelos filtros de controvérsia, relevância e determinação, em regra, nada têm a acrescentar à discussão processual, restando excluídos do *thema probandum*.

O CPC/15 manteve o tradicional sistema de rigidez procedimental dos diplomas anteriores quanto à delimitação das fases processuais, resguardando um sistema de preclusões que não permite que novos fatos, novos pedidos e novos sujeitos possam ser inseridos a qualquer momento em um processo pendente.³⁷⁵ Porém, previu exceções para que a rigidez do procedimento não se tornasse um instrumento de injustiça, capaz de elevar o formalismo sobre a necessidade de resolver definitivamente o mérito do litígio.³⁷⁶

Se de um lado, a concentração dos atos processuais, especialmente o aporte de questões factuais, representa uma garantia ao processo justo e adequado, protegendo-o de atitudes temerárias das partes que podem ocultar ou obstaculizar o conhecimento dos fatos e a resolução jurídica da causa, *de outro*, a garantia de estabilidade pode se transformar em verdadeiro obstáculo à efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que frequentemente se

³⁷⁵ THEODORO JR., Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 244, p. 195-204, jun/2015.

³⁷⁶ Segundo Leonardo Greco, em que pese os benefícios que uma decisão de saneamento e organização possa trazer no sentido de produzir segurança e previsibilidade quanto às etapas processuais subsequentes e as consequências que delas poderão advir, o processo civil contemporâneo não se coaduna com um sistema preclusivo rígido, separado em fases estanques. As partes podem ter deixado de alegar fatos essenciais ao julgamento do mérito ou o juiz pode não ter observado um aspecto relevante, situações que admitiriam a flexibilização da estabilidade, desde que devidamente fundamentada. GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. *Op. cit.*, p. 428.

mostra impossível apresentar de maneira compreensiva, no início do processo, todos os aspectos controversos e relevantes do caso.³⁷⁷

Ao que parece, impor limites à liberdade das partes de suscitar questões de fato a qualquer momento processual objetiva conferir maior dinamismo ao procedimento, na medida em que a ampla liberdade para modificações de questões de fato no processo, com conseqüente alteração do objeto da atividade cognitiva, terminaria por tumultuar o processo e prolongar a sua duração, comprometendo a efetividade da tutela jurisdicional, especialmente diante da regra do art. 4º, do CPC/15. Além disso, as restrições temporais às modificações das questões de fato no processo estariam direcionadas a consolidar as situações jurídicas e conferir segurança jurídica, proporcionando previsibilidade e proteção a confiança legítima dos sujeitos processuais.

No entanto, num sistema processual civil que visa à flexibilização e adequação processual não é possível a defesa absoluta de um marco preclusivo rígido para estabilização demanda, é necessário encontrar um meio termo entre o desenvolvimento do processo com respeito às garantias fundamentais do processo justo e a compreensão do dinamismo das relações estabelecidas entre as partes.³⁷⁸

Essa necessidade se manifesta de modo claro quando voltamos aos objetivos da atividade jurisdicional, da tutela adequada dos direitos, pois somos levados a questionar se a relativização da estabilização da demanda, com a possibilidade da alteração das questões factuais principais, não é o caminho mais eficaz para a solução da crise de direito material discutida judicialmente.³⁷⁹ Em alguns casos, por exemplo, a quebra da unidade da instrução, com a realização de novas provas, pode ser o caminho mais adequado para o máximo aproveitamento do procedimento até a solução definitiva buscada pelas partes.

Embora a limitação implique no risco de exclusão de alegações e pleitos omitidos sem culpa pela parte, trata-se uma escolha de política judiciária que tenta excluir gargalos de excessiva demora do processo. Diante disso, usaremos os parâmetros legais, doutrinários e jurisprudenciais utilizados para modificação objetiva da demanda como vetor para o entendimento das possibilidades de convenções processuais sobre as questões de fato.

³⁷⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. *Op. cit.*, p. 232.

³⁷⁸ A esse respeito, interessante notar que sob a vigência do CPC/73 diversos processualistas brasileiros defendiam que a atenuação da regra eventualidade poderia ser realizada pelo juiz, desde que em decisão motivada, demonstrando a inexistência de risco de atraso significativo ao curso do processo, sem, contudo, reconhecer a mesma prerrogativa às partes. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op. cit.*, p. 177.

³⁷⁹ ROQUE, André Vasconcelos. A estabilização da demanda no novo CPC: uma oportunidade perdida? In *Coleção Novo CPC – Doutrina selecionada*. v. 2. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 306.

4.2.1.1 O juízo de relevância convencional

Primeiramente, há que se perceber que assim como a modificação objetiva da demanda é possível para ampliar ou restringir o objeto da demanda, a convenção processual do art. 357, §2º, do CPC também o é.³⁸⁰

Considerando o juízo de relevância sobre as narrativas fáticas, notadamente a diferenciação entre fatos essenciais e secundários, defendemos que as partes podem utilizar a convenção processual para fixar como controvertidos fatos que seriam considerados pelo juiz como secundários, mas que pretendem ver definitivamente conhecidos no processo, o que também representa um incremento na cognição judicial. Pensamos que esta pode ser uma estratégia das partes para substituir o juízo de relevância elaborado pelo juiz, pelo juízo das próprias partes quanto à essencialidade dos fatos apresentados.

É que a análise da relevância fática pelo juiz encontra-se atrelada à noção de utilidade da investigação do fato para a solução do conflito de interesses deduzido no processo. Fatos pertinentes, que guardam relação com a discussão processual, mas que estão fora do escopo da norma que o juiz pretende aplicar, estão fora do seu objeto de conhecimento. Isto porque, no juízo de relevância, o juiz realiza uma valoração antecipada e hipotética das consequências jurídicas que derivariam dos fatos alegados, caso viessem a ser provados.³⁸¹

A convenção processual sobre as questões de fato é capaz de substituir essa antecipação cognitiva do juiz pela compreensão daquilo que as partes realmente têm interesse em ver conhecido e decidido no processo. Trata-se de um *juízo de relevância convencional*, de iniciativa exclusiva das partes.

Ao tornar relevantes fatos que seriam secundários ao objeto da discussão, as partes assumem o protagonismo e a gestão do tratamento das questões de fato no processo, o que podem fazer por diversas motivações. À semelhança do que ocorre na ação autônoma de produção antecipada de prova sem o requisito de urgência (art. 381, II e III, do CPC)³⁸², os fatos

³⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Op.cit.*, p. 189.

³⁸¹ “O juízo de relevância é uma antecipação do juízo de mérito, procurando estabelecer um nexo de causa e efeito entre os fatos alegados e as consequências jurídicas pretendidas pelas partes.” CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Op. cit.*, p. 266.

³⁸² Como há muito defendia o professor, Flávio Luiz Yarshell, a produção de prova autônoma fora dos casos de urgência é fundamentada na ideia de que “a instrução pode e deve ser vista não apenas como um conjunto de meios voltados a preparar o julgamento estatal, mas como forma de esclarecimento e convencimento das partes.” In *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 306. Logo, nessa importante inovação legislativa do sistema processual brasileiro, a prova não se destina exclusivamente ao juiz. “A prova presta-se, igualmente, à formação do convencimento das partes quanto às chances de sucesso ou insucesso em uma eventual demanda, ou mesmo para viabilizar a solução extrajudicial de

secundários tornados relevantes pelas partes não se destinam ao convencimento do juiz para o julgamento da causa, mas ao interesse das partes em melhor elaborar sua própria controvérsia, que pretendem se certificar a respeito da ocorrência efetiva de determinados fatos como estratégia processual para viabilizar um acordo dentro do processo ou ainda para resguardar e prevenir de demandas futuras de bases factuais diversas, mas com os mesmos pedidos.³⁸³

Por ser a convenção processual um acordo sobre o desacordo, as partes devem se valer de todos os elementos necessários para imprimir previsibilidade aos seus pactos e as eventuais discussões judiciais deles decorrentes. Assim, considerando que o direito brasileiro se filiou a teoria da substanciação da causa de pedir³⁸⁴, a identificação da demanda ocorre a partir dos fatos que constituem o direito alegado pelas partes, de modo que, alterando-se os fatos é alterada a causa de pedir, o que possibilita que outras demandas sejam propostas com os mesmos objetivos e pedidos.³⁸⁵

Desse modo, ainda que a ampliação da cognição judicial pelo juízo de relevância convencional implique em dilação do curso processual, ao tornar essenciais fatos que seriam tratados como secundários, a estratégia se coaduna perfeitamente aos objetivos da jurisdição contemporânea de garantir maior efetividade à tutela dos direitos e de preservar o interesse das partes, na medida em que o possível aumento dos custos processuais são compensados pela eliminação prévia de demanda ulterior.³⁸⁶ Conferir às partes essa flexibilidade promove maior economia processual e eficiência da tutela jurisdicional, funcionando como um verdadeiro mecanismo de inibição da litigiosidade e de segurança jurídica para os convenientes.

No campo dos fatos novos e supervenientes, também verificamos uma possibilidade de ampliação do objeto da cognição pela via convencional, a representar um *plus* à qualidade

conflitos.” CALDAS, Antonio; JOBIM, Marco Felix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In *Grandes temas do Novo CPC: Direito probatório*. v. 5. Coord. Fredie Didier Jr. [et. al.] 3ª ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 689. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 142.

³⁸³ Mais uma vez vale destacar que o fato tornado relevante por convenção processual admite ampla investigação probatória pelas partes e pelo juiz, pois as convenções processuais sobre os fatos não se confundem com as convenções processuais sobre os meios de prova. Utilizamos da analogia à produção autônoma de prova pelos objetivos do instituto e pelos seus efeitos para o sistema jurisdicional.

³⁸⁴ Para ampla discussão sobre o tema: Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. *Op.cit.*, p. 153-158.

³⁸⁵ Por ocasião da banca de defesa da presente dissertação, foi questionado se seria possível celebrar a convenção processual para afastar a aplicação da teoria da substanciação e afirmar a teoria da individuação, com a finalidade de que novas demandas não fossem propostas com base factuais diversas. Entendemos que não é exatamente esse o caso. Contudo, o juízo de relevância convencional é capaz de incluir no processo fatos secundários, para ampliar a causa de pedir, e, logicamente, a cognição judicial, de acordo com o interesse das partes, tornando-se verdadeira estratégia para prevenir demandas ulteriores relacionada à mesma relação jurídica.

³⁸⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. *Op.cit.*, p. 190.

da tutela jurisdicional, por viabilizar o conhecimento e a pacificação de uma controvérsia até então represada.

Os fatos novos diferem-se dos fatos supervenientes pelo momento de sua ocorrência em relação ao processo.³⁸⁷ Em suma, os fatos novos já existiam quando da propositura da ação pelo autor e da apresentação da defesa pelo réu, mas não foram alegados por desconhecimento ou por serem julgados como irrelevantes à solução da controvérsia, ao passo que os fatos supervenientes têm sua ocorrência verificada após as postulações das partes. A sistemática para inclusão e conhecimento de fatos novos e supervenientes no procedimento comum é diferente.

Os fatos novos podem ser conhecidos, mesmo depois de prolatada a decisão de organização do processo, desde que observado o contraditório e a possibilidade de defesa da parte prejudicada pelo fato. Já os fatos supervenientes capazes de influir no julgamento do mérito, logo, constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, podem ser conhecidos até a decisão, desde que suficientemente provados no processo, como preceitua o art. 493, do CPC.

A abertura legal para a inserção de fatos novos e supervenientes no processo, reforça o argumento de que é possível a convenção processual para ampliar o objeto da cognição pela inserção de fatos novos que as partes pretendem ver solucionados no processo. Uma vez que a modificação objetiva será realizada em conjunto pelas partes, devem fazê-lo com vistas ao efetivo exercício do contraditório por ambas, considerando os riscos e benefícios do acordo processual, todavia, o juiz ainda resguardará os mecanismos de controle de validade da convenção processual.

Como já dito, especialmente para os casos em que a causa de pedir é dinâmica e plurifactual, em que os fatos novos poderiam ser tratados em demanda autônoma, com maior propriedade se justifica a proposta de convenção das partes.³⁸⁸ Além disso, a inserção de novos fatos ao objeto da cognição judicial pode proporcionar uma melhor compreensão dos fatos já narrados, ao adicionar elementos que melhor posicionem a discussão histórica e socialmente, o que representa um incremento para o conhecimento e formação do convencimento do julgado.³⁸⁹

³⁸⁷ Sobre a distinção temporal entre fatos novos e supervenientes: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Op. Cit.*, p. 295. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil. Op.cit.*, p. 165.

³⁸⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil. Op.cit.*, p. 191.

³⁸⁹ “Ao permitir que as partes se manifestem acerca de todos os elementos relevantes para a atividade cognitiva, isso legitima uma alteração da causa de pedir e/ou pedido, mesmo com sua ampliação, pois esses sujeitos poderão se manifestar e influenciar de todos os meios que entendam pertinentes a solução daquela ação, com sua nova configuração.” RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Op. Cit.*, p. 169.

Quanto aos fatos supervenientes, verificamos ser plenamente possível a convenção processual para ampliação e, até mesmo, redução do objeto da cognição, até o momento de prolação da sentença.

É que a hipótese do art. 493, parágrafo único, do CPC apresenta nova possibilidade de modificação do suporte fático do processo no momento da sentença, modificação esta que poderá ser exercida pelo juiz, com a cooperação das partes, ou por requerimento destas, consagrando a máxima de que “a decisão deve refletir o estado de fato e de direito existente no momento do julgamento da demanda, e não aquele que existia quando da sua propositura.”³⁹⁰

No que diz respeito à modificação operada pelo juiz, entendemos que só é possível nos casos de concordância das partes, pois não faz sentido que exista um “princípio da demanda parcial”³⁹¹, válido apenas para os fatos ocorridos antes do processo. O princípio dispositivo em sentido material é preservado no *iter* processual, razão pela qual o juiz não está autorizado a incluir no processo fatos que alterem a causa de pedir, sem a concordância expressa das partes.³⁹²

A não concordância das partes não implica em redução das prerrogativas do juiz, intenção que não venceria os requisitos mínimos de validade para o controle da convenção processual, expressa tão somente a capacidade das partes de organizar o processo e delimitar a cognição judicial aos fatos que guardem relação íntima com seu interesse atual. Assim, embora fosse inválida a convenção processual que, sumariamente, pretendesse excluir do juiz a prerrogativa de conhecer fatos supervenientes no processo, é possível que, depois de provocadas pelo juiz sobre os fatos supervenientes que deseja inserir no processo, as partes podem discordar da inserção e optar por convencionar a sua exclusão do objeto da cognição

Em respeito ao contraditório participativo, a lei determina que a modificação objetiva da demanda só poderá ser realizada após a implementação do debate com as partes. Logo, tanto para os casos de atuação oficiosa do juiz, como para os casos de provocação por uma das partes, mas com outros sujeitos envolvidos na relação processual, o debate entre os sujeitos deve ser estimulado, a partir do qual poderá ser produzida convenção processual sobre as questões de fato, incluindo ou excluindo fatos à cognição judicial.

³⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Comentários ao art. 493, do CPC. In *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 822. Em sentido idêntico, Tucci defende que o direito de ação e defesa expressa a garantia legal de ser ouvido durante todo o procedimento. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. *Op.cit.*, p. 185.

³⁹¹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual*. *Op. cit.*, p. 280.

³⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. *Op. cit.*, p. 452.

4.2.1.2. O juízo de incontrovérsia convencional

A redução do objeto da cognição por meio da convenção processual reduz as questões de fato em discussão, criando verdadeira *incontrovérsia convencional*,³⁹³ na medida em que os fatos incontrovertidos são excluídos do *thema probandum*, e no caso dos fatos supervenientes, do *thema decidendum*.

Aqui não estamos falando sobre fatos que foram alegados por uma parte e confessado pela outra ou ainda da presunção de veracidade decorrente da revelia. Focamos na incontrovérsia pelo seu efeito organizador sobre a atividade instrutória seguinte. Fatos incontrovertidos estão excluídos da atividade probatória, de modo que a convenção processual que reduz o objeto da cognição sobre determinado fato, impede a instrução probatória sobre este fato.

A redução do conjunto fático processual representa a escolha das partes sobre a forma mais adequada para a defesa de seus interesses em juízo.³⁹⁴ Como exemplo, vejamos um caso de relação *business-to-business*, na qual partes sofisticadas, bem representadas tecnicamente, que já possuem a expertise necessária para a celebração de acordos e conhecem o mercado em que atuam podem pactuar para não tornar públicas grandes questões estratégicas, a exemplo de um segredo industrial, e convenicionar para excluir específicas questões de fato de uma futura ou atual discussão judicial.³⁹⁵

Destaque-se que retirar alguns fatos do objeto da discussão via convenção processual não significa reconhecimento, renúncia, ou qualquer outro ato de abdicação total ou parcial do direito material³⁹⁶, expressa, tão somente, uma modificação almejada pelas partes na busca de sua tutela processual, resultado de sua gestão sobre o processo.

Outra possibilidade é que as convenções processuais tratem de fatos notórios que, por força de lei, independem de prova (art. 374, I, do CPC). Os fatos notórios compõem o

³⁹³ O termo se inspira na “incontrovérsia consensual sobre a ocorrência ou inoccorrência do fato”, cunhado por DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 61.

³⁹⁴ Em sentido contrário, Eduardo Talamini afirma que as convenções processuais sobre o objeto da cognição constituem negócios de direito material, na medida em que “há a alteração do próprio resultado jurídico substancial – e não do mero modo de solução do conflito. Por isso, o próprio direito material precisa ser disponível.” TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu*. *Op. cit.*, p. 15.

³⁹⁵ No mesmo sentido, VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil*. *Op. cit.*, p. 124.

³⁹⁶ “Em princípio, a convenção que modifica objetivamente a ação não esbarra no critério de impossibilidade de disposição sobre direitos indisponíveis, salvo se os sujeitos avençarem expressamente alguma disposição sobre tal tipo de direito.” RODIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. *Op. Cit.*, p. 196.

substrato fático da causa e devem ser levados em consideração pelo magistrado no momento de proferir a sua decisão. São fatos sobre os quais o juiz exerce atividade cognitiva e, por isso, podem ser objeto de convenção processual.³⁹⁷

No entanto, há que se reconhecer a relatividade dos fatos notórios, uma vez que a notoriedade é, em si, um fato afirmado no processo³⁹⁸. Diante da necessidade da análise contextualizada dos fatos, que contempla a situação temporal e espacial de sua ocorrência, o que é considerado notório para uma comunidade pode ser absolutamente ignorado por outra. Logo, possibilitar a convenção processual sobre fatos notórios não contraria as garantias epistemológicas da busca racional da verdade no processo ou leva o juízo cognitivo a considerações contraditórias e absurdas, mas melhor posicionam e delimitam os fatos a serem conhecidos.

Nesse sentido, pode-se imaginar que, em decorrência de uma relação contratual, as partes pactuem para afastar a notoriedade de um feriado nacional e fazer com que as obrigações acordadas a termo, cujo prazo fatal recaia no feriado, sejam automaticamente antecipadas, sob pena de constituição do devedor em mora, ainda que não consiga realizar a operação bancária no prazo acordado em razão da suspensão do expediente.

No tocante aos fatos em cujo favor milita presunção legal de existência é necessário muito mais que essas breves linhas para a compreensão adequada do tema. As presunções legais são normas jurídicas que impõe que se leve em consideração a ocorrência de determinado fato. Destarte, a convenção que pretende tratar um fato de modo diverso do que seria concebido por força de uma presunção legal, absoluta ou relativa, não é uma convenção sobre questão de fato, mas uma convenção sobre presunção³⁹⁹ e, logo, sobre matéria probatória.

Ainda que não seja possível convencionar sobre a presunção legal, é possível excluir o fato, sobre o qual recairia a presunção, do objeto da cognição. A presunção não será

³⁹⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 656-658.

³⁹⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 60.

³⁹⁹ Acerca do tema, destaque-se o trabalho de Lara Dourado Mapurunga Pereira, no qual a autora trata especificamente da possibilidade de criação de presunções a partir da norma convencional e da derrogação de presunções já existentes em razão do autorregramento da vontade das partes. Sem dúvidas, não se trata de uma convenção sobre os fatos, mas sobre a prova, tangenciando a discussão ora proposta. Dizendo sobre as presunções legais absolutas: “Se o ordenamento jurídico não autoriza o afastamento de tal presunção em razão da atividade probatória das partes, permitida de forma plena em razão do princípio da ampla defesa, também não poderá haver a derrogação em virtude de uma convenção. E uma questão lógica: quem não pode o menos (efetivamente provar, por todos os meios admitidos legalmente, que o fato ocorreu/não ocorreu), não pode o mais (banir a própria presunção).” PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 154.

aplicada tão somente porque os fatos que regula não existem nos autos. Retoma-se o brocardo, *Quod non est in actis non est in mundo*.

4.2.2 Limites específicos das convenções processuais sobre questões de fato

Como toda e qualquer convenção processual, as que versarem sobre questões de fato também estarão sujeitas ao controle do juiz que as examinará sob filtro da existência e validade já anteriormente, abstendo-se de qualquer juízo de conveniência e oportunidade. Uma vez que o princípio dispositivo em sentido material concede às partes ampla liberdade demandar, as modificações processuais pretendidas pelas partes devem ser, à primeira vista, absolutamente admitidas.

Todavia, há alguns requisitos que devem ser observados para que a autonomia da vontade não prevaleça sobre as demais garantias do devido processo legal. O principal conflito entre as convenções processuais sobre as questões de fato e as garantias do processo reside nas possibilidades de modificação da demanda por acordo, especialmente quando já operada a estabilização legal prevista no art. 329, II, do CPC. Nesse interim, resta saber se a estabilização da demanda após a decisão de organização processual é um marco preclusivo rígido, capaz de limitar o conhecimento de convenções processuais que alterem a base factual da demanda.

A despeito de algumas possibilidades de flexibilização, o Código Processual Civil institui como marco final para tal alteração objetiva da demanda, o momento vértice de saneamento e organização do processo, restando a demanda estabilizada a partir de então.⁴⁰⁰ O momento de organização processual previsto no art. 357, do CPC seria, então, o limite para as modificações objetivas da demanda feita pelas partes de modo unilateral, como previsto no art. 329, ou ainda de modo consensual, por meio da convenção do art. 357, §2º, do CPC.

Com efeito, a estabilização da demanda e a preclusão para alterações fáticas fundamentam-se na busca processual por celeridade e segurança jurídica⁴⁰¹, representando o compromisso com a boa-fé no processo, ao impedir que os sujeitos processuais reservem seus melhores argumentos para momento posterior no processo e esvaziem o debate.⁴⁰² A instituição

⁴⁰⁰ GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. *Op. cit.*, p. 428.

⁴⁰¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. *Op.cit.*, p. 191.

⁴⁰² Nesse sentido, André Roque inclui dentre as vantagens de um sistema rígido de estabilização da demanda, que não permite modificações objetivas após a decisão de organização, o fato de que “garante a duração razoável do processo, impedindo a eternização de demandas judiciais mediante sucessivas alterações do objeto litigioso; impede manobras dilatórias e preserva a boa-fé processual e a lealdade entre as partes, exigindo que apresentem, de uma só vez, todos os argumentos que possam deduzir, impedindo que as partes guardem “cartas na manga” para as fases processuais posteriores com o objetivo de surpreender o adversário ou mesmo que possam buscar modificar os fatos alegados ou os pedidos, a partir do momento em que vislumbrarem, diante das provas já

do regime preclusivo torna desnecessária a investigação sobre boa ou má-fé da parte na medida em que simplesmente se inadmite o ato processual precluso.⁴⁰³

No entanto, é verdade que o processo civil brasileiro permite diversas flexibilizações com o objetivo de melhorar a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, a partir da adequação dos instrumentos processuais à realidade do direito discutido e ao interesse das partes, por exemplo ao espelhar a regra do art. 462, do CPC/73, no art. 493, do CPC/15.

Ainda sob a égide do CPC/73 já se discutia possibilidades de modificação objetiva da demanda depois da decisão de saneamento e organização do processo, principalmente no tocante a adição de fatos supervenientes, verdadeira exceção à regra da estabilização da demanda.⁴⁰⁴ Em análise profunda do tema, Cruz e Tucci defendia a necessidade de que os fatos supervenientes fossem conexos à causa de pedir, para que a modificação por eles operada não configurasse uma demanda diversa. Contudo, o processualista paulista compreendia a necessidade de se analisar a superveniência de fatos constitutivos⁴⁰⁵ e extintivos⁴⁰⁶ do direito, para que a tutela jurisdicional fosse capaz de entregar às partes uma solução fiel a controvérsia existente no momento do julgamento. Eventuais modificações, ainda que alterassem a causa de pedir, seriam possíveis nos termos do art. 462, do CPC/73.

Diante disso, acreditamos que a estabilização da demanda após a decisão de saneamento e organização do processo não é um obstáculo intransponível para a celebração de convenções processuais sobre questões de fato em momentos posteriores. Não faz sentido a manutenção de um marco preclusivo rígido para alteração da causa de pedir, quando a recusa à modificação da demanda será incapaz de resolver a crise de direito existente entre as partes.

Ainda que a modificação da base factual da demanda comporte na ampliação ou redução do objeto da cognição, levando à quebra da unidade da instrução probatória, a repetição de provas ou tornando inútil o resultado de provas já realizadas (caso fatos provados fossem considerados incontroversos convencionalmente), é necessário enfrentar a realidade do direito pleiteado pelas partes, especialmente porque suas insatisfações poderão ser alvo de novas demandas, gerando ainda mais custos processuais e sobrecarregando os tribunais brasileiros

produzidas, provável decisão contrária a seus interesses.” ROQUE, André Vasconcelos. A estabilização da demanda no novo CPC: uma oportunidade perdida? *Op. cit.*, p. 301.

⁴⁰³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil. Op. cit.*, p. 312.

⁴⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil. Op.cit.*, p. 203.

⁴⁰⁵ Por exemplo, a complementação, no decorrer do processo, do prazo legal para a separação judicial, quando ainda havia o requisito temporal, ou, ainda, a expedição, no curso do processo, do registro do imóvel objeto da ação reivindicatória. Em ambos os casos a base factual é profundamente alterada, mudando o resultado do julgamento do processo, mas é otimizada a prestação da tutela jurisdicional. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil. Op.cit.*, p. 204.

⁴⁰⁶ Por exemplo, quando o autor perde o interesse processual na pendência da ação, ocasionando a inutilidade superveniente da lide. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil. Op.cit.*, p. 206.

com demandas que já poderiam ter sido resolvidas por um sistema procedimental mais flexível. Caberá ao juiz, no caso concreto, verificar a validade da convenção processual sobre a questão de fato.⁴⁰⁷

De fato, se as modificações objetivas implicarem na imposição de ônus excessivos à atividade jurisdicional, criando verdadeiros entraves à duração razoável do processo e à boa administração da justiça, levantando suspeitas sobre a boa-fé dos convenentes, é possível que o juiz lhes recuse validade. Para os demais casos, especialmente naqueles em que as convenções processuais são antecedentes à judicialização do conflito, os juízos de relevância e controvérsia estabelecidos pelas partes devem ser respeitados. A segurança jurídica pretendida pela estabilização da demanda é uma garantia das partes, de modo que não faz sentido que sejam proibidas de dispor de sua garantia em benefício de outro interesse que desejam proteger.⁴⁰⁸

No entanto, para além das partes, terceiros também podem ser afetados pelo resultado do julgamento do processo, de modo que devem ter condições de conhecer o mérito do processo e prospectar, com um mínimo de previsibilidade, as possíveis decisões sobre a causa discutida. Por isso, é fundamental o controle de validade pelo juiz das convenções processuais sobre questões de fato ocorridas depois do momento de estabilização da demanda, para atestar a boa-fé dos convenentes e os ônus gerados aos terceiros e ao desenvolvimento da atividade jurisdicionando, buscando-se, sempre que possível, a máxima publicização e debate entre os sujeitos processuais.

4.3 Convenções processuais sobre as questões de direito

As convenções processuais sobre as questões de direito, admissíveis com fundamento no art. 357, §2º, do CPC⁴⁰⁹, são, de fato, a principal inovação sobre a organização do processo civil brasileiro, pois evidencia a superação da tradicional compreensão do brocardo

⁴⁰⁷ No mesmo sentido, veja-se: “Não se nega importância à estabilidade do processo. Sucede que o rigor preclusivo do dispositivo não pode ser levado às últimas consequências: não há, em tese, qualquer prejuízo a uma alteração objetiva do processo com a concordância das partes, até mesmo após o saneamento. Se existir, o prejuízo deverá ser verificado *in concreto* e não presumido pelo legislador.” DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1, *Op. cit.* p. 588

⁴⁰⁸ Nesse sentido, DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. *Op. cit.*, p. 577. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual*. *Op. cit.*, p. 180.

⁴⁰⁹ Em sentido diverso, destaque-se o trabalho de Rodrigo Bley Santos, fruto de sua dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Em suma, o autor defende que a escolha do direito aplicável pelas partes não se encontra na esfera de disposição do art. 357, §2º, do CPC, mas é possível como convenção processual atípica, a partir da cláusula geral de convencionalidade do art. 190, do CPC. SANTOS, Rodrigo Bley. *Convenção processual sobre norma aplicável ao mérito*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2020.

iura novit curia, segundo o qual o juiz é o responsável absoluto pela qualificação jurídica dos fatos, o que lhe permite requalificar juridicamente os fatos apresentados pelas partes como controvertidos⁴¹⁰, desde que observado o contraditório⁴¹¹, e de interpretar, com exclusividade, as normas jurídicas aplicáveis ao caso.

De fato, a matriz publicista do processo civil brasileiro influenciou na compreensão do *iura novit curia* como uma prerrogativa de liberdade do juiz, fazendo crer que o juiz teria melhores condições de escolher a norma aplicável e corrigir possíveis erros cometidos pelas partes, evitando-se prejuízos ao direito fundamental de acesso à justiça.⁴¹² Como vimos anteriormente, trata-se de uma concepção paternalista que vulnerabiliza as partes e desconhece sua liberdade para o autorregramento da vontade no processo, além de desprezar o processo de conhecimento e construção hermenêutica para definição das normas aplicáveis.⁴¹³

Afirmar que as partes podem delimitar as questões de direito não se resume em assegurar o exercício do contraditório na tipificação jurígena dos fatos.

Para além do dever imposto ao juiz de consultar as partes sobre eventual modificação dos fundamentos legais ou dos fundamentos jurídicos expressamente apontados pelas partes, a convenção processual sobre questão de direito reflete o exercício do princípio dispositivo no sentido processual e resguarda a autonomia das partes para definir as questões de direito essenciais ao julgamento do mérito do processo.

A aplicação do direito é tarefa pertencente ao julgador, que examina o conjunto de provas produzidas no processo e fundamentadamente prolata a sua decisão, no entanto, a atividade interpretativa é compartilhada e pode ser exercida pelo juiz, assegurada a participação das partes, em respeito ao contraditório e à boa-fé, ou pode ser exercida pelas partes, que no exercício da autonomia da vontade irão definir as questões de direito que deverão orientar a atividade julgadora.

⁴¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. A liberdade do juiz e o problema da requalificação jurídica da demanda. *Revista brasileira da advocacia*, v. 2, jul-set/2016. *A causa petendi no processo civil*. Op. cit., p. 208. Afirma ser de todo irrelevante a indicação do fundamento legal da demanda, bem como seu respectivo *nomen iuris*, pois “o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que entender pertinente.”

⁴¹¹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Op. Cit., p. 311.

⁴¹² A esse respeito, Marco Antonio Rodrigues afirmava que “em litígios no sistema processual brasileiro, considerando as garantias fundamentais do processo, não é possível que as partes escolham quais normas pretendem sejam aplicadas para a solução da controvérsia, pois isso representaria colocar em risco o escopo social da jurisdição de pacificação social com justiça, bem como o escopo jurídico de atuação correta da vontade do ordenamento jurídico, o que, em última análise, causaria prejuízo ao direito fundamental de acesso à justiça.” RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Op. Cit., p. 313.

⁴¹³ Veja-se as premissas trabalhadas no capítulo 3.

Com efeito, as convenções processuais sobre questões de direito se apresentam como uma metanorma, que indica ao juiz quais as normas, materiais e processuais, devem ser aplicadas no caso concreto. Isto porque, “delimitar consensualmente as questões de direito relevantes para a decisão do mérito” significa, em outras palavras, indicar a norma que deverá ser aplicada, não somente quanto ao fundamento legal, mas especialmente quanto a interpretação a ser adotada.

Até mesmo para os casos em que exista somente uma possibilidade jurídica institucionalizada para a solução do problema jurídico são possíveis diferentes decisões, pois as pré-compreensões do aplicador influenciam no processo hermenêutico, conduzindo a interpretações diferentes do mesmo direito.⁴¹⁴ Na maioria das vezes, existe um espaço de discricionariedade ao intérprete da lei para criar e regular o direito no caso concreto, embora não se confunda com arbitrariedade, pois as decisões judiciais devem estar acompanhada dos argumentos racionais que justificam a escolha.⁴¹⁵

Embora a definição das questões de direito pelas partes encontre resistência no direito processual civil brasileiro⁴¹⁶, alguns ordenamentos jurídicos, como o francês e o estadunidense, há muito convivem com a definição das questões de direito pelas partes, experiência que também é compartilhada nos contratos internacionais e na arbitragem. É certo que os fundamentos que possibilitam a definição do direito pelas partes são diferentes em cada um desses casos, porém o ponto de contato evidente entre eles é o reconhecimento da autonomia privada das partes para gerenciarem as relações processuais.

Desse modo, verificamos a necessidade de, ao menos em linhas gerais, pontuar as experiências estrangeiras e nacionais para escolha das partes no campo da definição do direito aplicável. Pontue-se, como recorte metodológico necessário, que não há o objetivo de esgotar o tema, antes o contrário, pretende-se introduzir o assunto e promover o debate para melhor construção das ideias aqui apresentadas. Vejamos.

⁴¹⁴ Toma-se como exemplo o caso da ZPO alemã, que vigeu ao mesmo tempo na Alemanha Oriental e na Alemanha Ocidental, embora as duas nações vivenciassem formas de Estado e Governo completamente distintas. PIMENTEL, Alexandre Freire; GOUVEIA, Lúcio Grassi. *Lógica, cognição e hermenêutica processual. In Diálogos de Teoria do Direito e Processo*. Coord. SOUZA JR, Antonio Carlos de [et. al.]. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 19.

⁴¹⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20.

⁴¹⁶ Conforme demonstrado na apresentação do estado da arte do tema no item 2.2.3 deste trabalho.

4.3.1 A experiência francesa

No direito estrangeiro, desde meados da década de 80, o tema dos acordos processuais tem florescido na experiência francesa, motivado por uma movimentação jurisprudencial contra os obstáculos da rigidez procedimental e insuficiência dos instrumentos de adaptação processual existentes.⁴¹⁷ O fato de a Constituição da França não prever reserva de lei para a regulação do direito processual civil favoreceu uma maior deferência às convenções processuais, com vistas a proporcionar às partes de um processo individual um instrumento flexível e funcionalmente direcionado à gestão eficaz do processo, os chamados *contrat de procédure*.⁴¹⁸

A expressão *contrat de procédure* recebeu acepções diversas ao longo dos anos, porém com o vínculo de se referirem a mecanismos semelhantes, para designar os casos de disciplina do procedimento pelas partes, com maior ou menor interferência dos tribunais franceses e com o escopo de conferir agilidade e qualidade ao rito desenvolvido.⁴¹⁹ De fato, os acordos processuais concedem às partes e aos seus advogados autonomia para adequar o procedimento às necessidades do caso concreto e, muito embora não tenham sido sempre teorizadas sob este título, práticas de alteração procedimental são há muito conhecidas pelo direito processual francês.⁴²⁰

O desenvolvimento dos acordos processuais no direito francês é marcado, basicamente, por três grandes momentos: (i) o surgimento dos chamados *protocolos de procedimentos*, firmados entre os tribunais e os órgãos de classe dos advogados, no intuito de adaptar as regras do processo às peculiaridades locais, inclusive com a possibilidade de fixação de um calendário processual para regulação da fase instrutória e outros atos processuais⁴²¹; (ii) a informatização do processo, que levou ao surgimento de convenções entre os tribunais e entidades de advogados para disciplinar a informatização do processo civil, e (iii) a utilização

⁴¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 129-130.

⁴¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 135.

⁴¹⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *Negócios processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 369-376.

⁴²⁰ Loïc Cadiet ensina que existe no processo uma tradição contratualista muito antiga, decorrente da *litis contestatio* do direito romano, assim como das práticas de conciliação, transação e composição presentes no direito francês desde a Idade Média. Observa que desde a década de 60 existe no direito francês um movimento em torno das adequações procedimentais pelas partes, como resposta ao declínio do centralismo do Estado e, consequentemente, do legalismo. CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, v. 160, n. 348, p. 61-82, 2008.

⁴²¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 131. No mesmo sentido, ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo*. *Op. cit.*, p. 41-42.

dos acordos processuais no âmbito dos processos individuais, especialmente a partir da promulgado do Decreto nº. 1.678, que instituiu o *Code de Procédure Civile* francês e introduziu novas possibilidades de convenções processuais.⁴²²

Impende destacar que muitas das hipóteses tratadas pelo direito francês como convenção processual não são fruto do exercício da autonomia da vontade das partes e da capacidade de autorregramento reconhecida pelo princípio da liberdade contratual, razão pela qual são criticadas pela doutrina.⁴²³ De fato, somente a partir do código francês de 2005 é que verdadeiras hipóteses de convenção processual surgiram, as chamadas as *clauses de différend*.⁴²⁴

As cláusulas de discrepância consistem em importante mecanismo de previsibilidade, segurança jurídica e de preservação de interesses particulares das partes para as hipóteses de eventual descumprimento das obrigações assumidas por algum dos contratantes. As partes não estão condenadas a esperar o surgimento de uma disputa para se preocuparem com as possibilidades de resolvê-la, ao contrário, é um exercício de sabedoria contratual especificar cláusulas relativas a um possível contencioso entre as partes.⁴²⁵ A harmonia existente no momento da contratação permite a regulação de possíveis cenários de discrepância com maior serenidade, regulem possíveis cenários de discrepância com maior serenidade, viabilizando a realização de *um acordo sobre o desacordo*⁴²⁶, para regular o procedimento cabível no caso de inexecução total ou parcial das obrigações assumidas no contrato.

⁴²² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo*. *Op. cit.*, p. 47-51.

⁴²³ Nesse sentido, destaques para as críticas ao art. 764, do Código de Processo Civil Francês, que instituiu calendário processual para o procedimento da *mise en état*, porque nesse modelo não há debate e acordo entre as partes para adequar o procedimento, a flexibilização ocorre por iniciativa do juiz, cabendo às partes tão somente aderir ou não à proposta oficial. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *Op. cit.*, p. 373. Barbosa Moreira identificava nesta proposta uma ampliação dos poderes do juiz. “Ela ampliou ainda mais os poderes do *judge de la mise en état*, conferindo-lhe, entre outras, a atribuição de fixar, em concerto com os advogados, um calendário para o procedimento a ser observado até o julgamento da causa (art. 23) e a de homologar, a requerimento das partes, o acordo que elas lhe submetam (art. 24).” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre as reformas do processo civil francês. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº. 30, 2006, p. 136. Em ambas as hipóteses, as convenções representam muito mais uma técnica complementar de gerenciamento do processo civil do que um instrumento de exercício da autonomia das partes para administração da controvérsia.

⁴²⁴ As *clauses de différend* são estabelecidas com o objetivo de disciplinar eventual conflito decorrente da inexecução contratual. No Brasil, Diogo Assumpção Rezende trata do tema como “cláusula de diferendo”, assim identificando “as disposições contratuais inseridas para disciplinar a solução de eventual contenda que surja da execução do negócio”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo*. *Op. cit.*, p. 112. Contudo, a expressão “diferendo” é pouco comum ao vocabulário brasileiro, de modo que é preferível a utilização do termo “cláusulas de discrepância”, como propostas por Antonio do Passo Cabral, para fazer referência às convenções das partes sobre o procedimento, sobretudo aquelas firmadas antes do processo. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 62.

⁴²⁵ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v.3, n. 3, ago-dez/2012, p. 7.

⁴²⁶ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Op. cit.* p. 64.

De fato, a antecipação das partes quanto à possível discrepância pode levar à eleição de uma solução para evitar o processo legal, o que se dá através escolha da justiça arbitral e de cláusulas de antecipação solução negociada (uni ou bilaterais), ou, ainda, levar a um acordo quanto ao arranjo da solução judicial, que planeja as etapas a serem realizadas num processo futuro, admitindo a adequação do procedimento aos interesses das partes, como mecanismo de gestão e flexibilização processual.

Os acordos que visam a regulação do processo podem se relacionar com a ação, assim tratados os que modificam critérios de tempo e espaço aplicáveis no processo⁴²⁷, ou, com o processo em si, assim considerados os acordos que condicionam as atividades do juiz no processo. As cláusulas relativas à ação, embora fortemente limitadas pela ordem pública judicial, são mais facilmente aceitas por estarem relacionadas ao exercício do direito de ação, ao contrário das cláusulas que interferem diretamente no exercício dos poderes do juiz.⁴²⁸

Neste último grupo, de convenções relativas às funções do juiz, é que se encontra o objeto do nosso estudo, as convenções processuais que dispõem sobre o direito aplicável no caso de apreensão da controvérsia pelo Estado-juiz, os chamados acordos sobre o direito aplicável (*accords de droit applicable*), previsto no art. 12, §3º do CPC francês.

Os artigos 1 a 13 do *Code de Procédure Civile* tratam do princípio da cooperação e refletem o equilíbrio desejado entre as prerrogativas das partes e os poderes do juiz na condução do julgamento e na decisão dos conflitos.⁴²⁹ Contemplam os princípios liberais da tradição francesa, ao reconhecer a influência dos negócios das partes para o julgamento, com o exercício da função jurisdicional como serviço público, reconhecendo aos juízes não somente o poder, mas o dever de agir orientado pelo objetivo de alcançar a solução mais justa possível para as disputas em questão.⁴³⁰

O art. 12, do CPC francês representa este compromisso com a divisão cooperativa das funções processuais entre partes e juízes para a organização do processo e julgamento dos

⁴²⁷ Com relação ao tempo, o processualista francês destaca as hipóteses de convenções processuais que reduzam ou ampliem os prazos prescricionais legais, ou ainda que adicionem outras causas de suspensão e interrupção das prescrição. Em relação ao espaço, destacam-se as convenções de eleição de foro, para escolha de jurisdição além dos limites impostos pela lei. CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Op. cit.* p. 66-67.

⁴²⁸ “Estas cláusulas son más difícilmente admisibles ya que la instancia cuestiona al juez y, a través de él, a una función del Estado así como a un servicio público en el que las partes ya no tienen el control exclusivo.” CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. *Op. cit.*, p. 15.

⁴²⁹ São os chamados principes directeurs du procès. CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa – seis lições brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 25.

⁴³⁰ CADIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law. *Ritsumeikan Law Review*, n. 28, p. 331-393, 2011. p. 347.

conflitos. O *caput* do dispositivo dispõe que o juiz deve decidir a disputa de acordo com as regras e leis aplicáveis, independente da qualificação jurídica apresentada pelas partes, contudo, no parágrafo terceiro, ressalva que se as partes delimitarem as questões de fato e de direito, deve o julgamento vincular-se à vontade expressamente manifestada, à semelhança da redação proposta pelo art. 357, §2º, do CPC brasileiro.⁴³¹

O art. 12, §3º, do CPC francês apresenta uma clara proposta de restrição dos poderes do juiz pelas partes, que poderão prever a lei que deverá ser aplicada ao caso, limitando o poder do juiz de requalificar juridicamente os fatos apresentados.⁴³² Em que pese a expressa previsão legal, também na França verifica-se uma tensão entre a liberdade das partes e o exercício da função jurisdicional, um serviço público sobre o qual as partes não têm controle total.⁴³³

Os acordos de direito aplicável, notadamente ilustrados pelas *disposições de electio juris*, restringem o ofício do juiz, como se vê, por exemplo, na convenção processual que determina que em caso de descumprimento de determinado contrato sejam analisadas somente as cláusulas relativas à indenização, afastada a discussão sobre a validade do contrato, ou ainda que seja aplicada a lei argentina, em detrimento da lei francesa. São expressão de uma matriz de controle do litígio pelas partes, mas devem respeitar alguns requisitos de validade para que sejam efetivamente aplicados.⁴³⁴

No procedimento comum, a delimitação das questões de direito caberá ao juiz, como ocorre nos casos em que as partes não apresentam qualificação jurídica para os fatos narrados, ou o fazem, unilateralmente, mas de maneira equivocada, ou, ainda, quando se trata de fatos que não foram especificamente alegados pelas partes, mas se relacionam com o objeto do debate. Entretanto, quando as partes tiverem submetido ao juiz acordo processual com a delimitação dos fatos e das questões de direito que pretende discutir, deverá o tribunal obedecer à norma convencional e restringir a disputa da maneira convencional.⁴³⁵

⁴³¹ Ao tratar da possibilidade de o juiz modificar a qualificação jurídica dos fatos apresentados pelas partes, Leonardo Greco já destacava a racionalidade do art. 12, do Código de Processo Civil francês, verificando no acordo das partes o impedimento à compreensão clássica do *iura novit curia*. GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 60.

⁴³² CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. *Op. cit.*, p. 21.

⁴³³ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa*. *Op. cit.*, p. 87.

⁴³⁴ Cadiet trata de ao menos dois requisitos essenciais, que o seja acordo expresso, de forma escrita ou verbal, e que as trate de direitos de livre disposição pelas partes. CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa*. *Op. cit.*, p. 93.

⁴³⁵ BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2008, p. 88-89.

Para além da hipótese do art. 12, o art. 57 do mesmo diploma⁴³⁶, admite que as partes iniciem o processo mediante peticionamento conjunto, ocasião em que poderão expor os motivos do litígio e estruturar o processo sob certas condições.⁴³⁷ A convenção processual aqui prevista é fruto de um dos princípios orientadores do processo civil francês, o princípio da cooperação entre o juiz e as partes, admitindo-se a delimitação do objeto do litígio pelas partes em homenagem ao respeito da vontade das partes na definição das atividades do juiz.⁴³⁸

A experiência francesa com o processo cooperativo demonstra como a abertura do Estado para a consensualidade é um instrumento de flexibilidade na administração da justiça para permitir a maior participação dos cidadãos e torná-la mais democrática. Estimula a repensar a função do juiz, especialmente a partir da contratualização do processo, com o engajamento das partes em sua condução.⁴³⁹

4.3.2 A experiência estadunidense

Embora seja um país de tradição jurídica de *common law*, que adota um sistema adversarial de processo, com maior espaço de liberdade para as partes na adequação das formalidades processuais, os Estados Unidos não possuem muita produção bibliográfica sobre

⁴³⁶ O Código de Processo Civil francês foi recentemente alterado pelo Decreto nº. 2019-1333, de 11 de dezembro de 2019, modificando a redação do art. 57, porém permanece a sistemática do peticionamento conjunto.

⁴³⁷ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa*. *Op. cit.*, p. 95.

⁴³⁸ “The evolution of civil procedure manifests the expansion of modes of voluntary arrangements before the judge himself. If the conciliation as conceived in the Civil Procedure Code of 1806 did not respond to what was hoped by its writers, the authors of the civil Procedure Code of 1975 accepted their project of voluntary justice in permitting the start of proceedings by joint petition (Art. 57), in foreseeing the possibility for the judge to statute in a voluntary composition (Art. 12, al. 4) and above all in hoisting the judiciary conciliation up a rank to main principle for proceedings, Article 21 proclaiming clearly that “*It enters in the mission for the judge to conciliate the parties.*” CADIET, Loïc. *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law*. *Op. cit.*, 2011. p. 368.

⁴³⁹ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Op.cit.*, p. 74-75. A experiência francesa de contratualização do processo, ao lado da previsão dos circuitos adequados e da calendarização do processo, são importantes instrumentos de gerenciamento processual, relacionados à eficiência do serviço público judiciário, tornando a justiça mais cidadã. A efetiva participação das partes na definição do processo leva a uma possibilidade de maior aceitação das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma redução da insurgência recursal.

o tema das convenções processuais⁴⁴⁰, contudo, podem oferecer valiosas contribuições no que diz respeito ao acordo específico para escolha contratual direito aplicável (*choice of law*).⁴⁴¹

As possibilidades de contratualização do processo nos Estados Unidos têm se expandido a partir da compreensão de que os contratos processuais privados fornecem aos litigantes os meios de estruturar seus negócios de maneira ordenada, respeitando, simultaneamente, as questões de desenho institucional e as garantias do devido processo legal, o que atende a interesses públicos e privados.⁴⁴² Parte da premissa de que os litigantes conhecem melhor os seus interesses e que as modificações do procedimento são justas e eficientes, desde que não perturbem os princípios fundamentais da justiça.⁴⁴³ Nesse contexto, as definições das partes quanto ao foro para discussão do litígio (*choice of forum*) e quanto à lei aplicável (*choice of law*) são escolhas estratégicas importantes, que podem significar muito para a justiça que se espera da decisão.⁴⁴⁴

Os contratos de escolha do direito aplicável são comuns no direito norte americano⁴⁴⁵, sobretudo pelo fato de que os Estados Unidos adotam o regime federalista de organização de poder, no qual os estados federados gozam de autonomia legislativa para as diversas áreas do direito. A descentralização legislativa gera uma certa insegurança jurídica quanto à aplicação das leis em cada caso concreto, o que, inarredavelmente, altera as possibilidades do julgamento do processo.

Para efeitos de regras gerais, quando ausente convenção das partes, o direito norte americano baseia-se num critério de *familiaridade*⁴⁴⁶ para a definição do direito aplicável.

⁴⁴⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 137. Por lá, os acordos processuais são geralmente tratados pelo nome de contrato processual (*contract procedure*) ou contratação procedimental (*procedural contracting*). Destacando a escassez dos estudos sobre contratos processuais no direito norte americano: DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 4, p. 723-799, jun/2011, p. 732. Disponível em <<https://www.virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/723.pdf>> Acesso em 22 jun. 2020. KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. *Contractualizing procedure*. December 31, 2008. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1323056>>. Acesso em 08 fev, 2020.

⁴⁴¹ Especialmente no âmbito dos contratos comerciais. STRONG, Stacie I. Limits of procedural choice of law. *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper*, nº 3, 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2378979>>. Acesso em: 22 jun. 2019. DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. *Op. cit.*, p.729.

⁴⁴² STRONG, Stacie I. Limits of procedural choice of law. *Op. cit.*

⁴⁴³ KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. *Contractualizing procedure. Op. cit.*

⁴⁴⁴ DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. *Op. cit.*, p.738-739.

⁴⁴⁵ KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. *Contractualizing procedure. Op. cit.*, p.7.

⁴⁴⁶ CHEATAN, Elliott E.; REESE, Willis L. M. Choice of the applicable law. *Columbia Law Review*. v. 52, nº. 8, December, 1952, p. 959 -982. Os autores exemplificam situações como a contratação de seguros de vida ou indenizações decorrentes de acidentes de trabalho, que devem ser processadas nos estados em que ocorreram, aplicando-se as leis destes mesmos estados, sob pena de infração ao devido processo legal (Emenda XIV). Se houver concorrência entre a existência de elementos substanciais em dois ou mais estados, deve-se observar a questão específica envolvida, os propósitos das leis concorrentes e o número de elementos essenciais ocorridos em cada estado.

Considera-se o grau de contato que as partes e/ou os fatos alegados possuem com o local em que se pretende processar para definição da questão de direito. A política geral de definição da jurisdição competente define que será aplicada a lei do estado em que estão localizadas as partes ou os elementos substanciais do conflito, a menos que haja boas razões para não o fazer.⁴⁴⁷

Todavia, os critérios padrões para orientar a definição da lei aplicável, na maioria das vezes, não afastam as dúvidas e, tampouco, considera o melhor interesse das partes. Isto porque, muitas relações são marcadas pela mobilidade territorial, com contatos com vários estados. Por exemplo, num contrato firmado no estado A, cuja execução será em B, tanto A, quanto B, poderiam ser responsáveis pelo julgamento da causa, assim como poderiam ser aplicadas as leis de ambos os estados. A forma mais segura de imprimir previsibilidade e dar o tratamento mais adequado aos conflitos encontra-se nos acordos de escolha da lei aplicável.⁴⁴⁸

Por ser um contrato processual celebrado, em sua maioria, antes da disputa, a definição da lei aplicável ao litígio é especialmente vantajosa para modular os comportamentos dos litigantes, pois na medida em que as partes conhecem os termos que regularão eventual conflito, comportamentos oportunistas são reduzidos e atividades cooperativas estimuladas.⁴⁴⁹ Todavia, há legítimas preocupações práticas quanto aos limites das escolhas das partes nas convenções processuais, notadamente para a definição dos limites da liberdade individual e o respeito ao conteúdo dos direitos do devido processo legal.⁴⁵⁰

Os primeiros limites institucionalizados para escolha do direito aplicável pelas partes surgiram a partir do Restatement (Second) of Conflicts §187, em que restou reconhecida a autonomia das partes para escolha da lei aplicável, para proteger suas expectativas sobre a solução do litígio e condicionar comportamentos processuais.⁴⁵¹ Por imperativo desta norma, as leis selecionadas pelas partes somente não serão aplicadas em casos restritos, quando não existir base razoável para a escolha das partes ou quando a aplicação da lei do estado escolhido

⁴⁴⁷ É que os contratos de escolha de lei não são as únicas maneiras que as partes possuem de escolher as jurisdições que as regulam. É possível evitar a aplicação da lei de determinado Estado, abstendo-se do contato com ele, ou o contrário. RIBSTEIN, Larry E. From efficiency to politics in contractual choice of law. *Illinois Public Law and Legal Theory*, n. 2, p. 02-89, nov/2002, p. 5-6.

⁴⁴⁸ O'Hara, Erin; RIBSTEIN, Larry. *The Law Market*. Oxford University Press, 2009, p. 5.

⁴⁴⁹ "Neither of these advantages can be realized by way of post-dispute procedural arrangements. After the dispute arises cooperation becomes almost impossible, prior behavior is unchangeable, and opportunities for information revelation are limited. Hence, the welfare implications from pre-dispute contractualized procedure are far reaching." RIBSTEIN, Larry E. From efficiency to politics in contractual choice of law. *Op. cit.*, p. 4.

⁴⁵⁰ RESNIK, Judith. Procedure as Contract, 80 *Notre Dame Law Review*. 593, 667-68, 2009. Disponível em <<https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol80/iss2/6>>. Acesso em: 12 dez. 2019

⁴⁵¹ RIBSTEIN, Larry E. From efficiency to politics in contractual choice of law. *Op. cit.*, p. 9

seja contrária a uma política fundamental de outro estado que tenha interesse materialmente maior, caso em que a lei deste segundo estado é que deverá ser aplicada.⁴⁵²

A revisão da jurisprudência norte americana demonstra que os tribunais tendem a cumprir as disposições das partes quanto à escolha da lei aplicável, a menos que a aplicação se mostre irracional nas circunstâncias do contrato específico ou haja razões para suspeitar que o acordo seja injusto⁴⁵³, como ocorre em contratações em que alguma das partes carece de informações completas e de igual poder de barganha na contratação.⁴⁵⁴ A irracionalidade ou injustiça do acordo não decorre automaticamente da desigualdade do poder de barganha entre as partes, mas essa desigualdade pode indicar que a parte mais fraca não teve escolha ou não concordou com os termos.⁴⁵⁵

A despeito da orientação do critério da familiaridade para definição da lei aplicável, nem sempre é necessário demonstrar os pontos de conexão entre os litigantes e/ou os fatos controvertidos e o estado promulgador da lei escolhida. Há estados que dispensam a demonstração da conexão, como ocorre no estado de Delaware, que prevê a aplicação da cláusula de escolha da lei, mesmo que a cláusula em si seja a única conexão que as partes e o conflito mantenham com o estado.⁴⁵⁶

Esse tipo de abordagem promove a desconfiança quanto a eleição estratégica da lei pelas partes, criticada por induzir a competição entre os estados para conquistar o mercado.

⁴⁵² "(1) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.

(2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either

(a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or

(b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

(3) In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law.

⁴⁵³ Apresentando estudo empírico que demonstra que cerca de 85% dos tribunais aplicam a lei escolhida estrategicamente pelas partes: RIBSTEIN, Larry E. From efficiency to politics in contractual choice of law. *Op. cit.* p. 11 -17. Destaques para a nota de rodapé nº. 21. A maioria dos casos em que as cláusulas de escolha da lei aplicável foram cumpridas, escolheram foros estaduais diferentes.

⁴⁵⁴ Alegando a impossibilidade de escolha estratégica da lei em contratos de adesão celebrados com consumidores: GOLDMAN, Lee. My Way and the Highway: The Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Form Contracts. *Northwestern University Law Review*, v. 86, n. 3, p. 700, 1992. "In a world of consumer ignorance, societal wealth is maximized by placing the hardship of travel to a distant forum on the seller."

⁴⁵⁵ KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. *Contractualizing procedure*. *Op. cit.*, p. 46. A assimetria de informações é um dos pontos que poderá levar a invalidade do acordo de definição estratégica da lei aplicável, principalmente quando as partes contratantes estão desacompanhados de advogados. RIBSTEIN, Larry E. From efficiency to politics in contractual choice of law. *Op. cit.* p. 38.

⁴⁵⁶ RIBSTEIN, Larry E. From efficiency to politics in contractual choice of law. *Op. cit.* p. 18.

Nesse contexto, os estados buscariam reestruturar suas leis e estruturas organizacionais para fornecer vantagens a alguns tipos de litigantes habituais, criando assimetrias desvantajosas para os litigantes *oneshot*.⁴⁵⁷ A crítica não é infundada, como se viu do exemplo do estado de Delaware, que adequou toda a sua estrutura legal e funcional para se tornar a principal escolha para constituição e incorporação de grandes empresas nos EUA e para resolução de litígios societários.⁴⁵⁸

Em que pese as críticas a possíveis distorções geradas pelas escolhas normativas das partes, o contrato processual para escolha do direito tem sido largamente utilizado para incrementar a eficiência da jurisdição. Os acordos podem ser celebrados para afastar ou atrair a incidência de regras, o que gera a redução das incertezas das partes no processo, diminuindo outros riscos.⁴⁵⁹ Por exemplo, quando uma parte sabe previamente qual a lei será aplicada em seu litígio, pode diminuir o aporte de fatos no processo e limitar a sua atividade probatória, excluindo diligências que não se relacionam diretamente com a hipótese normativa incidente.

De outro modo, a eficiência da prestação jurisdicional é estimulada quando as escolhas das partes ocorrem em ambientes que o legislador não conseguiu prever suficientemente. As escolhas dos litigantes podem orientar o sistema legislativo sobre quais regulamentos representam melhor a expectativa das partes, gerando mecanismos de adaptações das legislações.

Esse tipo de contrato processual é, em sua maioria, celebrado *ex ante*, incluído como uma das cláusulas de outros contratos de direito material, como os de compra e venda, seguro ou franqueamento, entretanto, nada impede que seja celebrado no curso do processo, através da inserção de uma cláusula de “lei flutuante”.⁴⁶⁰ Como as partes não sabem que tipo de controvérsia poderá surgir do contrato celebrado, elas podem acordar estratégias para que a escolha seja realizada no momento do contencioso.

De fato, o contrato processual para escolha do direito aplicável representa uma relevante fronteira estratégica para o exercício da autonomia das partes no processo, por vezes

⁴⁵⁷ DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. *Op. cit.*, p.738-739.

⁴⁵⁸ Em termos de direito societário, a legislação do estado é avançada e há confiança e previsibilidade das decisões, proferidas por juízes o de conhecimento específico no assunto, o que aumenta a segurança para o investidor, que já nas fases pré-processuais opta por constituir-se no estado ou para eleger o foro em seus futuros contratos, além de escolherem as leis do estado para a resolução de conflitos societários. Em razão da grande demanda dessa espécie, os advogados de Delaware especializam-se e atualizam seus conhecimentos constantemente, tornando a jurisdição do Estado altamente atrativa em diversos aspectos. EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Ex ante of choices of law and forum: an empirical analysis of corporate merger agreements. *Vanderbilt Law Review*. v. 59, 1975.

⁴⁵⁹ RIBSTEIN, Larry E. From efficiency to politics in contractual choice of law. *Op. cit.* p. 34.

⁴⁶⁰ RIBSTEIN, Larry E. From efficiency to politics in contractual choice of law. *Op. cit.* p. 33. Nota de rodapé nº. 305.

realizada a partir da escolha de um foro, condicionando a aplicação da lei do estado competente para o julgamento da causa⁴⁶¹, ou mais precisamente, e com mais segurança jurídica, através da escolha direta da norma pelas partes. Contudo, o desenvolvimento das técnicas de customização processual aponta para a tendência de as partes não vincularem suas opções à escolha da lei ou do foro, mas buscarem o Estado que fornece maior abertura para a personalização total do procedimento.⁴⁶²

Há uma preocupação de que a autonomia processual das partes não crie situações processualmente injustas⁴⁶³, não aumentem os custos de transação e nem imponham obstáculos aos tribunais, o que ocorre quando as escolhas das partes criam verdadeiros *mini-códigos de processo civil*⁴⁶⁴, pois a excessiva personalização do procedimento afeta o desenho institucional da função jurisdicional pública.

Com efeito, embora a experiência estadunidense com os contratos processuais ainda seja muito restrita aos contratos para escolha de foro e de lei aplicável, é exatamente quanto a estes últimos que serve às propostas deste trabalho, com vistas a demonstrar que as escolhas das partes quanto ao direito aplicável podem representar um aumento da efetividade da prestação jurisdicional e redução dos custos processuais, indicando alguns limites que devem ser observados no controle da validade destes acordos processuais.

4.3.3 Contratos internacionais e arbitragem

A arbitragem é o método alternativo de resolução de controvérsias por meio do qual os conflitantes buscam a intervenção de uma ou mais pessoas, com poderes instituídos através de uma convenção privada, para com base nela decidir, sem intervenção estatal, mas cuja

⁴⁶¹ MULLENIX, Linda S. Another choice of forum, another choice of law: consensual adjudicatory procedure in federal court. *Fordham Law Review*, n. 291, p. 293-372, dez/1988. p. 347.

⁴⁶² “Given this preference, forum shopping based upon degree of procedural private ordering is likely in coming years and may trigger a race to private ordering in some states, with others holding the provisions void as unconscionable or against public policy to prevent intrusions upon public ordering.”. DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. *Op. cit.*, p.744.

⁴⁶³ Em relação aos processos arbitrais há também uma preocupação com a personalização das cláusulas por partes não suficientemente qualificadas para fazê-lo, de modo que em alguns casos é mais vantajoso às partes aderirem a um procedimento já preparado por outros sujeitos, com regras menos personalizadas, mas com menores custos e riscos. O’CONNOR, Erin O’Hara; DRAHOZAL, Christopher R. Carve-Outs and Contractual Procedure, *Vanderbilt University Law School, Public Law & Legal Theory*. n. 13-29. Disponível em <http://ssrn.com/abstract_id=2279520>. Acesso em: 05 fev. 2020.

⁴⁶⁴ Termo criado para designar a desagregação da escolha das regras procedimentais do foro eleito, indicando a customização do procedimento processual. RESNIK, Judith. Procedure as Contract, *Op cit.* Acesso em: 12 dez. 2019. STRONG, Stacie I. Limits of procedural choice of law. *Op. cit.* p. 8.

decisão possua a mesma eficácia da sentença judicial.⁴⁶⁵ É um método resolutivo de excelência no cenário internacional⁴⁶⁶, notadamente por possibilitar o debate do conflito com profissionais de grande expertise na temática, resguardando a confidencialidade do procedimento e de desfecho mais célere.⁴⁶⁷

O princípio da autonomia da vontade é um dos fundamentos da arbitragem e a flexibilidade do procedimento manifesta-se como uma de suas principais vantagens. As partes têm liberdade para definir o procedimento e escolher as leis que serão aplicáveis à solução do conflito, leis processuais e materiais.⁴⁶⁸ De forma consensual, as partes conseguem imprimir ao conflito previsibilidade para ver suas querelas cindidas com base em parâmetros previamente conhecidos e já incluídos dentro de uma racionalidade de custos que podem suportar.

No âmbito do direito internacional privado, especialmente no que tange aos contratos de comércio, a instituição da convenção de arbitragem tem sido cada vez mais comum. Em busca de previsibilidade e segurança jurídica, as empresas com conflitos transnacionais têm elegido, na maioria das vezes, a justiça arbitral para solução de seus

⁴⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 33.

⁴⁶⁶ Atualmente, a maioria dos países possui alguma regulação em matéria de arbitragem. Destaques para a Convenção de Nova Iorque de 1958, também conhecida como Convenção da ONU sobre o Reconhecimento e Execução das Decisões Arbitrais Estrangeiras, ratificada por mais de 130 países, incluindo o Brasil, e caracterizando-se como o acordo multilateral de maior importância no âmbito do direito arbitral internacional. No Brasil, a arbitragem foi regulamentada pela Lei n.º 9.307/96 e posteriormente modificada pela Lei n.º 13.129/15

⁴⁶⁷ No Brasil, há quem assume que a confidencialidade é característica inerente da arbitragem, cf. PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, jul./set. 2005. Contudo, encontram maior coro aqueles que defendem a confidencialidade como produto da vontade das partes compromissadas com a arbitragem. Selma Ferreira Sales, José Cretella Neto e Carlos Alberto Carmona, argumentam que a ausência de norma legal específica sobre confidencialidade revela sua natureza convencional, de modo que é necessário que as partes se obriguem mutuamente a guardar sigilo sobre a discussão instaurada, documentos e provas produzidos e decisões proferidas no procedimento arbitral, se assim desejarem, incluindo cláusula específica para confidencialidade. LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. *Confidencialidade ou publicidade processual?* Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018. CRETELLA NETO, José. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 1, p. 125-152, set/2014. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. *Op. cit.*, p. 211.

⁴⁶⁸ Com fundamento na lei de arbitragem brasileira, Carmona ensina que em sede de arbitragem “muitos problemas são resolvidos com a expressa escolha da lei aplicável pelas próprias partes, de tal sorte que o árbitro não terá que recorrer às regras de conflitos de leis para estabelecer a norma que regerá o caso concreto. Faz-se mister frisar que ‘as regras de direito’, a que se refere o art. 2º, §1º, são tanto de direito material quanto processual.” CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. *Op. cit.*, p. 34.

conflitos.⁴⁶⁹ Simultaneamente à escolha da via arbitral, as partes podem definir quais as leis pretendem aplicar para a solução do conflito, ou serão aplicadas as mesmas normas disponíveis para as soluções estatais.⁴⁷⁰

A Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, aprovada em 1994, dispõe em seu art. 7º que “a eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável”. Permite-se, então, que os contratantes escolham determinado foro para a resolução de eventuais querelas e disciplinem as leis aplicáveis segundo ordenamentos de outros Estados, afastando o critério da familiaridade e reconhecendo espaço maior para a autonomia das partes.⁴⁷¹ As partes se antecipam aos conflitos e convencionam acerca do local onde o conflito será resolvido e, principalmente, a respeito da lei que deverá ser aplicada, além de definir o tipo de jurisdição, se estatal ou arbitral.

É que na esfera da arbitragem internacional, a autonomia da vontade das partes é determinante na escolha do direito material aplicável, como se contata de diversos diplomas e regulamentos internacionais, como o art. 1.1 da UNIDROIT, o art. 28 da Lei Modelo da UNCITRAL e o art. 21 das Regras sobre Arbitragem da CCI.⁴⁷²

No âmbito do direito brasileiro, as escolhas das partes quanto ao direito aplicável no processo arbitral são balizadas pelos critérios propostos no art. 2º, da Lei nº. 9.307/1996, que permite a escolha livre, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. O dispositivo legal tem sido, majoritariamente, interpretado na defesa da autonomia das partes para a escolha da lei aplicável, independentemente do local onde o contrato foi firmado ou onde

⁴⁶⁹ STRONG, Stacie I. Limits of procedural choice of law. *Op. cit.* p. 9; International Commercial Arbitration: A Guide for U.S. Judges. *Federal Judicial Center International Litigation Guide*, 2012. Disponível em <<https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/StrongArbit.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2020. STRIGNHAM, Edward Peter; CAPLAN, Bryan. Privatizing the adjudication of disputes. *Theoretical Inquires in Law*. January, 2008. Disponível em <www.researchgate.net/publication/228149356>. Acesso em 05 mar. 2020. p. 4-5. Os dados empíricos apresentados por Strignham e Caplan, demonstram que 79% das 1000 maiores empresas americanas haviam utilizado arbitragem como método de resolução de conflitos nos últimos 3 anos, considerando a arbitragem mais eficiente que a seleção de um júízo estatal aleatório. “Thus, one of the central functions of government, business dispute resolution, is largely escaping the state's sphere of influence.”

⁴⁷⁰ “The most public part of “private arbitration”, however, is found in the substance of the law it applies. With rare exception, the law in private arbitration is the same law that would be applied if the parties litigated their case in a state or federal court. It may be applied with a “fudge factor” for compromise or equitable considerations.” HADFIELD, Gillian K. Privatizing commercial law: lessons from the middle and the digital ages. *Stanford Law School*, n. 195, mar/2000, p. 8.

⁴⁷¹ Dentro de um limite razoável, as leis que regem um contrato devem ser determinadas de acordo com a expectativa das partes. YNTEMA, Hessel E. Autonomy in choice of law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 1, n. 4, p. 341-358, 1952. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/837348>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁴⁷² MOMBACH, Matheus Martins Costa. Considerações sobre a escolha do direito material aplicável ao mérito do litígio na arbitragem internacional e o papel do árbitro. *Revista digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 11, n. 1, p. 121-141, 2018.

as obrigações contratuais serão cumpridas, afastando a disposição do art. 9º, da Lei de Introduções às Normas do Direito brasileiro Lei nº. 4.657/1942).⁴⁷³

Como a justiça arbitral não está revestida de poderes de coercibilidade, eventual crise de inadimplemento terá de ser resolvida perante a justiça estatal, o que implica na limitação da cognição do juiz estatal à análise dos requisitos processuais do título executado, vinculado quanto ao mérito da decisão, prolatada nos limites acordados entre as partes, o que demonstra uma abertura do direito estatal brasileiro para acolher decisões fundamentadas em questões de direitos definidas pelas partes.⁴⁷⁴

No entanto, tem se observado que a grande discussão sobre a escolha da lei aplicável nas convenções arbitrais circunda o tema da territorialidade, a oposição entre o direito nacional e o direito estrangeiro, ou ainda decidir por equidade ou através da aplicação dos princípios gerais de direito, mas ainda não se constatou elaborações suficientes a respeito da possibilidade de as partes definirem a lei aplicável nos vieses da definição da qualificação jurídica ou dos critérios interpretativos para aplicação da lei, como se pretende demonstrar neste trabalho.

Desse modo, não há motivos razoáveis para sustentar que as partes que desejarem escolher as leis aplicáveis aos seus conflitos devem seguir para a justiça arbitral. Isto porque existe uma compreensão inadequada de que a justiça estadual e a justiça arbitral são substitutos perfeitos, não são. Admitir que as partes escolham a lei aplicável no processo arbitral, não suplanta a necessidade de que este mesmo tipo de adequação procedimental seja contemplado no processo estatal. O fato de ser possível escolher a arbitragem como método de solução de conflito, tanto no âmbito doméstico, como internacional, é um dos maiores entraves à adequação procedimental pela via estatal.⁴⁷⁵

⁴⁷³ Afirmando que o destinatário da Lei de Introduções às Normas e Direito Brasileiro é o juiz, cabendo às partes pactuar com liberdade, ainda mais diante da especialidade da lei arbitral: 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. 07, n. 27, p. 11-34, out-dez/ 2010. p. 2-3. No mesmo sentido: DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro. In *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. Coord. LEMES, Selma Ferrira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. São Paulo: Atlas, 2007.

⁴⁷⁴ Nesse sentido, é que sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Leonardo Greco já defendia a possibilidade de escolha da definição das questões de direito no processo regido pelo Estado a partir de uma interpretação análoga do art. 2º, da Lei de Arbitragem, especialmente para a escolha da equidade como critério. “Se o juiz cumpre a sentença arbitral adotada em juízo de equidade, deve ter a possibilidade de receber das partes, ele próprio, a confiança para a formulação de juízos alheios a critérios de estrita legalidade. No Código italiano há previsão expressa dessa possibilidade no artigo 114, que permite o julgamento por equidade do mérito da causa que verse sobre direitos disponíveis, a pedido conjunto de ambas as partes.” GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁷⁵ BONE, Robert G. Party rulemaking: making procedural rules through party choice. *Op.cit.*, p. 1352.

De fato, os custos do processo judicial são geralmente mais baixos que os do processo arbitral, especialmente no Brasil, onde a maior parte dos processos judiciais são gratuitos e os onerosos têm suas custas calculadas com base no valor dado à causa, refletindo o conteúdo econômico pretendido. Na arbitragem, ao contrário, há custos em relação às instituições arbitrais, definidos particularmente por cada uma delas, além dos custos com os honorários dos árbitros. Os benefícios de celeridade e confidencialidade do procedimento arbitral, a especialidade dos árbitros, dentre outros típicos da arbitragem, podem não ser suficientes a suplantar os custos para os litigantes, desejosos de maior espaços para o gerenciamento processual através das convenções.⁴⁷⁶

Para além dos custos, a justiça estatal difere-se da justiça arbitral na forma de seleção dos juízes e árbitros e nas garantias a eles disponíveis, o que pode influenciar o conteúdo das decisões.

É que os juízes são blindados contra as regras concorrenciais existente no mercado de árbitros julgadores. Os árbitros, ainda que de boa-fé e de forma ética, não se pode negar: atuam num mercado competitivo, no qual suas escolhas pretéritas podem influenciar em futuras contratações por diferentes litigantes. As decisões por eles proferidas servem para traçar um perfil, que pode estimular ou dissuadir a sua contratação. Os incentivos às participações de árbitros e juízes são diferentes.⁴⁷⁷

No Brasil, onde os juízes são selecionados via concursos públicos e gozam de garantias constitucionais como a vitaliciedade e inamovibilidade, há que se supor que tenham mais liberdade para o julgamento das demandas a eles submetidas, notadamente, para a defesa de concepções minoritárias e contra grandes e habituais litigantes.

Outra grande diferença encontra-se nos mecanismos para cumprimento forçado das decisões proferidas na justiça estatal e na justiça arbitral. A despeito da existência de mecanismos de cooperação entre o juízo arbitral e o juízo estatal, o cumprimento das decisões arbitrais pode encontrar algumas diferenciações. No Brasil, tanto as sentenças arbitrais como as estatais ostentam *status* de título executivo judicial, no entanto para o cumprimento da sentença arbitral, o litigante precisaria ajuizar uma nova ação na justiça estatal e suportando os custos do procedimento.

⁴⁷⁶ Destaca que as preocupações sobre os custos e as formalidades da arbitragem tem levado empresas multinacionais a explorarem outras opções de resolução de disputas, como a mediação comercial internacional e os litígios sob medida (*bespoke litigation*). STRONG, Stacie I. Limits of procedural choice of law. *Op. cit.* p. 9.

⁴⁷⁷ KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. *Contractualizing procedure. Op. cit.*

Observa-se, portanto, que no âmbito dos contratos de comércio internacional e da arbitragem é plenamente possível, e desejável, a escolha do direito aplicável pelas partes, como instrumento para afastar as incertezas jurídicas causadas pela multiplicidades de lei e possibilitar uma contratação mais equilibrada. O mesmo ocorre no âmbito do direito doméstico e diante das evidências que justificam a escolha do processo estatal, é essencial discutir sobre novas formas de flexibilização do processo, especialmente para a escolha estratégica da lei, como previsto no art. 357, §2º do CPC.

4.3.4 Possibilidades das convenções processuais sobre questões de direito

Na medida em que o processo civil brasileiro convive com a combinação de aspectos públicos e privados, experimenta as tensões da divisão de papéis entre as partes e os juízes na definição das questões a serem decididas, especialmente relacionadas aos fatos, provas e a escolha da lei aplicável.⁴⁷⁸ As premissas que fixamos no capítulo 3 são fundamentais para responder se o caráter público da função jurisdicional condiciona a realização da justiça estatal de acordo com as predefinições da lei, interpretadas e aplicadas pelo juiz, ou, ao revés, se o caráter majoritariamente privado dos direitos reclamados pode conceder às partes a faculdade de definir a agenda de tomada de decisões dos tribunais.

Como vimos, o critério funcional é o melhor método para distinguir as questões de fato e de direito, de modo que as questões de direito são todas aquelas relacionadas com a aplicação da hipóteses de incidência normativa no suporte fático, relacionada às tarefas de subsunção do fato à norma ou da concretização do texto normativo.⁴⁷⁹ Logo, a delimitação das questões de direito pelas partes compreende os fenômenos de delimitar o direito subjetivo invocado, o que se dá através da qualificação jurídica, com a indicação da lei que pretendem ver aplicada ao conflito, e da interpretação adequada ao caso concreto examinado.⁴⁸⁰

Desse modo, o art. 357, §2º, do CPC admite que as partes realizem a definição da lei aplicável para a resolução do mérito, seja material ou processual⁴⁸¹, e determine a

⁴⁷⁸ WHITTAKER, Simon. Who determines what civil courts decide? *Op.cit.* p. 3.

⁴⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. v. 1. Op. cit.*, p. 447.

⁴⁸⁰ Nesse sentido, Leonardo Greco afirma que “o fundamento jurídico não é o dispositivo legal, mas o próprio direito subjetivo material do autor que resulta de uma ou mais normas do ordenamento jurídico. (...) Entretanto, considero que o autor tem o direito de escolher qual a caracterização jurídica dos fatos que ele descreve e de exigir que o juiz responda ao seu pedido tal como ele o formulou, com a qualificação por ele escolhida.” GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil. v. 1. 5ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 190-192.

⁴⁸¹ Nem sempre o mérito do processo é composto por uma questão de direito material, a exemplo do que ocorre na ação rescisória, em que o direito discutido pode ser a incompetência absoluta do juízo que prolatou a decisão rescindenda (art. 966, I do CPC).

interpretação autêntica que deve ser observada, impondo ao juiz uma limitação cognitiva, que se configura como um imperativo democrático do processo, porque quando o Estado é chamado para intervir na vida e nos direitos dos particulares, a liberdade dos sujeitos que provocam a atividade jurisdicional assegura-lhes a prerrogativa de definir os limites dessa intervenção.⁴⁸² É da essência das convenções processuais afetarem as prerrogativas processuais do juiz, em maior ou menor medida.⁴⁸³

Permitir às partes a definição dos critérios de escolha da lei aplicável contribui ainda para o reforço dos mecanismos de controle da imparcialidade do julgador, especialmente no aspecto objetivo, traduzido na *imparcialidade*.⁴⁸⁴ Uma vez que o processo de aplicação do direito é afetado pelas pré-compreensões do julgador na atividade interpretativa, há um espaço de subjetividade que pode ser neutralizado a partir das escolhas das partes, reforçando a equidistância do juiz e eventuais contaminações cognitivas.⁴⁸⁵

A pluralidade de interesses na sociedade contemporânea implica na pluralidade de leis, muitas delas com campos de aplicação convergentes e flexíveis, de modo que uma mesma relação jurídica pode ser examinada sob diversos ângulos legais. Ao mesmo tempo em que se questiona “qual norma deve ser aplicada a esta relação jurídica?”, subsiste a indagação no sentido contrário, “quais relações jurídicas podem ser reguladas por esta norma?”⁴⁸⁶

Para todas essas questões, o reconhecimento da autonomia da vontade e a possibilidade de gerenciamento do processo pelas partes, aponta para a necessidade de serem consideradas as definições das partes quanto às questões de direito aplicáveis, derogando a aplicação da norma legislada, individualmente construída a partir da escolha e interpretação do juiz.

Nesse sentido, passamos a apresentar algumas propostas concretas para realização da convenção processual sobre questão de direito no processo civil brasileiro.

⁴⁸² GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁸³ “É inegável que a celebração de negócios probatórios pelas partes afetará, em maior ou menor medida, a atividade do juiz, mas isso não é exclusividade ou algum tipo de efeito idiossincrático desse tipo de acordo. Na realidade, todo e qualquer negócio jurídico processual repercute inexoravelmente na atividade do juiz. GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *Op. cit.* p. 582.

⁴⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de processo*, v. 149, p. 339-364, jul/2007. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 21.

⁴⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Op. cit.*, p. 358. “Os atos das partes devem ser interpretados, em princípio, como expressão de liberdade decorrente de sua posição como sujeito da demanda, demonstração da autonomia que seus poderes processuais lhes conferem, não podendo o juiz atuar em substituição às partes nesta seara.”

⁴⁸⁶ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. v. 1. Trad. A. Santos. São Paulo: Saraiva, 1935, p. 164.

4.3.4.1 Conflito de leis e normas fronteiriças

A escolha convencional do direito aplicável pelas partes encontra lugar profícuo na solução de antinomias, aparentes ou reais, entre duas ou mais leis ou princípios que se destinam a regular uma mesma situação fática.⁴⁸⁷ Diante da diversidade e dos conflitos de normas no tempo e no espaço, para garantir a unicidade e a coerência do ordenamento jurídico é necessário realizar uma escolha normativa, eliminando as eventuais contradições entre normas e princípios. Nesse contexto, a ciência do direito procura oferecer critérios para purgar o sistema das antinomias e contradições que a ele são inerentes, na tentativa de solucionar os conflitos normativos e harmonizar os textos legais.⁴⁸⁸

Solucionar um conflito de normas exige, necessariamente, escolher a norma mais adequada ao caso examinado. Nos casos de antinomias reais, caracterizadas pelo conflito no qual as normas se excluem mutuamente, cabe ao aplicador escolher uma delas para regular o caso concreto. Numa concepção puramente positivista do processo de aplicação das leis, em que se desconsidera a o desenvolvimento interpretativo para concreção e subsunção das normas e se desconhece o fenômeno de pré-compreensões do julgador nas seleções hermenêuticas, é possível imaginar que há uma resposta mais adequada ao conflito, que será conhecida, exclusivamente, pelo juiz. Porém, atualmente, no processo civil brasileiro a tarefa de dizer o direito se mostra mais adequada e democrática quando realizada na companhia das partes ou exclusivamente por elas, no exercício da prerrogativa do art. 357, §2º, do CPC.

No que tange às antinomias aparentes, os métodos de solução fundados na cronologia (*lex posterior derogat priori*); hierarquia (*lex superior derogat inferior*) e especialidade (*lex specialis derogat generali*) devem ser levados em conta.⁴⁸⁹ Tais critérios exercem uma função orientadora direcionada em dois sentidos: ao legislador, para se atentar e evitar a criação de normas incompatíveis, e ao juiz, para resolver os conflitos normativos aparentes e dissipar as antinomias, como dispõe o art. 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-lei nº. 4.567/1942).

Entretanto, na complexidade dos ordenamentos jurídicos, notadamente no brasileiro, objeto do nosso estudo, há diversas situações em que os critérios de resolução de

⁴⁸⁷ “Podemos definir a antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Op. cit., p. 88.

⁴⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15.

⁴⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Op. cit., p. 113.

antinomias se mostram insuficientes, porque ocorre a combinação de diversos fatores, por exemplo, uma norma especial, mas cronologicamente anterior. Não há hierarquia entre os critérios de solução de conflitos, é necessário o esforço casuístico do intérprete para definir a norma aplicável e afastar as normas conflitantes.⁴⁹⁰ Nestes casos, em que é possível a escolha do direito pelo intérprete, observa-se uma importante fronteira de aplicação para as convenções sobre as questões de direito: *as normas fronteiriças*.

No âmbito do direito civil a situação é facilmente verificada. O Código Civil (Lei nº. 10.406/2002), o Código Comercial (Lei nº 556/1850), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990), a Lei do Inquilinato (Lei nº. 8.245/1991), a Lei sobre planos de saúde (Lei nº. 9.656/98), a Lei sobre mensalidades escolares (Lei nº. 9870/99), o Código de Processo Civil, são leis que se relacionam entre si e, ainda que com objetivos e fundamentos diversos, regulam muitos aspectos comuns do direito e podem, eventualmente conflitar. Sobrevindo um conflito que pode ser tratado por várias normas, qual deverá ser aplicada?

Para imprimir previsibilidade e segurança jurídica às suas relações, as partes podem então definir, previamente ou no curso do processo, qual a normativa aplicável, criando a metanorma que delimita a atividade cognitiva judicial. A norma convencional é especial, cronológica e hierarquicamente superior para o caso concreto e deve ser observada sobre qualquer outra.⁴⁹¹

Como visto anteriormente, a validade das convenções processuais não depende do equilíbrio das disposições acordadas entre as partes, os instrumentos de controle de sua validade são outros.⁴⁹² Eventualmente, uma parte pode aceitar um tratamento processual mais rígido em troca de um benefício material. Por exemplo, imagine-se duas sociedades empresárias que realizam um contrato de prestação de serviços e acordam que, diante do inadimplemento e do risco de insolvência da empresa em mora, poderá a credora intentar incidente de desconsideração da personalidade jurídica com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Por não se tratar de uma relação de consumo, os critérios interpretativos gerais

⁴⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. *Op. cit.*, p. 703. “Observe-se, por exemplo, que o CDC é lei especial na sua face subjetiva, pois só impõe regras para relações contratuais e extracontratuais envolvendo pessoas, que define como consumidores e fornecedores. De outro lado, é lei geral em grande parte de sua face material, pois trata de várias relações jurídicas envolvendo consumidores e fornecedores, não tratando exaustivamente ou especificamente de nenhuma espécie de contrato em especial, mas impondo patamares gerais de equilíbrio e de boa-fé a todas as relações de consumo.”

⁴⁹¹ “Ordinarily we think of party choice as lying at the very bottom of this hierarchy. Parties fashion procedure only to the extent that rules and norms higher up allow it. This view is correct for party choice actions before or during litigation, but it is not correct party choice of general procedural rules. Empowering rule inverts the usual order, for it allows parties to alter rules higher up in the hierarchy.” BONE, Robert G. *Party rulemaking: making procedural rules through party choice*. *Op. cit.*, p. 1337-1338.

⁴⁹² Vide item 1.3.2.2.

levariam à aplicação do art. 50, do CC, porém, por força da convenção das partes, deverá ser aplicado o art. 28, do CDC.

No caso, o tomador de serviços pode ter sido beneficiado com um maior prazo de carência para o pagamento, com algum benefício fiscal, ou até mesmo com a eleição de um foro a ele mais favorável, tendo, assim, concordado em ser eventualmente demandado com um regime mais rígido. Tal situação hipotética evidencia uma das grandes possibilidades da convenção processual sobre o objeto da cognição, qual seja, a realização de concessões recíprocas que envolvam direito processual e direito material.

Uma convenção deste tipo serve a demonstração de boa-fé das partes contratantes, além de funcionar como um poderoso estímulo ao cumprimento voluntário dos contratos, o que aumenta a eficiência da prestação jurisdicional. As partes podem encontrar na escolha do direito uma forma de diminuir os riscos de uma eventual demanda judicial, na medida em que ambas estão cientes de que o descumprimento das obrigações assumidas pela sociedade poderá levar, mais facilmente, à revelação do patrimônio pessoal de seus sócios.⁴⁹³

4.3.4.2 Lacunas e indeterminações

Também para os casos de lacunas normativas as convenções processuais sobre o direito aplicável apreciam como importante medida de completude do sistema. É que ao revés das antinomias, situação em que *há mais de uma norma* a regular a mesma situação com preceitos aparentemente incompatíveis, na lacuna *não há sequer uma norma*. A existência de lacunas não nega a completude do sistema jurídico enquanto postulado de plenitude, mas reconhece que a exigência de plenitude de fato é impossível de ser satisfeita.⁴⁹⁴

As lacunas, como sustenta Eduardo J. Couture, ocorrem porque algumas vezes o legislador teve pouca imaginação, e em outras, o fenômeno lhe era, na época, imprevisível.⁴⁹⁵ Na tentativa de supri-las, o ordenamento jurídico prevê modos de solução para as situações não previstas (leis análogas, doutrinas e princípios gerais do direito), razão pela qual quando uma

⁴⁹³ “É a eventual execução [e não a execução em si] que influencia a dinâmica da relação entre as partes. O tremor dos prejuízos de demanda judicial futura influencia marcadamente o comportamento presente das partes, projetando uma ‘sombra para o futuro’.” FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 169.

⁴⁹⁴ Nesse sentido, destaca-se a posição de Kelsen para quem o sistema jurídico é completo, de tal modo que quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever para que um indivíduo realize determinada conduta, é porque tal conduta é permitida. KELSEN, Hans. 2006, p.273. Em sentido contrário, Maria Helena Diniz reconhece que existe um postulado de que o sistema seja completo, mas isso não significa que de fato o seja. DINIZ, p. 445. A essa última concepção, aderimos. A capacidade do legislador e dos demais poderes de produção normativa é limitada. Não há como regular todas as situações possíveis na sociedade pós-moderna.

⁴⁹⁵ COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. *Op. cit.*, p. 42

situação de fato não tiver sido prevista na lei, deve-se utilizar todo o ordenamento jurídico para integrar a questão.⁴⁹⁶

Segundo o art. 140, do Código de Processo Civil, que estabelece o princípio do *non liquet*, ou indeclinabilidade da jurisdição, o juiz não pode deixar de julgar diante da ausência de leis, mas deve preencher os vazios normativos e conceder uma resposta jurídica concreta àqueles que a buscam. Isto porque, pode existir lacunas na lei, mas não no Direito. Nesse sentido, o art. 4º, da LINDB, estabelece mecanismos de integração que devem ser observados no caso concreto. Existindo lacunas e obscuridades nas leis, o juiz deverá julgar de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

De fato, destinar a atividade interpretativa somente ao juiz, é atribuir significado excessivo à atividade jurisdicional. Nesse quadro, a convenção processual do art. 357, §2º, do CPC/15 se mostra como critério de integração para as lacunas jurídicas; mais uma vez, como a metanorma que estrutura o processo e determina a norma que deve ser aplicada. Como antes já visto, a convenção processual se insere na teoria das novas fontes do direito, de modo que utilizá-la para dar completude ao sistema, não nega, mas reforça o princípio da legalidade, vez que a legalidade não significa estar de acordo com a lei, mas de acordo com o Direito.⁴⁹⁷ Para estes casos, a convenção processual realiza a mesma função que os critérios integrativos definidos pela LINDB, porque não extirpa a lacuna, ela continua existindo, mas orienta o juiz a como aplicar a lei no caso concreto.

Acrescente-se às lacunas, os casos nos quais o texto legal contém conceitos jurídicos indeterminados ou redação truncada que não permite conhecer imediatamente o âmbito de aplicação da norma. Para todos esses casos é necessária a atividade interpretativa do aplicador, escolhendo, efetivamente, o direito aplicável ao caso. Também aqui é possível a convenção das partes para a definição das questões de direito.

Os casos de vagueza e indeterminações são comuns nos sistemas jurídicos porque “situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com

⁴⁹⁶ Evidencia a necessidade da atividade interpretativa a partir de muito boa metáfora: o silêncio do legislador é um silêncio cheio de vozes, onde se entrecruzam todas as outras normas possíveis de serem aplicadas. COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. *Op. cit.*, p. 54.

⁴⁹⁷ Assim, Fredie Didier Jr., afirma que “o Direito não é apenas o legal (a Constituição, atos administrativos, precedentes judiciais e a própria jurisprudência são fontes do Direito), não é apenas o escrito (há normas implícitas, que não decorrem de textos normativos, assim como há o costume), nem é apenas o estatal (um negócio jurídico também é fonte do Direito).” In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 560-565.

etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação já está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação”⁴⁹⁸.

A incapacidade dos legisladores de prever todas as combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer implica na regulação por meio de *normas de textura aberta*, nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que considerem os interesses conflitantes e definam o seu real conteúdo.⁴⁹⁹ Somente casos simples e corriqueiros parecem não necessitar de interpretação, em todos os demais existe uma escolha entre as possibilidades significativas para julgar a causa, escolha essa que a partir do art. 357, §2º do CPC, pode ser realizada pelas partes.

4.3.4.3 Negócios de certificação

Ao celebrar um contrato, os contratantes pretendem criar situações jurídicas determinadas, esmerando-se em redações claras e objetivas, contudo, por vezes, pairam sobre as cláusulas contratuais incertezas interpretativas que, a depender do modo como serão dirimidas, podem alterar o alcance ou os efeitos de determinada disposição e, até mesmo, de todo o sistema contratual. Embora diligentes na redação das cláusulas contratuais, nos casos de incerteza e indeterminação os contratantes terão que disputar em torno do sentido a ser atribuído à norma.

A esse respeito Antonio do Passo Cabral destaca a importância dos chamados *negócios de certificação*⁵⁰⁰, cujo objeto consiste numa declaração das partes acerca do sentido a ser atribuído a um ato ou negócio jurídico anteriormente celebrado, para afastar estado de incerteza sobre ele incidente. Caso o negócio de certificação decorra da manifestação de vontade de duas ou mais partes, tem-se a *convenção de certificação*, pois não há interesses contrapostos entre os negociantes, mas uma manifestação comum da vontade para aclarar o sentido das disposições contratuais⁵⁰¹.

A convenção de certificação permite às partes fixar a exegese do contrato por elas celebrado, para oferecer uma *interpretação autêntica*⁵⁰² às disposições contratuais, fiel ao sentido original da cláusula que eventualmente poderá ser objeto de apreciação de um juiz ou

⁴⁹⁸ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 139.

⁴⁹⁹ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. *Op. cit.*, p. 142.

⁵⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação (parte I): introdução, objeto e limites*. *Op. cit.*

⁵⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação (parte I): introdução, objeto e limites*. *Op. cit.*, p. 15.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 57-61.

⁵⁰² CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação (parte I): introdução, objeto e limites*. *Op. cit.*, p. 19.

árbitro. Embora não pressuponha a incerteza como elemento essencial, através deste instrumento os contratantes podem se assegurar sobre os efeitos jurídicos a serem extraídos de seus atos e contratos, de modo que a convenção de certificação tem seu lugar de perfeita adequação e utilidade na dúvida sobre a interpretação e aplicação de determinada cláusula, para que as partes possam atribuir maior previsibilidade e certeza sobre os efeitos a serem extraídos dos contratos por elas celebrados, gerenciando os riscos processuais.

Sem embargos, a partir do negócio de certificação a interpretação da cláusula torna-se uma questão incontroversa. Os negócios de certificação prescindem da litigiosidade, existem, em primeiro lugar, para combater incertezas, limitando-se a colocar o objeto certificado “fora de disputa”.⁵⁰³ Pautando as possibilidades objetivas do negócio de certificação pelas possibilidades da ação declaratória, prevista o art. 19, do CPC, é que se discute sobre a possibilidade de certificação de fatos.

Como já defendemos anteriormente, no âmbito do processo os fatos estão essencialmente imbrincados às questões de direito, de modo que não é possível a certificação de fatos afastados de suas questões jurídicas. Permitir a certificação de um fato em abstrato, ao revés de gerar previsibilidade e segurança jurídica, poderia gerar um feixe de situações inimagináveis. Por isso, a certificação de fatos é possível quando efeitos jurídicos deles decorrentes estejam precisamente identificados.⁵⁰⁴

Entendemos que, nesse sentido, as convenções de certificação podem representar um verdadeiro exemplo de convenção processual sobre questões de direito, possíveis de serem celebradas na forma do art. 357, §2º, do CPC. Por oferecer uma interpretação autêntica sobre determinada disposição contratual, a convenção de certificação atua como um mecanismo de gerenciamento do processo pelas partes. Sobrevindo discussão processual sobre a disposição já certificada, não caberá ao juiz ou ao árbitro conceder interpretação diversa daquela fixada pelas partes. A interpretação da questão de direito já foi oferecida pelas partes e está fora do objeto de apreciação do julgador.⁵⁰⁵

⁵⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo III, *Op.cit.*, p.131.

⁵⁰⁴ “Assim, não é de excluir que aos convenientes seja possível definir que certas circunstâncias ou comportamentos atraiam específicas consequências jurídicas previstas no contrato. Vale dizer, que possam proceder, com muito mais previsibilidade, à *qualificação jurídica* ou ao *enquadramento jurídico de certos tipos de fatos*, que, se ocorrerem ou tiverem ocorrido, deverão ser interpretados como preenchendo – ou tendo preenchido – elementos normativos (pressupostos) para a constituição de situações jurídicas (direitos, deveres etc).” CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação (parte I): introdução, objeto e limites*. *Op. cit.*, p. 34-35.

⁵⁰⁵ É nesse sentido que Antonio do Passo Cabral afirma que os negócios de certificação admitem que “os indivíduos possam gerenciar negocialmente as incertezas que eventualmente apareçam em suas relações jurídicas.” CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação (parte I): introdução, objeto e limites*. *Op. cit.*, p. 26.

Nos últimos anos, ao menos duas reformas legislativas devem ser destacadas no incremento de previsibilidade às relações jurídicas para o afastamento de incertezas jurídicas através de negociação das partes, conforme se vê no 26 da LINDB, inserido pela Lei nº. 13.658/18, no art. 113, §§1º e 2º e art. 421-A, do Código Civil, ambos inseridos pela Lei de Liberdade Econômica, nº. 13.874/2019.

No âmbito das relações com a Administração Pública, o art. 26 da LINDB representa um novo marco à consensualidade administrativa, ao criar a figura consensual do compromisso⁵⁰⁶, através da qual o administrador público é autorizado a promover negociações com os particulares para pôr fim a irregularidades, incertezas jurídicas e situações contenciosas.⁵⁰⁷

As incertezas jurídicas estão diretamente relacionadas com a aplicação do direito público pela autoridade administrativa, que pode ou não ser a sua fonte. É que, em alguns casos, as burocracias e a falta de recursos ou de pessoal do Poder Público para lidar com o fluxo de processos pode atrasar a tomada de decisão administrativa, criando um cenário de imprevisibilidade jurídica para o administrado.⁵⁰⁸ De outro modo, é possível que a incerteza jurídica decorra da discrepância de entendimentos sobre a aplicação de determinada norma, o que gera uma verdadeira zona de penumbra, de extensas e difusas margens de interpretação possíveis.⁵⁰⁹ Em todos estes casos, o cenário de imprevisibilidade, que pode ser afastado através do compromisso previsto no art. 26 da LINDB.

O compromisso retrata a possibilidade de celebração de um acordo integrativo, por meio do qual administrador e administrado negociam compromissos recíprocos, com a

⁵⁰⁶ De fato, a abertura da Administração Pública para a consensualidade já era defendida, de modo genérico, com fundamento no art. 5º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública e nas Resoluções nº. 23, 118 e 179 do Conselho Nacional do Ministério Público, e, de modo específico no âmbito dos órgãos ambientais, da Comissão de Valores Mobiliários, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e das agências reguladoras. Entretanto, o compromisso do art. 26, da LINDB tem o mérito de tornar clara a possibilidade genérica de consensualidade pela Administração Pública.

⁵⁰⁷ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov/2018. A respeito do compromisso para eliminar irregularidades do compromitente e situações jurídicas contenciosas é possível dizer que se alinham a figura já existente no direito brasileiro dos “acordos substitutivos”, voltados à terminação consensual do processo, substituindo a decisão unilateral e imperativa da Administração Pública. Em que pese a importância de tais compromissos para eficiência da atividade administrativa e à sociedade como um todo, iremos focar nos compromissos que visam a superação de uma incerteza jurídica, pois se relacionam diretamente com a definição das questões de direitos pelos compromitentes.

⁵⁰⁸ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Op. cit.*, p. 152-153.

⁵⁰⁹ MACHADO, Gabriel Soares dos Santos. *Acordos administrativos a partir do art. 26 da LINDB – consensualidade, tensões, sentidos e processo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito do Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 2020.

finalidade de trazer clareza e previsibilidade para o pronunciamento final.⁵¹⁰ É, portanto, uma convenção que certifica como determinadas situações fáticas devem ser interpretadas caso cumpridas as condições previamente pactuadas.

No que diz respeito as alterações do Código Civil, especialmente dos arts. 421-A, inciso I, e art. 113, §2º, verifica-se que, mais uma vez, a lei privilegiou a fixação de regras de interpretação e integração dos negócios jurídicos acordadas pelo contratantes⁵¹¹, o que, embora já fosse possível a partir da compreensão de liberdade individual que permeia as relações privadas⁵¹², reforça a possibilidade de certificação das partes quanto às questões de direito aplicáveis aos contratos.

Diante de tais possibilidades, não restam dúvidas de que as partes podem convencionar para certificar a interpretação e integração das cláusulas e normas aplicáveis ao negócio jurídico celebrado. Por certo, as disposições dos contratantes são capazes de influir no processo em que sejam discutidas, para efetivamente limitar, e não somente aconselhar, a cognição judicial, notadamente, a partir da convenção processual do art. 357, §2º, do CPC.

4.3.4.4 Leis estaduais

A cláusula de eleição de foro é espécie de convenção processual sobre a competência territorial (art. 63, do CPC/15)⁵¹³, na qual as partes definem a circunscrição territorial onde será proposta a ação sobre direitos e obrigações decorrente de um contrato previamente entabulado⁵¹⁴. Trata-se de mais uma manifestação da autonomia da vontade no

⁵¹⁰ “O compromisso do art. 26 da LINDB visa contornar cenários de incerteza jurídica na aplicação das normas de direito público – qualquer que seja sua origem, extensão e efeitos – por meio da negociação de alternativas que viabilizam o exercício da competência administrativa.” GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Op. cit.*, p. 153.

⁵¹¹ Veja-se o enunciado nº. 409, da V Jornada de Direito Civil, de 2012: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes”.

⁵¹² Diversos civilistas tem discutido a impropriedade da Lei de Liberdade Econômica de tão somente reforçar a liberdade de pactuação, característica fundamental do direito civil, sem apresentar parâmetros de controle para a validade de tais acordos, especialmente no que tange à possibilidade de as cláusulas pactuadas pelas partes prevalecerem sobre as regras legais de interpretação. Veja-se: KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de Oliveira. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, a. 9, n. 25, p. 13-35, set/2020. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/324733/lei-da-liberdade-economica-e-seu-desprestigio-a-autonomia-privada-no-direito-contratual-brasileiro>>. Acesso em: 12 abr. 2021. Acreditamos que a melhor compreensão do art. 357, §2º, do CPC tem muito a contribuir nessa discussão.

⁵¹³ O art. 63, do CPC/15 autoriza que as partes realizem a gestão da competência relativa para propositura da ação, seja em razão do território, seja em razão do valor.

⁵¹⁴ A doutrina clássica defende que as cláusulas de eleição de foro são inseridas em contratos, prévios a jurisdicialização do conflito dele decorrente, para modificar a competência territorial. “As regras de

processo, que reconhece a liberdade das partes para modificar a regra de competência e se inclina para a disponibilidade do direito ao juiz natural e consagração do princípio *in dubio pro libertate*.⁵¹⁵

Seguramente, existe uma relação entre a aplicação da legislação estadual e o foro em que se processa a controvérsia. Em princípio, as leis estaduais são aplicáveis à circunscrição do estado que as promulgou, razão pela qual será possível a aplicação da lei estadual aos casos em que as regras de competência induzirem ao foro em uma das comarcas do estado ou nos casos de eleição convencional desse foro pelas partes. Existe, pois, uma relação de indução da legislação aplicável a partir do foro de processamento da ação.

Como abordamos anteriormente, na esfera dos contratos internacionais a vontade das partes é considerada para a definição de dois aspectos fundamentais do processo, a determinação da jurisdição e a determinação da lei aplicável. A escolha da jurisdição não necessariamente induz à escolha do direito aplicável. Através da cláusula de eleição de foro as partes estabelecem a autoridade judiciária que examinará a controvérsia oriunda do negócio jurídico e podem escolher, ainda, as leis processuais e substanciais que serão utilizadas para a solução da controvérsia. Inexistindo definição quanto ao direito aplicável, vale-se das leis do estado que possuir vínculos mais estreitos com o contrato objeto da discussão (critério de familiaridade).⁵¹⁶ Não há, portanto, indução do direito aplicável a partir da competência territorial.

No âmbito do direito doméstico a situação é diversa. Em primeiro lugar, porque a maior parte das leis aplicáveis ao processo civil brasileiro são federais, a exemplo, o Código de Processo Civil, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Execuções Fiscais, dentre outras. Por assim o ser, é possível que a eleição do foro em comarcas pertencentes a diferentes estados da federação não afete a possibilidade de

competência relativa podem ser afastadas pelos litigantes, ou mediante prévio acordo inserido em cláusula de contrato – cláusula de eleição de foro, ou deixando o réu de opor a exceção declinatória de foro”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87. No entanto, já existem aqueles que defendem a possibilidade de convencionar o foro incidentalmente, até o momento da sentença. Nesse sentido, MIRANDA, Daniel Gomes. Sobre afastamento negocial da *perpetuatio jurisdictionis*, ou sobre a convenção de eleição de foro incidental. *Negócios Processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 509.

⁵¹⁵ “Trata-se de admitir a concepção, ainda pouco verbalizada no Brasil, de que, em grande medida, o juiz natural é um direito disponível, e a regra de competência pode ser modificada em função da autonomia da vontade. Então, incide, também aqui, a regra da liberdade das partes para definirem o procedimento por meio de acordos processuais: *in dubio pro libertate*.” CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Rio de Janeiro: Tese apresentada no concurso de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 303-304.

⁵¹⁶ TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 179.

escolha do direito, apreendido no ordenamento jurídico federal. Além disso, até o CPC/15 não se cogitava sobre escolha do direito aplicável pelas partes, em razão da tradicional compreensão da máxima *iura novit curia* para dar ao juiz, com exclusividade, a capacidade de definir as questões de direito, resguardado o exercício do contraditório. As questões de direito deveriam ser debatidas com as partes, mas não por elas definidas.

Embora o Brasil possua um grande número de leis federais, os Estados possuem competência constitucional para legislar em algumas matérias, o que faz com que leis federais concorram com leis estaduais normatizadoras de um mesmo aspecto, porém com diferentes níveis de especialidade e cronologicamente distintas. Veja-se, por exemplo, o Estado do Pernambuco, que possui um Código de Procedimento (Lei nº. 16.397/2018) para regular aspectos de processo civil e processo penal. Se um determinado contrato possui como cláusula de eleição de foro algumas das comarcas do Pernambuco, para além das regras federais, deverão ser observadas as regras estaduais, o que poderá impactar em aspectos importantes da controvérsia, como a forma de uma intimação e, logo, a abertura de um prazo de resposta.

A escolha do foro é, sem dúvidas, uma opção estratégica dos litigantes que consideram definir a competência territorial em locais de melhor organização judiciária, como grandes capitais, além de considerar outros fatores como a existência de varas especializadas, a política de custas iniciais, a jurisprudência dominante dos Tribunais aos quais se submetem determinada localidade e a existência de leis estaduais. Assim, é possível que a escolha do foro seja motivada por uma pretensão de escolha de fontes formais do direito aplicável, considerando a existência de leis estaduais e precedentes judiciais⁵¹⁷ que serão aplicados para a resolução da controvérsia.

Essas duas realidades normativas, leis estaduais e jurisprudência dominante, tangenciam o tema do direito aplicável na medida em que a escolha do foro induz à aplicação da legislação vigente na localidade eleita. Ao permitir que as partes façam a definição das questões de direito via convenção processual, o CPC/15 introduziu a possibilidade direta de escolha do direito aplicável, de forma a garantir uma mais adequada tutela dos direitos e dos procedimentos.

O Código de Defesa do Consumidor possui muitos conceitos jurídicos indeterminados e espaços para interpretação doutrinária e judicial. Ao lado dessa legislação, o

⁵¹⁷ Reconhecidos como fontes formais no direito contemporâneo. DIDIER JR. Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. Op. cit.*, p. 171. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes. Op. cit.*, p.190. “Precedente é fonte formal no direito contemporâneo brasileiro e existem razões para adotar os precedentes como fontes formais e materiais do direito mesmo em ordenamentos jurídicos de *civil law*.”

estado de Pernambuco editou o Código Estadual de Defesa do Consumidor (Lei nº. 16.559/2019), cuja aplicação é possível às relações de consumo em que o fornecimento do produto ou a prestação do serviço ocorrer no âmbito do Estado de Pernambuco, ainda que a contratação se dê por meio eletrônico, conforme preceitua o art. 2º., da lei estadual. Em princípio, a aplicação fica circunscrita às relações ocorridas no âmbito do estado, de modo que a eleição de foro em alguma das comarcas do Estado induz à aplicação da Lei nº. 16.559/2019-PE, que fornece mais critérios objetivos para diversas questões lacunosas do CDC.

A título de exemplo, vejamos o regramento da inclusão do nome do consumidor em bancos de dados de proteção ao crédito. O art. 43, §2º, do CDC estabelece que a inclusão deve ser precedida de notificação, porém não traz indicações quanto ao modo e tempo da notificação prévia. Por sua vez, o art. 48, da Lei nº. 16.559/2019-PE explica as modalidades que poderão ser utilizadas para o envio da notificação (carta simples, telefone, SMS, email), o prazo (de 10 dias), o termo inicial da contagem do prazo (data da postagem), enfim, diversas questões que não são tratadas pela lei federal.

De modo semelhante, o estado de São Paulo possui a Lei nº. 15.569/2015, alterada pela Lei nº. 16.624/2017, que regulamenta o sistema de inclusão e exclusão dos nomes dos consumidores nos cadastros de proteção ao crédito. A lei paulista estabelece que a notificação deve ser feita via correspondência e conceder o prazo mínimo de 20 (vinte) dias para quitação do débito antes de efetivar a inclusão no cadastro de proteção ao crédito.⁵¹⁸

Em tese, para que as leis estaduais sejam aplicadas é necessário que o conflito se resolva dentro dos limites territoriais dos respectivos seus Estados. Assim, o foro de eleição se apresenta como uma opção estratégica das partes para a indução da legislação aplicável. Contudo, há casos em que a eleição do foro pode ser considerada abusiva⁵¹⁹ e limitada pela noção de competência adequada (*forum non conveniens*), decorrente do devido processo legal,

⁵¹⁸ A constitucionalidade da Lei estadual nº. 16.624/2017 é questionada Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5978, que também discute a constitucionalidade da Lei Estadual nº. 15.569/2015, objeto da antiga ADI 5252, agora incorporada à ADI 5978, ainda em discussão no Supremo Tribunal Federal. Do parecer da Procuradoria Geral da República nos autos da ADI 5.252/SP, destaque-se o seguinte entendimento: “A competência concorrente para legislar sobre consumo não afasta a possibilidade de Estado, em suplementação de lacunas, explicitar o conteúdo principiológico da Lei de Defesa do Consumidor (também chamado de Código de Defesa do Consumidor – CDC, Lei 8.078/1990), a fim de ampliar seu núcleo de proteção, desde que a lei estadual não divirja nem pretenda substituir a lei nacional de normas gerais.” Embora não seja objeto deste trabalho a análise da competência concorrente para legislar entre Estados e União, o destaque é valioso para reafirmar a necessidade de superação de lacunas existentes no texto federal, a qual poderá se dar através da aplicação de leis estaduais.

⁵¹⁹ HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Convenções processuais sobre a competência: análise da cláusula de eleição de foro. *Negócios Processuais*. Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: JusPodivm, 2020, t. 2., p. 293-308.

adequação e boa-fé.⁵²⁰ A noção de competência adequada impõe limites à escolha estratégica das partes, pois o foro competente deverá ser aquele que guardar uma relação mais próxima com os elementos específicos do caso concreto, como forma de garantir a efetividade do processo e da dignidade de justiça, através de uma melhor administração e exercício da jurisdição, afastando escolhas abusivas e atentatórias à sua respeitabilidade, com um processo de resultados mais justos e efetivos.⁵²¹ Logo, a escolha do foro como forma de induzir a aplicação de um direito estadual não é suficiente para a proteção do interesse das partes no exercício de sua autonomia.

Tem-se, portanto, um campo de potencial utilização das convenções processuais do art. 357, §2º, do CPC para atrair a aplicação de leis estaduais a processos que tramitem fora dos limites territoriais do estado promulgador de tais leis. Nos exemplos apresentados, vimos as leis editadas pelos estados de Pernambuco e São Paulo para dar concreção a alguns aspectos gerais de defesa do consumidor estatuídos pela Lei Federal nº. 8.078/90, leis específicas e cronologicamente posteriores ao CDC. Através de um acordo processual sobre questões de direito é possível que partes contratantes em Minas Gerais definam a utilização da lei estadual pernambucana para regulamentar o procedimento de inserção de eventual devedora em cadastro de proteção ao crédito, embora não tenham elegido o foro de discussão no estado de Pernambuco e não se trate de uma relação de consumo. No exercício de sua autonomia privada, as partes poderão definir quais as regras aplicáveis para a resolução de suas controvérsias.

4.3.4.5 Leis estrangeiras

A deferência à liberdade das partes no contexto internacional, permite que as partes escolham aplicar aos seus contratos legislação estrangeira, desde que autorizado pelo direito doméstico a derrogação de suas próprias normas. Contudo, no âmbito dos contratos nacionais a dúvida permanece: é possível que as partes convençionem para determinar a aplicação de uma norma ou conjunto de normas de direito estrangeiro? Esta convenção teria validade à luz do ordenamento jurídico brasileiro?

⁵²⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. *Op. cit.*, p. 208. “O devido processo legal impõe um processo adequado, que, dentre outros atributos, é aquele que se desenvolve perante um juízo adequadamente competente. A exigência de uma competência adequada é um dos corolários dos princípios do devido processo legal, da adequação e da boa-fé, de modo que se pode inclusive falar em um princípio da competência adequada.”

⁵²¹ BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n. 219. p. 13-41.

A questão é controversa, especialmente diante do art. 9º, da LINDB, que determina que as obrigações sejam qualificadas e regidas pela lei do local onde se constituírem. Nesse quadro, os contratos nacionais não poderiam, a princípio, eleger normas de outro ordenamento, em respeito à soberania e a inderrogabilidade das normas nacionais, de modo que a validade de convenções desse tipo estará sujeita a um maior controle pelo juiz. Entretanto, alguns autores vêm defendendo que a partir das inserções realizada pela Lei de Liberdade Econômica ao Código Civil (art. 113 e art. 421-A do CC), é plausível que a escolha da lei pelas partes seja respeitada, ainda que se trate de norma de direito estrangeiro.⁵²²

De todo modo, deve-se ter em mente que o direito estrangeiro é aplicado pelo juiz brasileiro como um fato e não como um direito em si, pois as normas jurídicas internacionais gozam de soberania no Estado em que foram formuladas, mas não são de observação necessária pelos demais Estados.⁵²³ Para os autores que defendem a indisponibilidade do direito pelas partes, a aplicação do direito estrangeiro é uma exceção clara, vez que somente será indisponível o Direito vigente no âmbito de competência do juízo judicante.⁵²⁴

Assim, ao pretender a aplicação do direito estrangeiro, a parte deve fazer prova da sua existência e de seu conteúdo, isto é, da interpretação que lhe é fornecida no contexto de origem.⁵²⁵ Tal entendimento se compatibiliza com o disposto nos arts. 13 e 14 da LINDB, que exige que as partes façam prova não somente dos fatos ocorridos em país estrangeiro de acordo com as normas vigentes naquele país, normas estas que também poderão ser objeto de prova, como também preceitua o art. 376, do CPC. Desse modo, na eventualidade de as partes

522 “Em que pese não se ter expressamente liberado a indicação da lei aplicável aos contratos internacionais por vontade das partes, parece ser plausível apontar que os incisos do art. 421-A do Código Civil impedirão a ingerência do julgador para submeter um contrato a outra lei que não seja aquela que eles próprios tenham indicado como parâmetro interpretativo e de distribuição de riscos do pactuado.” MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Escolha da lei aplicável aos contratos internacionais como mecanismo de liberdade econômica. *In Lei da Liberdade Econômica Anotada*. v. 2. Coord. Alexandre J. Carneiro da Cunha Filho, Roberto Ricomini Piccelli; Renata Mota Maciel. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 255.

523 É o que explica a corrente francesa sobre a aplicabilidade do direito estrangeiro. “Quanto à França, o código civil é omissivo, mas a jurisprudência estabeleceu que o direito estrangeiro é um facto, cuja prova incumbe às partes, e, no caso, de abstenção destas, entende-se que a lei estrangeira é idêntica à francesa. Prova-se a lei estrangeira por todos os modos aceites no direito commum, salvo o juramento decisório; e o juiz aprecia soberanamente o valor das oferecidas. Esta é a orientação dominante nas legislações” BEVILAQUA, Clovis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Campinas: RED Livros, 2002, p.69.

524 RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual*. *Op. cit.*, p. 329.

525 Nesse sentido: “Ao aplicar o direito estrangeiro, então, o juiz do foro, por coerência e obedecendo à regra de conflito, deverá aplicar o direito estrangeiro interpretando-o na conformidade das regras de interpretação daquele direito. Isto é, deve obter, tanto quanto possível, a prova do seu teor exato, como interpretado nos tribunais. BAPTISTA, Luiz Olavo. A aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a36, n. 142, abr/jun.1999, p. 270. “A interpretação da lei estrangeira deve ser feita no estado de espírito dessa legislação, pois os termos, os conceitos e os institutos jurídicos têm o sentido e conteúdo que ali lhe são dados.” COSTA, Luiz Antônio Severo da. *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, p. 35.

pactuarem convenção processual com eleição de norma de direito estrangeiro, devem indicar a interpretação que lhe é dada em sua origem.

4.3.5 Limites específicos das convenções processuais sobre questões de direito

A convenção processual sobre questão de direito é um negócio jurídico que congloba aspectos de direito processual e de direito material. Uma vez compreendidos os limites estabelecidos para as convenções processuais (item 1.3.2.2), há de se perguntar se existem limites impostos à disposição sobre normas de direito material.

Primeiramente, é necessário rememorar que a definição das questões de direito ocorre não somente na determinação da lei aplicável, na qualificação jurídica de determinados fatos, mas, especialmente, nos espaços interpretativos e integrativos dos textos legais, que, por vezes, carecem de uma atividade de concreção para que possam ser aplicados. Por esta razão, qualquer limite específico a convenção sobre questões de direito aplicáveis ao mérito deve ser pensado a partir do caso concreto, para que não haja limitações sumárias ao exercício do poder de autorregramento pelas partes.

Nos poucos trabalhos que analisam o tema as convenções processuais sobre questões de direito, observou-se a consagração da disponibilidade do direito material como um limite específico à convencionalidade.⁵²⁶ O entendimento decorre da ideia de que a escolha do direito aplicável irá sempre interferir no resultado jurídico substancial do conflito, com o que ousamos discordar. Acreditamos que o reconhecimento da autonomia das partes na definição das questões de direito implica em permitir a atividade das partes nos espaços interpretativos e integrativos que foram tradicionalmente ocupados pelo juiz, independentemente da disponibilidade do direito. Desse modo, a indisponibilidade do direito material não leva, necessariamente, à inadmissibilidade da convenção processual.⁵²⁷

Sem dúvidas, as convenções processuais sobre questões de direito contemplam maior espaço de atividade nas negociações empresariais, nas quais as partes, bem representadas, tem maiores espaços para negociar, inclusive com a possibilidade de elegerem a justiça arbitral como adequada para a solução de eventuais conflitos, mas que pretendem assegurar seu acesso

⁵²⁶ “Em suma, trata-se também de um negócio jurídico de direito material, ainda que celebrado no bojo de um processo e igualmente gerador de consequências processuais (isso também não é uma novidade: os contratos de garantia real, como o penhor e a hipoteca, também têm essa natureza bifronte). Há a alteração do próprio resultado jurídico substancial – e não do mero modo de solução do conflito. Por isso, o próprio direito material precisa ser disponível.” TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu*. *Op. cit.*, p. 12. No mesmo sentido, SANTOS, Rodrigo Bley. *Convenção processual sobre norma aplicável ao mérito*. *Op. cit.* p. 163-165.

⁵²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 341.

à justiça estatal, motivadas pelos custos do procedimento, pelas possibilidades coercitivas do Estado, pela garantia do duplo grau de jurisdição ou qualquer outro elemento discricionário que desejarem.

Entendimento diverso dispensamos quando as convenções processuais sobre questões de direito afetarem normas de competência absoluta. As convenções processuais em geral já reconhecem as regras de competência absoluta como limite⁵²⁸, o que se justifica por alguns motivos. Em primeiro lugar por decorrerem diretamente do texto constitucional, não podem ser afastadas até mesmo pela vontade das partes. Tais regras já trazem em si um juízo de ponderação sobre interesses e valores confrontantes, traduzindo a melhor opção encontrada pelo legislador, democraticamente legítimo para a fixação de tais regras. Logo, a observância das regras de competência absoluta é necessária.

Imagine-se um caso em que numa ação de cobrança em curso na justiça estadual, um tomador de serviços realizasse uma convenção processual com o seu prestador de serviços, com a finalidade de dar ao juiz a interpretação correta da relação havida entre eles, acordando que se tratava de uma relação de trabalho. A definição jurídica da relação de trabalho como objeto da discussão não somente induz o direito aplicável ao caso, mas altera a matéria definidora da competência. A Constituição Federal atribui à Justiça do Trabalho a competência material para julgar tais casos, determinando a criação de toda uma estrutura judiciária especializada para o julgamento de tais casos, definindo ainda suas diretrizes e princípios para a tutela adequada dos direitos. A competência constitucional deve ser observada para resguardar o devido processo legal.⁵²⁹

A respeito de convenções processuais que afetem a competência, a análise da validade do acordo deve ser feita pelo juiz no sentido de encontrar a melhor maneira de tutelar os interesses das partes envolvidas no conflito, ainda que isto importe em derrogação de normas de competência. Todavia, essa análise deve ser feita num âmbito de adequação tal que impeça que a vontade das partes interfira de modo contrário aos objetivos que autorizam a sua manifestação. O reconhecimento da autonomia das partes para gerenciarem o procedimento tem lugar nos benefícios que podem trazer ao processo e às partes. Algumas situações não demonstram benefício algum, além de imporem à administração da Justiça um ônus excessivo.

⁵²⁸ O enunciado n.º. 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis afirma que não são admissíveis acordos bilaterais para modificação da competência absoluta.

⁵²⁹ “Toda essa exigência de competências pré-definidas por normas de acordo com a Constituição - não passíveis de disposição, transferência ou moldagem de forma diversa -, nada mais é do que uma manifestação do devido processo legal, que impõe que o poder seja exercido por procedimento regulado por lei, e conduzido por uma autoridade natural - i. e., previamente individualizada, constituída, e cujos poderes de ação e atuação sejam delimitados objetiva e abstratamente em lei.” BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. *Op. cit.* p. 38.

As definições das questões de direitos pelas partes não podem apresentar implicações para a integridade institucional dos tribunais, devem se localizar nos espaços de possíveis interpretações a respeito das normas jurídicas, sejam elas leis, precedentes ou quaisquer outros atos normativos. Por exemplo, não é possível que as partes concordem que um juiz profira uma decisão a partir de um lançamento de moeda ou de um sorteio.⁵³⁰

4.4 Momento de celebração

Quanto ao momento de formação da convenção, é possível que seja *preliminar* à adjudicação da controvérsia ou *incidental*, no curso de um processo judicial.

As convenções processuais sobre questões de fato e de direito encontram maior espaço entre os sujeitos mais bem preparados e habituados a um determinado tipo de litígio, como nas relações entre empresas (*business-to-business*) ou órgãos públicos, devido à maior paridade entre os sujeitos, seja no aspecto de assessoria técnico-jurídica, seja no aspecto econômico, para suportar os custos processuais e temporais das transações. Tais convenções se apresentam como grande aliada de sujeitos que desejam imprimir maior previsibilidade e capacidade de gerenciamento de suas relações, especialmente no âmbito processual, permitindo às partes desenhar adequadamente as suas disputas.

No âmbito dos contratos empresariais, o negócio jurídico processual pode representar um ativo importante no momento da negociação, pois as partes, capazes e bem assessoradas, podem decidir por concessões de direito material em troca de benefícios processuais e vice-versa⁵³¹. Por exemplo, num contrato entre um proprietário de um segredo comercial e um licenciado, esse proprietário pode concordar em incluir no contrato cláusula que estabeleça que a validade das cláusulas de licenciamento não será discutida, presumindo-se válidas, desde que o contratante pague um preço maior pela licença do segredo comercial. Assim, o licenciado teria uma “garantia” de não ver discutidos os termos da avença, restringindo

⁵³⁰ “Imagine, for instance, that the parties have agreed that a court will have the power to review an arbitral award, but that the review must be accomplished by flipping a coin, or by casting lots. While the parties could certainly agree to resolve their disputes privately by such means, co-opting a judge to employ such procedures presents implications for the courts' institutional integrity. While managerial litigants have yet to propose procedures this extreme, they have undeniably started down this path. Already parties have jointly requested courts to perform review of arbitral awards on bases not specified in the Federal Arbitration Act, they have asked judges to act as mediators, and they have proposed that in assessing arbitral awards the courts decide contested evidentiary matters without evidentiary hearings. In light of such examples, the appropriate treatment of managerial litigants' requests is no longer merely an academic question. Courts need a reliable and consistent framework for evaluating the various requests and determining which they will adopt, and which they must deny.” COLE, Sarah Rudolph.

⁵³¹ DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de processo*, v. 279, p. 41-66, mai/2018.

futuras e eventuais demandas ao cumprimento das obrigações pactuadas no contrato, mas jamais à sua validade como questão prejudicial. Em contrapartida, o proprietário do segredo comercial receberia uma remuneração mais adequada aos seus interesses⁵³².

Importante passo para o fortalecimento dos negócios processuais no âmbito dos contratos empresariais ocorreu com a inclusão do art. 421-A no Código Civil, a partir da Lei de Liberdade Econômica, que reforçou as noções de liberdade contratual das partes, especialmente para a definição de critérios objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e pressupostos de revisão ou resolução contratual. Presume-se que nos contratos civis e empresariais as partes estejam em condições de paridade, o que intensifica a necessidade de cumprimento dos contratos tal como pactuados pelas partes. O *pacta sunt servanda* adquire um status de super princípio, relativizado somente em situações excepcionais.

Indiscutivelmente, a matriz publicista do processo civil brasileiro, durante muito tempo, relativizou a vontade das partes no exercício da atividade jurisdicional, conferindo ao juiz amplos poderes para condução do processo. Esta distorção fez com que muitos sujeitos buscassem vias alternativas à jurisdição estatal para o tratamento de seus conflitos, resguardando-se do formalismo estatal, incapaz de dar à controvérsia o tratamento adequado e desejado pelas partes.

Ao se pensar nas convenções processuais sobre o objeto da cognição judicial, considerada a complexidade do tipo de convenção e os efeitos dela almejados, é provável que ocorra durante a negociação principal havida entre as partes, a negociação que cria o liame para o surgimento de eventuais conflitos, antes da instalação de um ambiente de hostilidade.

Contudo, é possível que a convenção processual seja firmada num momento posterior à adjudicação do conflito. Depois de citado o réu e apresentada sua exceção, as partes terão conhecimento do objeto litigioso do processo, ocasião em que já poderão deliberar conjuntamente sobre os fatos e de direitos que pretendem levar à cognição do juiz, realizando a convenção do art. 357, §2º, CPC, ou ainda, fazê-lo em momento posterior, em audiência, utilizada a técnica de saneamento e organização compartilhada do art. 357, §3º, CPC.

A despeito da disposição legal fixar um limite temporal para estabilização da demanda, nos parece ser impossível afirmar categoricamente que a modificação da demanda após este momento não seja admitida, sob pena de prejuízo à própria garantia de acesso à prestação jurisdicional justa, que inclui entre as garantias do devido processo legal a autonomia

⁵³² BONE, Robert. G. Party rulemaking: making procedural rules through party choice. *Op. cit.*, p. 1356.

das partes e a possibilidade de flexibilização das regras procedimentais para uma cognição mais adequada.⁵³³

4.5 Forma adequada

Por ser categoria de negócio jurídico, as convenções processuais sujeitam-se aos mesmos requisitos formais que os fatos jurídicos do direito privado, qual seja, inexistindo forma prescrita em lei, a forma é livre (arts. 104, 166 e 167 do Código Civil. Para a convenção processual do art. 357, §2º, CPC, a lei não prevê forma específica⁵³⁴, sendo possível a definição negocial das questões de fato e de direito pela via escrita ou oral.

Será por escrito, principalmente, quando convencionada na fase pré-processual, pois poderá constar de contratos obrigacionais ou outros instrumentos que regulem aspectos processuais civis futuros, como nos acordos de colaboração premiada⁵³⁵ e protocolos institucionais⁵³⁶. Poderá, ainda, ser formulada por escrito no curso do processo, mediante peticionamento conjunto das partes⁵³⁷.

Acrescente-se que as convenções processuais sobre o objeto da cognição poderão ser celebradas oralmente na ocasião da audiência prevista no art. 357, §3º, do CPC/15 para

⁵³³ Nesse sentido, inspirados nas lições de Marco Antonio Rodrigues podemos admitir a modificação das questões de fato e de direito a qualquer momento, desde que respeitado o contraditório e a boa-fé dos convenientes. “Por isso, em nome da garantia do acesso à Justiça, pode ser superado o limite à mutabilidade imposto pelo artigo 264 do Código de Processo Civil, com uma mudança fática ou de fundamento jurídico, ou mesmo no pedido imediato ou mediato, como forma de proteção ao direito cujo reconhecimento se busca em juízo. Entretanto, aqui também é preciso observar a vontade do autor e propiciar o contraditório ao réu, possibilitando sua manifestação e influência na análise da demanda modificada. Ademais, deve se constatar ter agido o autor de boa-fé, ao pretender a mudança da ação.” *In A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Op. Cit.*, p. 175.

⁵³⁴ Ao contrário do que ocorre, por exemplo, na convenção sobre competência relativa, para qual a lei determina que seja feita por escrito (art. 63, §1º, CPC).

⁵³⁵ DIDIER JR, Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada (lei nº. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. *In Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais. Op. cit.*, p. 111-152.

⁵³⁶ Os protocolos institucionais podem ser caracterizados como acordos plurilaterais institucionais, celebrados por pessoas jurídicas ou órgãos como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público, a Defensoria Pública, entre outros, para pactuar a forma de estruturação do processo a partir do debate coletivo. São fruto de uma linha evolutiva dos ordenamentos jurídicos, entendidos como instrumento de efetivação da democracia participativa no processo. PANTOJA, Fernanda Medina. *Protocolos pré-processuais: fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no direito brasileiro*. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2016, p. 163-168. As normas reguladas neste tipo de acordo se opõem a todos os membros do grupo institucional, independentemente de estarem presentes na tomada da decisão. Em geral, são acordos administrativos, que em algumas situações podem ter efeitos processuais. Por esta razão, alguns autores não reconhecem o seu caráter de convenção processual, mas uma vez que satisfazem o requisito da referibilidade a um processo, pouco importa se os efeitos processuais são principais ou acessórios, diretos ou indiretos. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais. Op. cit.*, p. 92-95.

⁵³⁷ É comum o peticionamento conjunto das partes no curso do processo quando se trata de transações sobre o direito material, que, não raras vezes, também contém cláusulas de discrepância, como as que firmam a renúncia ao direito de recorrer ou conferem ao documento caráter de título executivo. Logo, nada impede que as partes apresentem nos autos um acordo sobre a organização das questões de fato e de direito.

organização compartilhada do processo. Embora o foco da audiência seja a organização do processo de modo compartilhado pelas partes e pelo juiz, não há impedimentos de que as partes assumam o protagonismo da condução processual e convencionem sobre o objeto da cognição para instrução e solução da controvérsia. A participação do juiz servirá a análise da validade da disposição das partes e homologação do acordo, que deverá ser reduzido à termo para orientar as atividades dos sujeitos processuais, em todos os graus de jurisdição.

4.6 O juiz e as convenções processuais sobre o objeto da cognição

Uma vez admitidas as convenções sobre questões de fato e de direito, hábeis a limitar as matérias a serem conhecidas e decididas pelo juiz, é fundamental discutir sobre as possibilidade de atuação do juiz frente à convenção processual, especialmente quanto à natureza da homologação prevista no art. 357, §2º, do CPC, as posturas do juiz diante do incumprimento dos acordos processuais e as consequentes possibilidades recursais.

4.6.1 O papel da homologação pelo juiz

A cláusula geral de convencionalidade do art. 190, do CPC/15 estabelece a autoaplicabilidade das convenções processuais, elevando a autonomia da vontade das partes sobre qualquer juízo de oportunidade ou conveniência que possa pretender o magistrado. Embora o juiz não possa desprezas as manifestações de vontade das partes, exerce o controle de validade dos atos de disposição, podendo recusar sua aplicação nos casos específicos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, para todos os demais casos a vontade das partes é soberana.

No entanto, para algumas convenções processuais específicas⁵³⁸, o legislador requer a homologação pelo juiz, como ocorre no acordo de desistência do processo, o art. 200, parágrafo único, do CPC excepciona a regra de aplicabilidade imediata dos negócios jurídicos processuais, condicionando a eficácia da desistência à homologação pelo juiz. A redação do dispositivo, assim como os enunciados interpretativos ao seu respeito, conduz à conclusão de que a homologação é uma condição de eficácia da convenção processual, ou seja, uma condição

⁵³⁸ Nesse sentido, destaque-se o enunciado nº. 115, da II Jornada de Direito Processual Civil: “O negócio jurídico processual somente se submeterá à homologação quando expressamente exigido em norma jurídica, admitindo-se, em todo caso, o controle de validade da convenção.”

para que a convenção processual surta efeitos na ordem jurídica. Desse modo, na estrutura do processo cooperativo, a vontade das partes deve ser respeitada, cabendo ao juiz a análise da validade, nos termos da lei.

Embora parte da doutrina processual brasileira acredite que o juiz é parte das convenções processuais que envolvem disposições sobre as suas prerrogativas⁵³⁹, o que tornaria a homologação uma espécie de concordância com a delimitação cognitiva realizada pelas partes⁵⁴⁰, entendemos que o juiz não é parte do negócio jurídico processual. Ao contrário das partes que se autovinculam às convenções processuais, no exercício de seus direitos de liberdade individual e na autonomia da vontade, o juiz fica vinculado pela heterolimitação, pelo dever de aplicar a norma convencionada.⁵⁴¹ Portanto, o juiz age no exercício de um múnus público, vinculado à lei.

Desse modo, a homologação decorre do exercício do controle de legalidade e validade da convenção processual.⁵⁴² É produto de um julgamento sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma e/ou os pressupostos de fundo quanto a determinado ato praticado por sujeito diverso do órgão jurisdicional que homologa.⁵⁴³ Manifesta-se, pois, como uma condição para que os acordos processuais surtam efeito.⁵⁴⁴

Comparativamente, no âmbito do direito civil, a homologação é especialmente relevante para os casos de transação de direitos patrimoniais, como se vê nas relações obrigacionais (art. 842 do CC) e sucessórias (art. 2.015 do CC). Em ambos os casos a lei prevê a necessidade de que os acordos celebrados pelas partes sejam submetidos à homologação judicial, porém a sentença homologatória nada resolve, “apenas dá à transação o efeito extintivo

⁵³⁹ É o que sugere Diogo Almeida sobre a homologação do calendário processual celebrado pelas partes e sobre a convenção que limita os poderes instrutórios do juiz. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo*. *Op. cit.*, p. 133.

⁵⁴⁰ “Se o ato de disposição das partes envolver prerrogativa do juiz, este deve não só controlar a validade da convenção, mas também concordar com o que restou estabelecido e integrar a convenção, vinculando seus atos às novas regras procedimentais.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. *Op. cit.*, p. 107. No mesmo sentido, tratando especificamente da convenção sobre o objeto da cognição, Eduardo Talamini, defende que “o pressuposto para a homologação será a própria correção, no entender do juiz, da definição feita pelas partes. Caso ele a repute incorreta, procederá ele mesmo à delimitação das questões controvertidas. Caso ele repute correta a seleção feita pelas partes, ele irá endossá-la, assumi-la como sua.” TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu*. *Op. cit.*, p. 10.

⁵⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 256.

⁵⁴² REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada inovação do CPC/15. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 149, p. 09-16, ago/2015. “Capazes de produzir, de plano, a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, independentemente de homologação pelo juiz, ao qual é permitido o controle somente a posteriori e restrito aos defeitos relativos ao plano da existência e da validade das convenções.”

⁵⁴³ DIDIER JR, Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada (lei nº. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. *Op. cit.*, p. 126.

⁵⁴⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo*. *Op. cit.*, p. 138.

da relação jurídico-processual”.⁵⁴⁵ O ato judicial nada incrementa à transação, a homologação apenas irradia a eficácia processual ao negócio jurídico de direito material.⁵⁴⁶

Na esfera do direito administrativo, a homologação encontra-se no rol dos atos negociais, cujo conteúdo é uma declaração de vontade coincidente com a pretensão do particular que a pleiteia.⁵⁴⁷ Trata-se de um ato unilateral e vinculado, através do qual a Administração Pública reconhece a legalidade de um ato jurídico⁵⁴⁸, realizando uma análise *a posteriori* de sua legalidade, sem qualquer análise do mérito da discussão. A homologação configura-se como o reconhecimento de idoneidade para a produção dos efeitos específicos pretendidos pelo ato, consistindo em verdadeira condição de eficácia do ato administrativo⁵⁴⁹. Logo, a homologação é a chancela da Administração Pública em relação ao ato jurídico já praticado, pois verificados os requisitos legais condicionadores de sua válida emissão.⁵⁵⁰

No âmbito do direito processual civil, a homologação pode ser analisada de diferentes formas. Quando se parte da análise dos instrumentos de cooperação judiciária, destaca-se a necessidade de homologação de sentença estrangeira, para que as decisões estrangeiras tenham eficácia no Brasil. A sistemática da homologação de sentenças estrangeiras corrobora que homologar não é deliberar, mas reconhecer a decisão estrangeira e adotar os mecanismos necessários à sua execução no território nacional. Compete, pois, ao Estado Brasileiro verificar a satisfação dos pressupostos processuais para a homologação, sem, contudo, adentrar na análise do mérito da decisão.⁵⁵¹

⁵⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. Efeitos da transação judicial. *Revista de Direito Civil*. v. 1, n. 7, p. 16–22, set./out., 2000.

⁵⁴⁶ Nesse sentido, Pontes de Miranda ensina que a eficácia processual não afeta o negócio jurídico de direito material. “A transação, negócio jurídico de direito material, tem de existir, ser válida e ser eficaz segundo os princípios do direito material que a rege. A judicialização (=homologação) há de existir, ser válida e ser eficaz segundo os princípios do direito pré-processual e processual. Se falta algum daqueles pressupostos, não há eficácia da transação para se homologar. Se falta algum desses, é a judicialização que falta, ou é inválida, ou ineficaz.” PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, *Op. cit.*, t. 25, p. 173.

⁵⁴⁷ Hely Lopes Meirelles classifica como “ato administrativo negocial”, inspirado na tradução literal do italiano “*atti amministrativi negoziali*”, assim compreendidos como “declarações de vontade da autoridade administrativa destinadas a produzir efeitos específicos e individuais para o particular interessado”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 210. No mesmo sentido: CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 292.

⁵⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 32ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 511. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 256.

⁵⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. *Op. cit.*, p. 182. Quando necessária homologação do ato administrativo, assim como ocorre com o termo inicial ou condição suspensiva, deve ocorrer para que possa eclodir os efeitos típicos do ato. Veja-se MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 398.

⁵⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. *Op. Cit.*, p. 448.

⁵⁵¹ “Preenchidos os requisitos legais, impõe-se a homologação da sentença estrangeira, não cabendo ao Superior Tribunal de Justiça o exame de matéria pertinente ao mérito, salvo para, dentro de estreitos limites, verificar eventual ofensa à ordem pública e à soberania nacional, o que não é o caso.” (STJ, Homologação de Decisão Estrangeira nº. 176 – US (2016/0334063-2), rel. Min. BENEDITO GONÇALVES).

Diante de todos estes elementos, entendemos que o ato de homologar não implica em uma concordância quanto ao mérito do ato examinado, mas uma verificação dos seus requisitos de legalidade e validade para que possa surtir efeitos, como se o próprio ato tivesse sido proferido órgão jurisdicional. Em se tratando de convenções processuais, cuja admissão se justifica na cooperação e na flexibilização processual pelas partes, é ainda mais evidente que o ato homologatório não compreende concordância substancial com o conteúdo das disposições das partes, mas apenas o reconhecimento necessário para que surta os efeitos pretendidos.

Desse modo, ao analisarmos a convenção processual sobre questões de fato e de direito, estamos certos em afirmar que a homologação pelo juiz é um requisito de eficácia do acordo processual. Sustentar que o juiz deva concordar com a delimitação convencional sobre o objeto da cognição para homologar o acordo é admitir hipótese de antecipação cognitiva, sem qualquer fundamento legal. Nesse caso, estaria a se exigir do juiz que, com cognição sumária, sem qualquer situação de urgência, analisasse as questões trazidas pelas partes ao debate e realizasse um prognóstico acerca da suficiência ou não da delimitação realizada pelas partes, já antecipando suas pré-compreensões sobre os fatos e o direito necessário a uma futura decisão, o que além de afrontar os poderes concedidos às partes pela lei processual, exacerbaria os poderes do juízes, contrariando as premissas do processo cooperativo e flexível.

Uma vez que a homologação é condição de eficácia da convenção processual do art. 357, §2º, do CPC, a vontade das partes é soberana para vincular o juiz à norma convencional, tanto em seu aspecto fático como jurídico, só podendo ser afastada nos casos de ilegalidade e invalidade.

4.6.2 Cognoscibilidade de ofício e cumprimento das convenções processuais

Celebrada a convenção processual as partes vinculam-se às obrigações que voluntariamente assumiram, no entanto, ainda que o processo seja informado por valores que exigem um comportamento probo, ético e leal, é possível que as partes violem as obrigações assumidas ou ainda que sofram os reflexos da conduta de um terceiro, como o juiz. As respostas dadas diante do incumprimento da convenção processual distinguem-se a depender do sujeito que lhe dá causa e do tipo de obrigação descumprida.

É verdade que grande parte das convenções processuais insertas em contratos materiais, celebradas de modo prévio, jamais serão objeto de apreciação judicial, na medida em que os acordos celebrados serão integralmente cumpridos. No entanto, havendo necessidade de submeter a convenção processual ao método estatal heterônomo de resolução de conflitos,

deverão as partes adotar conduta diligente para fazer cumprir as predisposições processuais e, havendo necessidade, provocar o juiz para repelir os efeitos do ato desconforme eventualmente praticado por uma das partes. O descumprimento da convenção processual é matéria que não pode ser conhecida de ofício, deve ser suscitada pela parte.⁵⁵²

Dentre as diversas possibilidades de perturbações ao cumprimento dos negócios processuais, Paula Costa e Silva defende que diferentemente do que se observa no descumprimento de um dever material, que, em última instância, pode ser solucionado através da afetação do patrimônio do devedor, o descumprimento do dever processual é saneado pela decisão a seu respeito, sem gerar consequências diretas ao devedor.⁵⁵³ Compete à parte prejudicada pelo comportamento desconforme apresentar uma defesa processual, uma exceção, no intento de obstaculizar ou tornar inadmissível a providência desconforme pretendida.

Vejamos, por exemplo, a convenção processual na qual as partes renunciam ao recurso. Interposto o recurso, deverá a parte recorrida provocar a inadmissibilidade do recurso, que deve ser acolhida pelo tribunal.⁵⁵⁴ O mesmo entendimento se observa na análise das convenções probatórias válidas que restringem meios de provas. Para evitar perturbações ao cumprimento do negócio jurídico processual as partes devem se abster de requerer a produção da prova afastada ou, se pré-constituída, não a carrear aos autos. Caso uma das partes se comporte de maneira desconforme à vontade manifesta na convenção processual, compete à prejudicada provocar o juízo para inadmissibilidade da prova, de modo que a decisão judicial irá repor o estado de conformidade da conduta, um *cumprimento natural coercitivo*.⁵⁵⁵

Em ambos os exemplos tratamos da conduta desconforme do convenente, que contraria a vontade manifesta na convenção processual. Para tais casos, importa destacar que ao celebrar convenções processuais os convenentes devem estar atentos à possibilidade de acordar instrumentos de incentivo ao cumprimento recíproco do pacto, estabelecendo outros deveres e sanções com o fito de salvaguardar os interesses da parte lesada pelo descumprimento

⁵⁵² Nesse sentido, veja-se o enunciado 252 do FPPC, “o descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento.”

⁵⁵³ SILVA, Paula e Costa. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.16.

⁵⁵⁴ SILVA, Paula e Costa. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*. *Op. cit.*, p. 144. “Nada dizendo o recorrido, o recurso será admitido e, se reunir todas as condições de admissibilidade previstas por lei, deverá ser julgado.”

⁵⁵⁵ SILVA, Paula e Costa. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*. *Op. cit.*, p. 143. É também o que defende Antonio do Passo Cabral quanto ao *pactum de non petendo*: “É possível que o juiz de cumprimento ao *pactum de non petendo* simplesmente pronunciando a inadmissibilidade da demanda, i.e., rejeitando-a liminarmente (lembrando-se que, como não pode conhecer de ofício, a rejeição liminar depende de alegação do adversário). CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. *In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 78, out./dez. 2020, p. 28.

do dever processual.⁵⁵⁶ O descumprimento do dever processual poderia acarretar, por exemplo, na cominação de uma multa em benefício da parte lesada, além, é claro, da adoção das medidas necessárias ao cumprimento do acordo processual.

Retomando a ideia de convenção processual como metanorma, vislumbra-se a possibilidade de que o descumprimento da norma criada pelas partes via convenção processual seja considerado um dano processual passível de sanção, atraindo a aplicação das regras de litigância de má-fé. De fato, o comportamento contraditório do convenente contraria a boa-fé que deve ser observada na execução do acordo e deve ser sancionado quando consistir em alguma das hipóteses abusivas previstas no art. 80, do CPC, como, por exemplo, se uma das partes insistir em alegação de fato acobertado por incontrovérsia convencional (art. 80, I, do CPC).

Para que a parte prejudicada possa se valer dos mecanismos de execução forçada do acordo e eventuais reparações pelo seu descumprimento, é necessária a provocação do juiz, uma vez que o descumprimento da convenção processual sobre o objeto da cognição somente se verifica no curso do processo e depende da reafirmação do interesse da parte em seguir com o pactuado. Ademais, por ser uma convenção processual condicionada à homologação judicial, não pode ser aplicada de ofício pelo juiz, independentemente da natureza das disposições realizadas.⁵⁵⁷

Na estrutura processual cooperativa e em respeito ao contraditório como influência reflexiva, entendemos que, ao ser provocado ao cumprimento do acordo processual ou a aplicar uma sanção ao convenente que o descumpre, o juiz deve estimular o debate direto entre as partes, a fim de que possam esclarecer os conflitos e encaminhar, voluntariamente, o cumprimento das obrigações. É que por vezes, a representação processual pelo advogado pode se desassociar da vontade manifestada pelas partes anteriormente, razão pela qual uma importante baliza para o cumprimento dos negócios jurídicos processuais reside na identidade dos sujeitos celebrantes do acordo.⁵⁵⁸ Logo, embora o juiz não possa conhecer de ofício do acordo processual, deve estimular a consensualidade entre as partes, para promover o cumprimento da norma convencional, como o faria em relação a norma legal.

⁵⁵⁶ É matéria sobre a qual já se pronunciou o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis em seu enunciado n.º 17: “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso de descumprimento da convenção.”

⁵⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 278. Para Cabral, a possibilidade de o juiz conhecer de ofício uma convenção processual depende da natureza dos acordos, se dispositivos ou obrigacionais, porém em qualquer caso, sendo necessária a homologação como condição de eficácia, a cognição pelo juiz só é possível mediante provocação.

⁵⁵⁸ VOGT, Fernanda Costa. Cessaçãõ da relação convencional: um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual. *Revista de processo*, v. 286, p. 51-86, dez/2018.

Ocorre que, para além das perturbações causadas pelas próprias partes é possível que o incumprimento das convenções processuais tenham causa na conduta do juiz que se recusa a aplicar as modificações feitas pelas partes, ocasião em que se apresentam os instrumentos disponíveis às partes para assegurarem o exercício do seu direito ao autorregramento, especialmente pela via recursal.

4.6.3 Possibilidades recursais

Verificada a validade da convenção processual sobre o objeto da cognição, compete ao juiz homologá-la e aplicá-la para que surta os efeitos pretendidos pelas partes. Contudo, é possível que se verifique ao menos duas condutas do juiz que podem desencadear a necessidade recursal das partes para exigir o cumprimento do acordo: *i*) a não homologação e *ii*) a não aplicação da convenção processual.

Na primeira hipótese, caso a homologação não seja realizada, Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha defendem uma aplicação análoga do art. 1.015, III, do CPC, que possibilita que a decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem seja desafiada por agravo de instrumento. Assim, considerando que a convenção de arbitragem é uma espécie do gênero negócio jurídico processual, a decisão que rejeita um negócio jurídico processual deve ser impugnada por agravo de instrumento, com fundamento no art. 1.015, III, do CPC.⁵⁵⁹ No entanto, como já defendemos anteriormente, a interpretação ampliativa do rol taxativo do art. 1.015 do CPC foi alvo de exame pelo Superior Tribunal de Justiça que decidiu pela mitigação das restrições legais somente quando verificada a urgência decorrentes da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.⁵⁶⁰

Tratando-se de convenções processuais sobre questões de fato e de direito, indispensáveis ao conhecimento do mérito do processo, o não conhecimento das convenções processuais podem retratar situações de urgência que justifiquem o uso excepcional do agravo de instrumento.

Considerando a flexibilidade procedimental e a extensão do momento de formação de estabilidade objetiva da demanda para além do momento vértice de saneamento e organização do processo previsto no art. 357, §2º, do CPC, é possível que a convenção

⁵⁵⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. *Revista de Processo*, v. 242, 2015, p. 275-284.

⁵⁶⁰ STJ, Recurso especial n. 1.696.396-MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.12.2018

processual sobre questões de fato e de direito seja apresentada após o encerramento da fase instrutória e antes da sentença. Nesses casos, o juiz deve realizar o controle de validade da convenção processual, especialmente para verificar as eventuais externalidades geradas, pois não seria de boa-fé que as partes realizassem ampla instrução probatória a respeito de um fato para que quando estivesse suficientemente provado o excluíssem da apreciação judicial para decisão, e verificando que não houve aumento de custos e estando presentes os demais requisitos de validade, homologar a convenção processual, independentemente do momento processual em que foi apresentada. Opondo-se o juiz à homologação do acordo processual, a recusa deverá ser impugnada como preliminar de apelação, nos termos do art. 1009, §1º, do CPC.

Na segunda hipótese, estamos diante de um caso em que o juiz homologa a convenção processual, mas lhe nega a aplicação, de modo que os parâmetros convencionados pelas partes são desprezados na decisão de mérito. Há a perturbação no cumprimento da convenção processual causada pela conduta de um terceiro, o juiz.

A perturbação no cumprimento do negócio processual pelo juiz ocorre nos casos em que aspectos da norma convencional não se dirige às partes, mas ao decisor.⁵⁶¹ As partes têm o dever de cumprir o pactuado, sob o risco de serem responsabilizadas nos termos das sanções previstas no acordo e na lei, além de terem de suportar a inadmissibilidade de seus requerimentos, desde que provocada a exceção pela parte lesada. O mesmo não ocorre para o juiz.

Imagine-se o caso em que o juiz arbitrariamente considera que o autor não se desincumbiu de seu ônus probatório por não apresentar elementos de prova a respeito de fatos que as partes convencionalmente escolheram afastar da cognição judicial, ou ainda que o juiz proceda à aplicação de dispositivos do Código Civil, quando as partes elegeram o Código Comercial para dirimir a disputa. Em ambos os casos, a não aplicação da norma convencional pelo juiz implica num desequilíbrio da decisão final, pois as partes orientaram seu comportamento processual nos limites do acordo celebrado, de modo que a decisão surpreende as partes e fere a garantia do contraditório, carecendo de reforma.

⁵⁶¹ É o que se verifica nas convenções processuais que tratam da inversão do ônus da prova. Como bem tratado por Paula Costa e Silva, nessas hipóteses não há deveres para as partes, mas apenas para o terceiro, poque a convenção atinge uma situação jurídica. A regra distributiva da carga probatória tem como destinatário o juiz e é ele, que no momento da decisão, lhe dará ou não cumprimento. SILVA, Paula e Costa. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*. *Op. cit.*, p. 139-142.

Desse modo, diante do descumprimento da convenção processual pelo juiz que a homologa, mas recusa a sua aplicação, estamos diante de uma decisão que foi proferida em contrariedade com a lei, haja vista o caráter normativo da convenção processual, pelo que entendemos que a decisão pode ser desafiada através de recurso de apelação, requerendo a reforma pelo erro de julgamento.

4.7 Reflexos sobre terceiros

Ao celebrar um acordo processual as partes buscam antecipar as consequências e os impactos futuros da avença, porém é possível que sobrevenham circunstâncias supervenientes não vislumbradas pelas partes e que podem afetar a sua prognose inicial.⁵⁶² Entretanto, é possível que um terceiro demonstre interesse na relação processual, como ocorreria num caso de oposição, assistência ou algum outro tipo de participação interventiva, o que suscita relevante dúvida sobre os reflexos da convenção processual sobre terceiros não signatários.

Como já pontuamos anteriormente, a tônica para a admissão das convenções processuais sobre o objeto da cognição é a completa releitura das premissas básicas de interpretação e aplicação do direito, considerando o influxo das questões de fato sobre as questões de direito, e vice-versa, na chamada espiral hermenêutica. A releitura de tais premissas tem seu lugar no sistema processual que reconhece o dinamismo da relação processual e privilegia a flexibilização, de modo que razões supervenientes ou não consideradas pelos convenentes quando da celebração do acordo, devem poder ser revistas sem que isso implique em automática invalidação da convenção ou suspensão de sua eficácia.

Uma vez que os convenentes só podem dispor sobre situações jurídicas que estejam na sua esfera de autonomia, os terceiros que não forem signatários da convenção processual, não podem ser afetados pelas disposições do acordo, o que implicaria na ineficácia relativa da convenção em relação a esses terceiros.⁵⁶³ Todavia, é preciso analisar os interesses do sujeito que pretende ingressar na relação processual, ou a isto foi provocado.

Como defende Antonio do Passo Cabral, a concepção de interesse de agir não pode estar vinculada à lesão, à violação de um direito material para justificar a necessidade da atuação

⁵⁶² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 403.

⁵⁶³ Como já discutimos anteriormente, para a validade das convenções processuais é necessário analisar a legitimidade *ad actum* do convenente, pois “as partes não estão autorizadas a deliberar senão sobre situações jurídicas que estejam na sua esfera de autonomia.” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 305.

em juízo, ou atrelado a utilidade da tutela jurisdicional para a satisfação do direito subjetivo. O interesse de agir reflete uma utilidade cambiante, sujeita a alterações às quais o processo deve estar apto a responder, para possibilitar que a atuação que o litigante repute como a mais adequada para a satisfação da sua situação de vantagem.⁵⁶⁴ Nessa perspectiva, Sofia Temer defende que a participação dos sujeitos no processo deve se estruturar sobre os vetores da diversidade, responsabilidade e flexibilidade, pois se coadunam com a compreensão de processo como um espaço político.⁵⁶⁵ Logo, o ingresso de um sujeito no processo, a que título for, deve ser precedido de análise casuística e particularizada, que considere as distintas finalidades e interesses propostos, para justificar distintas prerrogativas, intensidades e consequências de sua atuação.⁵⁶⁶

Quanto ao objeto deste estudo, de pronto afirmamos que não é admissível que uma convenção processual sobre o objeto da cognição disponha de interesses de terceiros não convenientes, entretanto, pode ocorrer de tais interesses restarem afetados em razão de superveniente ampliação subjetiva da ação. Nesses casos, espera-se do juiz uma postura compatível com o caráter democrático do processo, em respeito aos estímulos à consensualidade propostos pelo CPC/15, ao contraditório, cooperação e boa-fé, para promover o debate entre todos os sujeitos processuais e possibilitar a integração subjetiva na convenção processual ou a modificação de seus termos de acordo com os interesses de todos.

Após o debate, deverá o juiz prolatar decisão a respeito da integração processual. Tal decisão deverá considerar a pertinência da participação do sujeito interveniente e a sua zona de interesse. Se a questão que o terceiro visa discutir se encontrar no espectro das questões de fato e de direito escolhidas pelas partes como objeto da cognição, é possível que ocorra a integração subjetiva da convenção, a fim de que todos se comprometam com os termos do acordo. Se o interesse do terceiro estiver fora do objeto do acordo, as limitações cognitivas impostas pelas partes terão de ser relativizadas.

Por exemplo, no caso em que as partes, definindo as questões de direito, concordem em afastar a aplicação de um precedente de caráter normativo (art. 927, do CPC) para a solução de seu próprio litígio, esta convenção processual não terá efeito sobre eventual ação de oposição

⁵⁶⁴ Deve-se analisar o interesse de agir, tanto para as partes quanto para os terceiros, como “o complexo de atividades que são permitidas aos sujeitos ao longo de todo o curso do procedimento, franqueando sua atuação desde que o ato específico tenha atual e concreta utilidade para o requerente”. Trata-se da análise do interesse de agir a partir do conceito de “zonas de interesse”. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, v. 404, a. 105, jul-ago/2009, p. 29-30.

⁵⁶⁵ TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 89-92.

⁵⁶⁶ TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. *Op. cit.*, p. 323-335.

interposta nos termos do art. 686, do CPC. A relação processual que se estabelecerá com o oponente não sofrerá a limitação cognitiva, porque a negociação das partes não pode determinar que um paradigma decisório não seja aplicado a processos envolvendo sujeitos diversos.⁵⁶⁷

A questão é delicada. Se não subsiste na oposição o afastamento do precedente convencionado na ação originária e ambas têm de ser julgadas na mesma sentença (art. 685, do CPC), a oposição implicaria em ineficácia total da convenção processual? De fato, as ações são conexas e ainda que não decididas no mesmo ato, seriam simultaneamente resolvidas e com base nos mesmos fundamentos. Por isso, defendemos que não somente na oposição, mas em qualquer possibilidade de ampliação subjetiva da demanda, sejam os sujeitos originários e o superveniente chamados ao debate para fins de integração e/ou modificação da convenção processual.

Desse modo, defendemos que nos casos de requerimento ou provocação para ingresso de terceiros não signatários da convenção processual sobre o objeto da cognição na relação processual deve se analisar as finalidades da intervenção, identificando sua zona de interesse da multipolaridade da relação processual, para manter ou afastar a aplicação da norma convencionada.

⁵⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p. 306-307.

CONCLUSÃO

No curso desta pesquisa, observamos superficialidade na discussão doutrinária acerca da convenção processual sobre o objeto da cognição prevista no art. 357, §2º do CPC, que entendemos ser um importante ativo disponível às partes para, em caráter antecedente ou incidental a um processo, organizar e influenciar a atividade instrutória e decisória nele exercida, através da delimitação convencional das questões de fato e de direito relevantes para a decisão de mérito.

A fim de contribuir para a discussão, apresentamos as principais bases teóricas para o tratamento das convenções processuais no direito brasileiro e a reformulação da disciplina da organização do processo a partir do CPC/15, para estimular a consensualidade e cooperação entre os sujeitos na definição do *thema probandum* e do *thema decidendum*.

Para tanto, três premissas básicas foram analisadas, a releitura do *iura novit curia* na jurisdição contemporânea, o exercício do princípio dispositivo em sentido processual e o caráter metanormativo da convenção processual sobre o objeto da cognição, as premissas fundamentais para compreensão adequada da problemática apresentada. Alicerçados nestas premissas, pudemos concluir que não somente é possível, como desejável o gerenciamento cognitivo do processo pelas partes, a fim de que as partes possam cooperar efetivamente com o ofício do juiz na busca pela satisfação de seus próprios interesses.

Em síntese, um primeiro ponto que deve ser destacado é que não há homogeneidade e independência entre questões de fato e questões de direito, elas se interpenetram e influenciam reciprocamente. Os fatos interessam quando integram o suporte fático da hipótese normativa que será aplicada, logo, conhecer os fatos implica em conhecer o direito e vice-versa. Todavia, para conhecer o direito aplicável aos fatos é necessário um processo interpretativo, relacional e dinâmico, dos fatos às normas e das normas aos fatos, que considera as pré-compreensões do intérprete para superar as limitações linguísticas e imaginativas dos textos legais.

De fato, não é possível sustentar que o juiz seja o único responsável pelo processo de integração, interpretação e de aplicação das normas jurídicas. Como vimos nas premissas apresentadas, o trabalho desenvolvido no círculo hermenêutico dos fatos às normas deve ser compartilhado entre os sujeitos processuais.

Particularmente sobre as questões de fato, entendemos pela ampla possibilidade de convencionalidade, vez que as partes são as principais responsáveis pela delimitação fática no processo comum, expressão do princípio dispositivo em sentido material. Utilizando como parâmetros os elementos já estudados para as modificações objetivas da demanda, verificamos

duas possibilidades de atuação convencionada pelas partes: a criação de um juízo de relevância e a criação de um juízo de incontrovérsia, para ampliar ou reduzir os fatos discutidos até o momento da decisão final do processo.

A estratégia processual do juízo de relevância possibilita que as partes ampliem o objeto da cognição inserindo na discussão fatos secundários, mas que poderiam fundamentar uma demanda autônoma, em vista da aplicação da teoria da substanciação da causa de pedir. A convenção processual teria, pois, o condão de favorecer o máximo aproveitamento do processo, ao dissipar a crise de incerteza fática existente entre as partes e, de certo modo, prevenir demandas futuras, à semelhança do que ocorre na produção autônoma de prova sem o requisito da urgência.

Por sua vez, a convenção processual que cria juízos de incontrovérsia apresenta-se como uma importante estratégia para redução da cognição judicial pelos efeitos causados sobre a instrução probatória. Os fatos incontroversos estão expulsos da atividade probatória e, portanto, as partes poderiam, de modo convencionado, excluir fatos da apreciação judicial, seja para diminuir os custos processuais, temporais e econômicos, seja para resguardar aspectos que não desejam revelar no processo, por exemplo, um segredo comercial.

Defendemos que as convenções processuais sobre questões de fato não encontram obstáculo intransponível na estabilização da demanda prevista no art. 329, II, do CPC. Em verdade, é do escopo da jurisdição a tutela adequada dos direitos, com vistas ao interesse presente das partes, razão pela qual a segurança jurídica obtida a partir da estabilização da demanda deve ser compreendida como uma garantia das partes e não como um limitador de sua atividade. Logo, o cuidado para a validade destas convenções processuais está em demonstrar que a modulação do suporte fático ocorreu de boa-fé, sem ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais e sem gerar ônus excessivos e injustificados à atividade jurisdicional.

Quanto à organização das questões de direito, verificamos que as atividades de interpretação e integração para definição do direito aplicável pode ser realizada pelas partes, substituindo o ofício do juiz. No intento de ilustrar algumas possibilidades para a definição do direito pelas partes, identificamos nos conflitos de normas fronteiriças e nas lacunas e indeterminações das leis o lugar de excelência para a escolha das partes, o que não obsta escolhas ainda mais pontuais como a eleição de leis estaduais ou, até mesmo, estrangeiras. O juiz continua a ser o responsável pela aplicação da lei, mas deve observar as normas indicadas pelas partes como fruto de sua interpretação autêntica do direito.

Convenções deste tipo têm sido estimuladas tanto no âmbito do direito privado, como no âmbito de atuação da Administração Pública, de modo que tais instrumentos devem

ser respeitados no processo, especialmente em razão do art. 357, §2º, do CPC. Em todos os casos, as convenções processuais sobre o objeto da cognição estão sujeitas a controle de validade pelo juiz, que, no caso concreto, verificará a observância dos deveres de boa-fé e cooperação entre as partes, verificando a eventual transferência de externalidades, a terceiros e à atividade processual, assim como a compatibilidade aos núcleos essenciais dos direitos fundamentais afetados pelo acordo. Acreditamos que devem ser afastados os critérios de controle de baixa densidade normativa, como as noções de ordem pública e interesses públicos, disponibilidade e normas cogentes, a fim de evitar juízos de subjetividade no controle das convenções processuais.

Desde a celebração da convenção processual, as partes encontram-se vinculadas às suas disposições, sendo vedado o comportamento contraditório. O juiz, por sua vez, vincula-se ao acordo através da homologação, que deve ser realizada sempre que se verificar a legalidade e validade da convenção processual, para que surtam os efeitos pretendidos pelas partes. Nestes casos, a recusa à homologação pelo juiz ou o descumprimento das disposições já homologadas são impugnáveis pelas vias recursais, em respeito ao caráter metanormativo da convenção das partes.

Não temos dúvidas de que as convenções processuais sobre o objeto da cognição alinham-se à estrutura cooperativa do processo e representam um importante instrumento disponível às partes para a tutela adequada dos seus direitos. Pretendemos, assim, que este trabalho sirva para estimular o debate acerca dos limites e possibilidades deste tipo de convenção processual e atrair a atenção dos operadores do direito a este importante instrumento de gestão processual pelas partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo – das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *Negócios processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 369-376.

ALVES, Tatiana Machado. *Gerenciamento processual no Novo CPC: mecanismos para gestão cooperativa do processo*. Salvador: JusPodivm, 2019.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas de gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de processo*, v. 193, p. 167-200, 2011.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. In *Negócios Processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a36, n. 142, p. 267-277, abr/jun.1999.

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. 07, n. 27, p. 11-34, out-dez/ 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o título “Da prova” no Novo Código Civil. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 283-298.

_____. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*. v. 33, p. 182-191, jan-mar/1984.

_____. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. *Temas de direito processual civil. Segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Notas sobre as reformas do processo civil francês. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº. 30, 2006.

_____. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, v. 30, n. 122, p. 9–21, abr/2005.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*. v. 4, p. 7-14, jan-mar/1986.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003.

_____. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo. Texto de conferência pronunciada em 14.9.1984, no *V Simpósio de Direito Comparado Luso-Brasileiro* (Rio de Janeiro).

_____. Privatização do processo? In *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, p. 58-72, 2003.

_____. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de processo*, v. 40, p. 109-135, out-dez/1985

_____. Vicissitudes da audiência preliminar. *Temas de Direito Processual: Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Revista de Processo*, v. 1, n. 3, p. 169-177, jul-set/1976.

BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2008.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Eficiência e organização do processo. Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

BEVILAQUA, Clovis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Campinas: RED Livros, 2002.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Competência adequada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n. 219. p. 13-41

BUENO, Cassio Scarpinela. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 560-565.

_____. *Curso sistematizado de processo civil – procedimento comum: ordinário e sumário*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Antonio do passo. *Convenções processuais*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, v. 404, a. 105, jul-ago/2009.

_____. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de processo*, v. 149, p. 339-364, jul/2007.

_____. *Nulidades no processo moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 78, p. 19-44, out./dez. 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Foco, 2019.

CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa – seis lições brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Case management judiciaire et déformalisation de la procédure. *Revue Française D'Administration Publique*. n. 125, p. 133-150, 2008. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133.htm?contenu=article>>. Acesso em 22 fev. 2020.

_____. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law. *Ritsumeikan Law Review*, n. 28, p. 331-393, 2011.

_____. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, v. 160, n. 348, p. 61-82, 2008.

_____. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v.3, n. 3, p. 3-35, ago-dez, 2012.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos. 3ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1960.

CALDAS, Antonio; JOBIM, Marco Feliz. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In *Grandes temas do Novo CPC: Direito probatório*. v. 5. Coord. Fredie Didier Jr. [et. al.] 3ª ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 677-707.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65

CALVINHO, Gustavo. *La regla iura novit curia em beneficio de los litigantes*. Disponível em <<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>>. Acesso em 05 out. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. II. Trad. Hermes Zaneti Jr. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de processo*. v. 65, jan/1992.

_____. *La testiomianza dela parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè Editore, 1962.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. *Studi in onore de Enrico Redenti*. v. 2. Milano: Giuffrè Editore, 1951, p. 695-772.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. v. 1. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHEATAN, Elliott E.; REESE, Willis L. M. Choice of the applicable law. *Columbia Law Review*. v. 52, n. 8, p. 952-982, december/1952.

CRETELLA NETO, José. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*. v. 1, p. 125-152, set/2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Luiz Antônio Severo da. *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In *Negócios processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 3ª ed. t. 1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 39-73.

CURY, Fernando Chemim. *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Coord. SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. v. 2. Campo Grande: Contemplar, 2016.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de La justicia y el poder del estado – analisis comparado del proceso legal*. Traduzido por Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DIAS, Handel Martins. O processo formulário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 108, p. 169-195, jan-dez/2013.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v 1. 18ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em 01 fev. 2021.

_____. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de processo*, v. 223, p. 87-100, set/2013.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, v. 198, p. 213-225, ago./2011

_____. *Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/2918/um-requiem-as-condicoes-da-acao>>. Acesso em 10 fev. 2019.

DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A reforma da reforma*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. t. 1. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 4, p. 723-799, jun/2011. Disponível em <<https://www.virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/723.pdf>> Acesso em 22 jun. 2020

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª. ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Ex ante of choices of law and forum: an empirical analysis of corporate merger agreements. *Vanderbilt Law Review*. v. 59, 1975.

EXPÓSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Wambier... [et. al]. 3ª. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos, 2003.

_____. *O saneamento compartilhado no novo CPC: partes ganham considerável espaço na condução do processo*. Disponível em <www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/novo-cpc/o-saneamento-compartilhado-no-ncpc-08082016>. Acesso em: 25 fev. 2020.

GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. *Iura novit curia y aplicacion judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova Editorial, 2000

GODINHO, Robson Renault. *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 Negócios processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 3ªed. t. 1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 577-612.

GOLDMAN, Lee. My Way and the Highway: The Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Form Contracts. *Northwestern University Law Review*, v. 86, n. 3, p. 700, 1992

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2020.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo Civil cooperativo brasileiro de 2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, a. 23, n. 91, p. 123-136, jul./set. 2015

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em <https://www.academia.edu/32957628/Garantias_fundamentais_do_processo_o_processo_justo_pdf>. Acesso em 05 jan. 2020.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *O conceito de prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano IV, nº. 4 e ano V, nº. 5, 2003-2004.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 1, n. 1, out – dez/2007.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de processo*. v. 164, p. 29, out/2008.

_____. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Organizador Edgard Audomar Marx Neto ... [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini. Apresentação Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov/2018.

HADFIELD, Gillian K. Privatizing commercial law: lessons from the middle and the digital ages. *Stanford Law School*, n. 195, mar/2000.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HARTMANN, Guilherme Kronemberg. Convenções processuais sobre a competência: análise da cláusula de eleição de foro. In *Negócios Processuais*. Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: JusPodivm, 2020, t. 2., p. 293-308.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. 2007.

KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. *Contractualizing procedure*. December 31, 2008. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1323056>>. Acesso em 08 fev, 2020.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. v. 353, p.15-52, jan-fev/2001.

KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de Oliveira. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, a. 9, n. 25, p. 13-35, set/2020.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?* Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004.

- LEIPOLD, Dieter. *Elementos orales y escritos em la fase introductoria del processo civil*. Disponível em < [https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/5oraleip2.pdf](https://www.uv.es coloquio/coloquio/ponencias/5oraleip2.pdf)>. Acesso em 20 dez. 2020.
- LIMA, Thadeu Augimei de Goes. Iura novit curia no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. *Revista de Processo*. v. 251, jan/2016.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- LUCON, Paulo Henrique Santos. *Código de Processo Civil Anotado*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci ...[et. al.]. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.
- MACÊDO, Lucas Buriel. *Objeto dos recursos cíveis*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- MACHADO, Gabriel Soares dos Santos. *Acordos administrativos a partir do art. 26 da LINDB – consensualidade, tensões, sentidos e processo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito do Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 2020.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A questão do convencimento judicial. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.17, abr. 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4ª. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- _____. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual moderno*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- _____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 4ª. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Iura novit curia: a máxima e o mito*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro. *Revista do advogado - O Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: AASP, n. 126, p. 47-52, 2015.
- _____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.
- _____. *Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Escolha da lei aplicável aos contratos internacionais como mecanismo de liberdade econômica. *In Lei da Liberdade Econômica Anotada*. v. 2.

Coord. Alexandre J. Carneiro da Cunha Filho, Roberto Ricomini Piccelli; Renata Mota Maciel. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria. *In Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

_____. Los modelos procesales civiles en el inicio del siglo XXI: entre el garantismo y el totalitarismo. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 191-211, out./dez. 2017.

MULLENIX, Linda S. Another choice of forum, another choice of law: consensual adjudicatory procedure in federal court. *Fordham Law Review*, n. 291, december/1988.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 50ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Livraria Almedinda, 1967.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Edição Especial, 2008.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de Tróya” iura novit curia e o papel do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, a. 22, n. 87, p. 205-210, jul.-set./2014.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Guilherme de Paula Nascente. Notas sobre o saneamento compartilhado. *In Grandes temas do Novo CPC: Direito probatório*. v. 5. Coord. Fredie Didier Jr. [et. al.] 3ª ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 857-872.

O’CONNOR, Erin O’Hara; DRAHOZAL, Christopher R. Carve-Outs and Contractual Procedure, *Vanderbilt University Law School, Public Law & Legal Theory*. n. 13-29. Disponível em <http://ssrn.com/abstract_id=2279520>. Acesso em 05 fev, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

OTEIZA, Eduardo. El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto? *Revista Advocatus*, p. 125-134, Lima, ago/2008.

PANTOJA, Fernanda Medina. *Protocolos pré-processuais: fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no direito brasileiro*. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2016. p. 163-168.

PARIZATTO, João Roberto. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Edipa, 2016. p. 861-868.

PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. O saneamento no processo civil como instrumento de efetividade da atividade jurisdicional. *Revista de processo*, v. 274, p.161-203, dez/2017.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: JusPodivm, 2020.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIMENTEL, Alexandre Freire; GOUVEIA, Lúcio Grassi. Lógica, cognição e hermenêutica processual. In *Diálogos de Teoria do Direito e Processo*. Coord. SOUZA JR, Antonio Carlos de [et. al.]. Salvador: JusPodivm, 2018.

POMJÉ, Carolina. A mitigação da incidência do adágio iura novit curia em virtude das convenções processuais: breve análise do art. 357, §2º, do novo Código de Processo Civil. *Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro: Negócios Processuais*. v. 1. Coord. Ana Marcato ... [et.al.]. Salvador: JusPodivm, 2017.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV: arts. 282 a 443. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Tratado de direito privado*. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

RAATZ, Igor, LOPES, Ziel Ferreira, DIETRICH, William Gale. O que é isto: a ordinariedade? Perspectivas de superação no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, v. 272, p. 127 – 161, out/2017.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada inovação do CPC/15. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 149, p. 09-16, ago/2015.

REIS, José Alberto. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, 2ª ed. 1993.

RESNIK, Judith. Procedure as Contract, 80 *Notre Dame Law Review*. 593, 667-68, 2009. Disponível em <<https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol80/iss2/6>>. Acesso em 12 dez, 2019.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental a razoável duração do processo. In *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIBSTEIN, Larry E. From efficiency to politics in contractual choice of law. *Illinois Public Law and Legal Theory*, n. 2, p. 02-89, nov/2002.

ROQUE, André Vasconcelos. A estabilização da demanda no novo CPC: uma oportunidade perdida? In *Coleção Novo CPC – Doutrina selecionada*. v. 2. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROSENVOLD, Nelson. *A dignidade da pessoa humana no CPC/15*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvold.info/single-post/2015/12/18/A-dignidade-da-pessoa-humana-no-CPC15>>. Acesso em: 23 fev, 2020.

SAMPAIO JR., Herval. O ato de sanear e organizar o processo como elemento substancial para a qualidade das decisões judiciais, na linha preconizada pelo novo CPC. *Os juízes e o novo CPC*. Organizadores Antônio Carvalho Filho e Herval Sampaio Junior. Salvador: JusPodivm, 2017,

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SANTOS, Rodrigo Bley. *Convenção processual sobre norma aplicável ao mérito*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do Direito penal e processual penal no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. 7, p. 633-662, ago/2015.

SCHENK, Leonardo Faria. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Angélica Arruda Alvim ... [et al]. São Paulo: Saraiva, 2016.

SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil. Histórico da Lei nº. 5.869/73*. v. 1. Tomo I. Senado Federal, 1974.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Processo e ideologia. *Revista de processo*, v. 110, p. 19-36, abr-jun/2013.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*. Salvador: JusPodivm, 2020.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/324733/lei-da-liberdade-economica-e-seu-desprestigio-a-autonomia-privada-no-direito-contratual-brasileiro>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

STRIGNHAM, Edward Peter; CAPLAN, Bryan. Privatizing the adjudication of disputes. *Theoretical Inquires in Law*. January, 2008. Disponível em <www.researchgate.net/publication/228149356>. Acesso em 05 mar. 2020.

STRONG, Stacie I. International Commercial Arbitration: A Guide for U.S. Judges. *Federal Judicial Center International Litigation Guide*, 2012. Disponível em <<https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/StrongArbit.pdf>> Acesso em 10 fev., 2020.

_____. Limits of procedural choice of law. *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper*, nº 3, 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2378979>>. Acesso em 22 jun, 2019.

TALAMINI, Eduardo. O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 134, abr/jun, 1997.

_____. *Um processo para chamar de seu: nota sobre negócios jurídicos processuais*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>>. Acesso em 10 out, 2019.

_____. *Saneamento e organização do processo no CPC/15*. Disponível <<https://www.migalhas.com.br/depeso/235256/saneamento-e-organizacao-do-processo-no-cpc-15>> Acesso em 10 jun., 2019.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestale di diritto e procedura civile*. v. 63, n. 1. p. 63-92, mar/2009.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 57ª. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. A liberdade do juiz e o problema da requalificação jurídica da demanda. *Revista brasileira da advocacia*, v. 2, jul-set/2016.

_____. Horizontes da nova audiência preliminar. *Revista Forense*, v. 99, n. 370, p. 65–75, nov-dez/2003.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. vol. 289/2019, p. 167 – 188, mar/2019.

VOGT, Fernanda Costa. Cessaçãõ da relação convencional: um estudo sobre a dissoluçãõ do negócio jurídico processual. *Revista de processo*, v. 286, p. 51-86, dez/2018.

_____. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2021.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista de Processo*. v. 118, p. 137-142. nov-dez/2004.

_____. Audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista de Processo*, v. 118, p. 137-142, nov-dez/2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*. v. 92, p. 52-70, out - dez /1998.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In Negócios processuais*. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. Breves notas sobre convenções das partes e poderes do juiz em matéria probatória. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, p. 240-258, jan-abr/2018

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 334 a 368. Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YNTEMA, Hessel E. Autonomy in choice of law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 1, n. 4, p. 341-358, 1952. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/837348>>. Acesso em: 30 ago. 2019.